

ERMAN TEJEDA BARBARITO

LA LEGITIMIDAD DEL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD EN UN SISTEMA  
DEMOCRÁTICO DE GOBIERNO EN EL  
PENSAMIENTO DE JEREMY WALDRON Y  
RONALD DWORKIN

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho  
de la Universidad Austral

Director: Prof. Dr. Juan Bautista Etcheverry  
Co-Director: Prof. Dr. Pedro Rivas Palá



UNIVERSIDAD  
AUSTRAL

Buenos Aires, 2022



# ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS.....	12
INTRODUCCIÓN .....	15

## CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS

### PRESUPUESTOS EPISMIOLÓGICOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN INTEGRAL DE RONALD DWORKIN Y LA TEORÍA DE LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS DE JEREMY WALDRON

#### PRIMERA PARTE: PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN INTEGRAL DE RONALD DWORKIN

I-DESACUERDO Y VERDAD.....	31
1-EL DESACUERDO COMO REALIDAD INNEGABLE.....	31
1.1-El desacuerdo sobre conceptos políticos y morales.....	31
1.2-Clasificación de los desacuerdos: empíricos y teóricos .....	32
2-LA OBJETIVIDAD DEL VALOR .....	35
2.1-La unidad del valor.....	35
2.2-La independencia metafísica del valor.....	37
II- DESACUERDO E INTERPRETACIÓN .....	39
1-UNA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN COMO RESPUESTA AL DESACUERDO.....	39
1.1-Relación entre interpretación y verdad .....	39
1.2-Interpretación conceptual: clases de conceptos .....	45
2-LA INTEGRIDAD EN LA INTERPRETACIÓN .....	49
2.1-La responsabilidad del intérprete.....	49
2.2-Intenciones y propósitos .....	54
III-DESACUERDO Y DIGNIDAD HUMANA.....	57
1-LA DIGNIDAD HUMANA COMO ELEMENTO GUÍA DE LA INTERPRETACIÓN .....	57
1.1-Los ideales de vivir bien y tener una buena vida .....	57
1.2-Los principios de autorrespesto y autenticidad en la ética .....	61
1.3-Los principios de autorrespeto y autenticidad en la moral.....	64
1.4-Integración de la ética y la moral.....	68
2-INFLUENCIAS FILÓSOFICAS.....	69
2.1-La eudemonia en el pensamiento griego.....	69
2.2-El constructivismo de John Rawls .....	72

SEGUNDA PARTE: PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS DE LA TEORÍA  
DE LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS DE JEREMY WALDRON

I-DESACUERDO Y VERDAD.....	77
1-EL DESACUERDO Y LA NECESIDAD DE UNA ACCIÓN COLECTIVA.....	77
1.1-El quid de la cuestión.....	77
1.2-Las circunstancias de la política.....	78
2-DESACUERDOS: SUSTANCIA Y PROCESO.....	81
2.1-Desacuerdo de primer orden.....	81
2.2-Desacuerdo de segundo orden.....	83
2.3-Causas del desacuerdo.....	86
3-LA IRRELEVANCIA DE LA VERDAD OBJETIVA ANTE EL DESACUERDO.....	87
3.1-Aspecto sustancial: realismo moral y emotivismo.....	88
3.2-Aspecto procedimental: ¿una epistemología certera?.....	92
II. DESACUERDO Y PROCEDIMIENTO POLÍTICO.....	97
1-NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO ANTE LOS DESACUERDOS.....	97
1.1-En busca de un principio de equidad.....	97
1.2-La decisión mayoritaria como respuesta.....	99
2-DIGNIDAD DEL PROCEDIMIENTO DEMOCRÁTICO Y DE LA LEY.....	104
2.1-Críticas.....	104
2.2-Capacidad representativa.....	105
2.3-Capacidad deliberativa.....	106
2.4-La dignidad de la ley.....	110
III-DIGNIDAD HUMANA Y DESACUERDO.....	112
1-LOS FUNDAMENTOS ÚLTIMOS DE LA DEMOCRACIA.....	112
1.1-Dignidad humana y capacidad en la toma de decisiones políticas.....	112
1.2-Antecedentes de la dignidad como rango.....	117
1.3-Comparación con los postulados de Kant.....	120
2.EL DERECHO COMO ELEMENTO QUE CONCRETIZA LA DIGNIDAD HUMANA.....	122
2.1-Reconocimiento jurídico de la habilidad personal de autogobierno.....	122
2.2-Principios formales de un procedimiento respetuoso de la dignidad.....	123
RECAPITULACIÓN.....	127

**CAPÍTULO II: DERECHOS FUNDAMENTALES**

**LOS DERECHOS EN EL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN Y JEREMY WALDRON**

PRIMERA PARTE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL  
PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN

I-TEORIZACIÓN DE LOS DERECHOS .....	135
1-DERECHOS COMO CARTAS DE TRIUNFO.....	135
1.1-Desacuerdo de derechos.....	135
1.2-¿Qué son las cartas de triunfo? .....	137
1.3-Excepciones a las cartas de triunfo.....	141
2-ENFOQUE FILOSÓFICO DE LAS CARTAS DE TRIUNFO .....	146
2.1-Fundamentos de las cartas de triunfo .....	146
2.2-La teoría de la interpretación como herramienta de construcción .....	151
2.3-Balance sobre las cartas de triunfo.....	154
II-COLISIÓN Y ARMONIZACIÓN DE DERECHOS .....	157
1-¿CONFLICTO DE DERECHOS?.....	157
1.1-Indivisibilidad del reino del valor .....	157
1.2-Crítica a la filosofía arquimédica .....	160
2-DISCREPANCIAS ENTRE DWORKIN Y BERLIN .....	162
2.1-Objeción al pluralismo valorativo de Isaiah Berlin.....	162
III-CARTAS DE TRIUNFO Y DEMOCRACIA.....	167
1-PRINCIPIOS LIMINARES DE LA DEMOCRACIA .....	167
2-LOS DERECHOS EN UN SISTEMA DEMOCRÁTICO .....	170
2.1-La democracia como presupuesto de las cartas de triunfo.....	170
2.2-¿Constitucionalizar las cartas de triunfo? .....	174
3-DERECHOS HUMANOS .....	176
3.1-Derechos humanos: conceptos y marco clasificatorio .....	176
3.2-Fundamento de los derechos humanos .....	177
3.3-Derechos fundamentales –baseline rights–.....	180

SEGUNDA PARTE: DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PENSAMIENTO  
DE JEREMY WALDRON

I-TEORIZACIÓN DE LOS DERECHOS .....	183
1-DERECHOS COMO USINA DE DESACUERDOS .....	183
1.1-Desacuerdo de derechos.....	183
1.2-¿Una definición de derechos?.....	186
2-ENFOQUE FILOSÓFICO DE LOS DERECHOS .....	189
2.1-Derechos y moral .....	189
2.2-¿La dignidad como fundamento de los derechos? .....	192

II-CONFLICTO Y ARMONIZACIÓN DE DERECHOS.....	198
1-CONFLICTO DE DERECHOS.....	199
1.1-Derechos-responsabilidades .....	199
1.2-Conflicto de derechos .....	202
1.3-Conflictos entre derechos e intra derechos .....	205
2-ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS.....	210
2.1-Clasificación de los derechos .....	210
2.2-Derecho de participación política .....	212
III-DERECHOS Y DEMOCRACIA .....	216
1-PRINCIPIOS LIMINARES DE LA DEMOCRACIA .....	216
1.1-Antropología positiva.....	216
1.2-Tiranía de las mayorías .....	218
2-CONSTITUCIONALIZACIÓN.....	220
2.1-El problema de la constitucionalización .....	220
2.2-¿Viabilidad del precompromiso?.....	223
2.3-El precompromiso y el paso del tiempo.....	228
RECAPITULACIÓN .....	230

### **CAPÍTULO III: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

#### **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN EN EL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN Y JEREMY WALDRON**

##### **PRIMERA PARTE: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN**

I-POSICIÓN EN DEFENSA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD FUERTE –PARTE GENERAL– .....	239
1-PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN .....	239
1.1-Constitución, democracia y control de constitucionalidad .....	239
1.2-El argumento democrático: intención y proceso .....	241
2-EL PROBLEMA DE LA INTENCIÓN .....	242
3-EL PROBLEMA DEL PROCESO .....	246
3.1-Proceso y democracia .....	246
3.2-La moralidad en los jueces .....	249
4-PROPUESTA ALTERNATIVA .....	251
4.1-Propuesta: el foro de principios .....	251
4.2-La lectura moral de la Constitución.....	252
4.3-Aporías de los defensores de la democracia mayoritaria .....	254

II-POSICIÓN EN DEFENSA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD FUERTE –PARTE ESPECIAL–.....	256
SECCIÓN PRIMERA: CRÍTICAS Y RÉPLICAS DE DWORKIN.....	257
1-CRÍTICAS A HART.....	257
1.1-Punto de partida: objeción a Hart.....	257
1.2-Contra-argumentos de Dworkin.....	260
2-COROLARIOS DE LA CRÍTICA A HART .....	265
2.1-Importancia de los principios .....	265
2.2-Argumentos de principios y argumentos políticos.....	266
2.3-Principios y derechos .....	268
2.4-Características de los principios.....	270
2.5-La importancia de las leyes y el precedente .....	273
2.6-Necesidad de una teoría de los errores .....	278
2.7-Convicciones y moralidad .....	280
SECCIÓN SEGUNDA: HACIA UNA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	282
1-PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	282
1.1-Unidad entre derechos y moral .....	284
1.2-Integridad en la interpretación .....	286
1.3-Derecho como práctica interpretativa.....	289
1.4-La interpretación en tres etapas .....	291
1.5-Convicciones reflexivas.....	294
1.6-La dignidad humana.....	296
 SEGUNDA PARTE: EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO DE JEREMY WALDRON  	
I-POSICIÓN EN CONTRA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD FUERTE –PARTE GENERAL–.....	301
1-CONSTITUCIÓN, CONTROL JUDICIAL Y DEMOCRACIA.....	301
1.1-Constituciones escritas y no escritas .....	301
1.2-Constitucionalismo restrictivo .....	304
1.3-Constitucionalismo de empoderamiento.....	305
2-DELIMITACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD FUERTE.....	308
2.1-Modelos de restricción .....	308
2.2-Características del control judicial de constitucionalidad fuerte.....	310
II-POSICIÓN EN CONTRA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD FUERTE –PARTE ESPECIAL–.....	312
SECCIÓN PRIMERA: CRÍTICAS Y RÉPLICAS DE WALDRON .....	312

1-OBJECCIÓN AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	312
1.1-Posición: control fuerte como contrario a la democracia .....	312
1.2-Condiciones para desentrañar el argumento central contra el control judicial de constitucionalidad fuerte .....	314
1.3-La forma del argumento central.....	317
1.4-Razones relacionadas con el resultado.....	318
1.5-Razones relacionadas con el proceso .....	323
2-CONTRA-ARGUMENTOS A FAVOR DEL PODER JUDICIAL FUERTE .....	326
2.1-La tiranía de las mayorías.....	326
2.2-Parlamento: juez en su propia causa .....	329
2.3-Respuesta de Waldron: casos no centrales .....	330
3-EL OTRO ARGUMENTO: LA SUPREMACÍA JUDICIAL .....	332
3.1-El peligro de la supremacía judicial.....	332
3.2-Inclinación hacia una supremacía judicial .....	336
3.3-Argumento procedimental: 5 contra 4.....	338
 SECCIÓN SEGUNDA: HACIA UN MODELO ALTERNATIVO DE TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS.....	 341
1-LA NECESIDAD DE UN MODELO DIALÓGICO .....	341
1.1-El diálogo como piedra angular.....	341
1.2-Un ejemplo de ausencia de diálogo .....	343
1.3-Alternativa al control judicial fuerte .....	346
2-LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA JURÍDICA ADECUADA PARA EXPLICAR EL DERECHO DE ORIGEN DEMOCRÁTICO.....	348
2.1-El positivismo normativo de Waldron.....	348
2.2-Legislación exenta de la intención de los legisladores .....	357
RECAPITULACIÓN .....	371

## **CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO**

### **APORÍAS EN LA TEORÍA INTERPRETATIVA DE RONALD DWORKIN Y EN LA TEORÍA DE LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS DE JEREMY WALDRON**

#### **PRIMERA PARTE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN**

I-POSTULADOS LIMINARES DEL CONSTRUCTIVISMO DE DWORKIN .....	379
1-PROPÓSITO DE DWORKIN: EN BUSCA DE UNA OBJETIVIDAD FUERTE .....	379
2-DWORKIN ES CONSTRUCTIVISTA.....	381
II-POSTULADOS FILOSÓFICOS .....	385

1-DAVID HUME .....	385
1.1-Pensamiento de Hume.....	385
1.2-Influencia de Hume en Dworkin .....	390
2-IMMANUEL KANT .....	394
2.1-Pensamiento de Kant.....	394
2.2-Influencia de Kant en Dworkin.....	398
3-JOHN RAWLS .....	402
3.1-Pensamiento de Rawls.....	402
3.2-Influencia de Rawls en Dworkin .....	405
4-GEORG GADAMER.....	408
4.1-Pensamiento de Gadamer.....	408
4.2-Influencia de Gadamer en Dworkin .....	411
5-BALANCE.....	414
<b>III-DESCRIPCIÓN Y CRÍTICA AL CONSTRUCTIVISMO DE DWORKIN .....</b>	<b>415</b>
1-POSTULADOS A CONSIDERAR PARA LA CRÍTICA .....	416
1.1-Nociones generales: el método interpretativo.....	416
1.2-Nociones particulares: puntos a destacar .....	421
2-CRÍTICAS AL MÉTODO INTERPRETATIVO.....	424
2.1-La vaguedad del concepto de dignidad.....	424
2.2-La fragilidad de los derechos individuales.....	428
2.3-Identificación de las convicciones.....	432
2.4-La objetividad es construida.....	434
2.5-La excesiva autonomía de la voluntad .....	441
2.6-La falacia procedimental .....	445
2.7-La falta de una ontología: ¿una única respuesta correcta? .....	447

SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL PENSAMIENTO DE  
JEREMY WALDRON

<b>I-POSTULADOS LIMINARES DEL PROCEDIMENTALISMO EPISTÉMICO DE JEREMY WALDRON.....</b>	<b>459</b>
1-PROPÓSITO DE WALDRON: DEFENSA DEL PROCEDIMENTALISMO PARLAMENTARIO .....	459
2-WALDRON ES PROCEDIMENTALISTA .....	462
<b>II-POSTULADOS FILOSÓFICOS .....</b>	<b>466</b>
1-THOMAS HOBBS .....	466
1.1-Pensamiento de Hobbes.....	466
1.2-Influencia de Hobbes en Waldron .....	469
2-JOHN RAWLS .....	472
2.1-Pensamiento de Rawls.....	472

2.2-Influencia de Rawls en Waldron .....	474
3-JOHN LOCKE.....	477
3.1-Pensamiento de Locke .....	477
3.2-Influencia de Locke en Waldron.....	481
4-JEREMY BENTHAM .....	485
4.1-Pensamiento de Bentham.....	485
4.2-Influencia de Bentham en Waldron .....	490
5-BALANCE.....	494
III-DESCRIPCIÓN Y CRÍTICA AL PROCEDIMENTALISMO DE WALDRON .....	496
1-PROCEDIMIENTO DE TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS EN WALDRON.....	496
1.1-Nociones generales: el procedimiento político .....	496
1.2-Nociones particulares: puntos críticos .....	499
2-CRÍTICAS AL MÉTODO PROCEDIMENTAL.....	504
2.1-La dignidad formal .....	504
2.2-Crisis de la representatividad .....	511
2.3-Circularidad entre derechos .....	517
2.4-Una concepción restringida de pueblo .....	523
2.5-Regresión al infinito.....	528
2.6-La menoscabada legitimidad de la legislación .....	530
2.7-El problema de la objetividad en Waldron.....	532
RECAPITULACIÓN .....	543

## **EPÍLOGO**

### **LINEAMIENTOS PARA ELABORAR UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DE LA TOMA DE DECISIONES EN MATERIA DE DERECHOS A PARTIR DE LAS OBJECIONES EFECTUADAS A WALDRON Y DWORKIN**

#### **PUNTO DE PARTIDA**

1-NECESIDAD DE UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DE LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS EN MATERIA DE DERECHOS.....	553
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

#### **PRIMERA PARTE: DERECHOS**

1-CONSIDERACIONES PARA UNA SUBTEORÍA DE LOS DERECHOS.....	559
1.1-Los inconvenientes derivados de la abstracción .....	559
1.2-Las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos.....	560
2-HACIA UNA SUBTEORÍA DE LOS DERECHOS.....	563
2.1-Conceptualización y composición interna de los derechos .....	563
2.2-La importancia de los derechos: bienes básicos y bien común.....	566

3-BALANCE .....	574
-----------------	-----

## SEGUNDA PARTE: INSTITUCIONES

1-CONSIDERACIONES PARA UNA SUBTEORÍA DE LA AUTORIDAD.....	576
1.1-Problema: desacuerdo y autoridad.....	576
1.2-El poder legislativo y los principios.....	581
1.3-El poder legislativo y el bien común .....	583
1.4-El poder judicial y el derecho a ser oído.....	586
2-HACIA UNA SUBTEORÍA DE LA AUTORIDAD .....	589
2.1-La legislación como guía de las decisiones del poder judicial .....	589
2.2-La contribución de las decisiones judiciales .....	592
2.3-¿Cómo lograr que los derechos sean eficazmente respetados? .....	595
3-BALANCE.....	599
CONCLUSIONES.....	603
BIBLIOGRAFÍA.....	617

## TABLA DE ABREVIATURAS

### 1. Obras de Ronald Dworkin

JE - Justicia para erizos

DS - Los derechos en serio

UP - Una cuestión de principios

JT - La justicia con toga

IJ - El imperio de la justicia

FL - Freedom's Law. The moral Reading of the American Constitution

DP - La democracia posible. Principios para un nuevo debate político

### 2. Obras de Jeremy Waldron

DD - Derecho y desacuerdos

DL - The Dignity of Legislation

DLD - Democratizar la dignidad: estudios sobre la dignidad humana y derechos

CGJ - Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales

DR - "Dignity and Rank" (Lecture)

CCAJR - "The Core of the Case Against Judicial Review"

MTJR - "Moral truth and Judicial Review"

HLPD - "How Law Protects Dignity"

### 3. Otras Obras

LR - Legislated Rights. Securing Human Rights through Legislation

LNDN - Ley natural y derechos naturales

PDI - Por qué el derecho importa



## INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis doctoral es desentrañar qué autoridad es conveniente que tenga la última palabra en materia de derechos humanos y cómo debe concretarla. Estos interrogantes pretenden ser abordados desde el pensamiento de Ronald Dworkin y Jeremy Waldron. Sus respuestas conducen a indagar sobre la legitimidad del control de constitucionalidad por medio del cual los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de la legislación que deriva de la voluntad de los representantes del pueblo.

La hipótesis que se buscó corroborar mediante el presente trabajo de investigación consideraba que los jueces se encuentran en una situación privilegiada, en comparación a otros órganos de gobierno, para asegurar los derechos fundamentales por medio del control de constitucionalidad. Desde ya, Dworkin estaría de acuerdo con dicha hipótesis puesto que concibe a los jueces como órganos imparciales y capaces de decidir sobre cuestiones de principios. Sin embargo, luego de estudiar el pensamiento de Waldron, en particular, sus críticas al control de constitucionalidad y su propuesta de la toma de decisiones políticas en favor de los legisladores —la cual, es meritorio resaltar, también presenta aporías—, se pudieron advertir una serie de desafíos a la hipótesis inicial de trabajo. Dichos desafíos dejaron en evidencia la necesidad de un trabajo conjunto, entre jueces y legisladores, para efectuar una especificación adecuada de los derechos y, así, poder asegurarlos correctamente. De este modo, el resultado al que se arribó es el siguiente: a) que no puede afirmarse quién tiene la última palabra para decidir sobre cuestiones de derechos sin una teoría de los derechos sólida, que determine qué son, cuál es su contenido y cuál es el fin que los hace valiosos; b) que dicha teoría no es ofrecida por ninguno de los autores mencionados, razón por la cual sus propuestas teóricas devienen inadecuadas. El esfuerzo por bosquejar los lineamientos de una teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos que sea congruente con una noción sólida de los derechos se encuentra realizado en el epílogo de la presente tesis.

La elección de ambos autores se debe a que sus posiciones generan un debate fructífero con incidencias en los problemas actuales que atraviesa la democracia.

## INTRODUCCIÓN

Sus postulados incitan a repensar cuestiones vinculadas al constitucionalismo, la autoridad del derecho y la investidura de los jueces y legisladores como agentes competentes para abordar los desacuerdos de derechos en una sociedad marcada por la pluralidad de creencias y convicciones. De allí que, tanto la doctrina de Waldron como la de Dworkin, constituyen aportes fundamentales al pensamiento jurídico y político contemporáneo.

Es meritorio subrayar que el objetivo de esta tesis aborda una problemática exclusiva de nuestro tiempo. No obstante, a medida que crece el descontento social con sus autoridades políticas adquiere mayor relevancia. Quizás por ello, hoy más que nunca, se cuestiona la posibilidad de que un órgano independiente, neutral, formado por un grupo reducido de jueces, pueda tomar decisiones por encima de los miembros de una sociedad e imponerlas como actos que deban ser obedecidos, en un contexto en donde la pluralidad de creencias se encuentra al orden del día. ¿Acaso esto no menoscabaría la democracia y, más precisamente, la potestad del pueblo para decidir libremente cómo organizar sus vidas? Pareciera entonces que la democracia y el control judicial de constitucionalidad se contraponen.

Al respecto, por un lado, Dworkin entiende que existe un núcleo de derechos humanos –cartas de triunfo– que los legisladores no pueden disponer a su libre albedrío por el voto de la mayoría. Tales derechos se encuentran receptados en la parte orgánica de las Constituciones y tienen por objeto defender los intereses de los individuos contra los actos abusivos del Estado, en particular, aquellos actos que persiguen objetivos políticos. El autor entiende que la forma de proteger dichos derechos es mediante el ejercicio del control judicial de constitucionalidad fuerte, puesto que los derechos conciernen a cuestiones de principios y son los magistrados quienes se encuentran en mejores condiciones para tomar decisiones con fundamento en ellos. A su vez, considera que la democracia no puede ser meramente procedimental, esto es, reducida al voto del mayor número; sino que cada uno de sus ciudadanos, aun aquellos que pertenecen a las minorías, deben ser tratados con igual consideración y respeto. De allí que considere que el control de constitucionalidad fuerte fortalece a la democracia y no la debilita, puesto que protege aquellas libertades que de otra forma se verían vulneradas.

Por su parte, Waldron considera que en una democracia la potestad para decidir sobre los derechos de los ciudadanos descansa en los representantes del pueblo, puesto que tienen credenciales democráticas superiores a las de los jueces, ya que fueron elegidos mediante elecciones directas y rinden cuenta de sus actos. Por tanto, son ellos quienes deberían poder decidir cómo deben entenderse los derechos de los ciudadanos. De allí que rechaza la cristalización de los derechos en una Constitución escrita y el consecuente control de constitucionalidad en sentido fuer-

## INTRODUCCIÓN

te. Caso contrario, considera que el pueblo dejaría de ser el titular del autogobierno y se produciría una usurpación del poder popular en beneficio de los magistrados. Dicho corolario se desprende de la forma en que concibe a la democracia, esto es, como una democracia mayoritaria en la cual las decisiones sustanciales son tomadas por el voto mayoritario de los legisladores, que son quienes tienen la última palabra previa deliberación de buena fe. Para concluir esto, Waldron parte de una visión optimista de los legisladores, ya que sostiene que se encuentran comprometidos con los derechos de los individuos y las minorías, al tiempo que aduce que las patologías –como la tiranía de las mayorías– que pueden originarse son casos excepcionales, de los que se valen los defensores del control de constitucionalidad en sentido fuerte para fundamentar su posición.

Como puede observarse, el interrogante a desentrañar no es sencillo, ya que la autoridad que se considere adecuada para decidir sobre los derechos debe hacerlo de una manera responsable, congruente y fundada. La cuestión de quién se encuentra en mejores condiciones para decidir sobre derechos se encuentra imbricada con la pregunta acerca de cómo deciden los distintos órganos del Estado. En este sentido, Dworkin postula que son los jueces quienes deben tener la última palabra en materia de derechos, pero para resolver sus sentencias deben hacerlo de una manera determinada: mediante la aplicación de la *teoría integral de la interpretación*. Por su parte, Waldron considera que son los legisladores quienes deben hacerlo, pero para eso, deben canalizar los desacuerdos y sancionar sus leyes mediante una *teoría de la toma de decisiones políticas*.

Es en este último aspecto en donde adquiere relevancia y originalidad la presente tesis. Esta busca explicar en forma pormenorizada y comparativa las teorías de ambos autores al tiempo que efectúa una serie de críticas que permiten dilucidar las aporías de sus propuestas.

Este abordaje comparativo y crítico permite construir al final de la tesis una propuesta alternativa. Para lograr este objetivo son abordadas de una manera ordenada ciertas categorías que son especialmente relevantes y subyacen en cada una de las propuestas de los autores referidos. Así, para responder a la pregunta acerca de qué autoridad se encuentra legitimada para decidir sobre cuestiones de derechos y bajo qué fundamentos, es necesario transitar un camino ascendente y abordar subpreguntas como las siguientes: ¿qué entiende cada autor por *desacuerdos de derechos*? ¿Qué noción tienen de la *objetividad*? ¿Qué rol ocupa la *dignidad humana*? ¿Cómo conciben los *derechos humanos*? ¿Qué entienden por *democracia*? ¿Cuál es el papel del *control de constitucionalidad*? ¿Dentro de qué *paradigmas* epistemológicos pueden encuadrarse sus teorías? ¿Cuáles son las *influencias filosóficas* de las que parten? ¿Cuáles son las *aporías* de las que adolecen sus propues-

## INTRODUCCIÓN

tas? Y, en virtud de esta última pregunta, ¿podrá elaborarse una *propuesta alternativa* a ambas teorías? Como puede advertirse para comprender y comparar las propuestas de Dworkin y Waldron no basta con abordar argumentos políticos referidos exclusivamente a la democracia y al control de constitucionalidad, sino que es menester reflexionar sobre las categorías básicas que conforman los cimientos de ambas teorías.

Siguiendo esta vena, corresponde mencionar que las propuestas de ambos autores se encuentran desarrolladas en cuatro capítulos en los que son abordadas las preguntas mencionadas *ut supra*. A su vez, proponemos en el epílogo de esta tesis una respuesta alternativa a lo ofrecido por ellos.

En el primer capítulo se abordarán los presupuestos epistemológicos que subyacen a la teoría de la interpretación integral de Dworkin y a la teoría de la toma de decisiones políticas de Waldron.

En la primera parte del capítulo primero, se expondrá el problema de la existencia de desacuerdos sobre derechos y la necesidad de una autoridad que pueda abordarlos y ofrecer una respuesta legítima. Sin embargo, la noción de desacuerdo difiere en ambos autores. Dworkin la aborda desde una perspectiva interpretativa y conceptual, mientras que Waldron lo hace desde una perspectiva política y procedimental. Al mismo tiempo, se indagará sobre la noción que cada autor tiene de la *objetividad*, puesto que su aceptación o negación incide en la posibilidad de que la autoridad sea capaz o no de llegar a una respuesta correcta. Para Dworkin existe una objetividad de las concepciones de derechos y valores que el intérprete debe lograr a fin de que sus sentencias sean congruentes y legítimas. Por su parte, Waldron considera irrelevante la idea de la objetividad, puesto que los desacuerdos son persistentes y afectan todos los aspectos de los derechos, esto es, su naturaleza, contenido y efectos.

En la segunda parte, se tratarán algunas cuestiones liminares. En relación a la teoría de la interpretación dworkiniana se analizará qué entiende el autor por interpretación, qué clases de conceptos existen y cuáles son aptos para ser interpretados en materia jurídica. También se indicará cómo debe actuar el intérprete para elaborar concepciones congruentes, exigencia que se identifica con la responsabilidad moral que debe distinguirlo en su labor jurisdiccional. En relación a la teoría de la toma de decisiones políticas de Waldron, se explicará el principio de la mayoría y los argumentos en virtud de los cuales considera que es un principio de equidad. Al mismo tiempo, se postularán los argumentos que muestran por qué el procedimiento legislativo –deliberación y votación por mayoría simple– es el más respetuoso de la voluntad del pueblo y, su producto, la legislación, la fuente de derecho

## INTRODUCCIÓN

que puede canalizar los desacuerdos y erigirse como norma jurídica idónea para lograr una respuesta legítima para las exigencias de la sociedad.

En la tercera parte, se abordará el concepto más importante que subyace en la teoría de cada autor: *la dignidad humana*. En relación a Dworkin, el mismo será analizado como un concepto moral y político que yace fundado en los principios imbricados de autorrespeto y vida auténtica. Dicho concepto es central porque tiene un efecto inmediato en las concepciones que el intérprete debe construir de los demás conceptos en tela de juicio necesarios para resolver las sentencias. En relación a Waldron, la dignidad también ocupa un lugar significativo, puesto que es considerada como un *status normativo* cuyo reconocimiento atribuye un conjunto de derechos imprescindible para la vida en democracia y el ejercicio de los derechos cívicos. De allí que se encuentre en sintonía con su noción antropológica optimista del ciudadano y con su idea de que defender la democracia implica aceptar que todos los seres humanos se encuentran dotados de razón para decidir sobre sus derechos.

El segundo capítulo abordará la concepción de los *derechos* que postulan ambos autores. Dicho capítulo se encuentra dividido en tres partes.

En la primera parte, se analizará qué entiende Dworkin por *cartas de triunfo*, cuáles son sus características y cuál es el objeto que persiguen. También se indagará sobre la clasificación de los derechos que el autor efectúa y en la concepción filosófica de fondo que subyace en su entendimiento. Con respecto a Waldron, se explicará su noción de los derechos y, en particular, las consecuencias que tiene el hecho de que se encuentren sujetos a permanentes desacuerdos. También se indagará sobre su posición filosófica, la cual se encuentra en línea con su afirmación sobre la irrelevancia de la objetividad moral.

En la segunda parte, se analizará la relación que existe entre los derechos, considerados en conjunto, desde las teorías de ambos autores. Así, para Dworkin los derechos no deben entenderse en conflicto, sino en forma armónica, puesto que todos son conceptos morales, pertenecientes a un reino más grande, el reino del valor, el cual es indivisible. De allí que el intérprete deba elaborar concepciones íntegras de ellos de tal modo que se fortalezcan mutuamente. Esto conllevará a indagar sobre la concepción opuesta, esbozada por Isaiah Berlin, según la cual los derechos se encuentran en conflicto en la arena pública y, por tanto, inevitablemente deba priorizarse unos en detrimento de otros. Por otra parte, para Waldron, existen conflictos de derechos, los cuales se dan entre las obligaciones que se desprenden de un mismo derecho –conflicto intra-derechos– o entre las obligaciones de diferentes derechos –conflicto inter-derechos–. Al mismo tiempo, se analizará el derecho a la

## INTRODUCCIÓN

participación política, el cual ocupa un lugar preferencial en su pensamiento en comparación con los demás derechos.

En la tercera parte, se ahondará en la relación que existe entre los derechos y la democracia. En relación a Dworkin los derechos se constituyen como presupuestos necesarios de la democracia. Considera que los mismos deben estar constitucionalizados a fin de que no queden a merced de la tiranía de las mayorías y, a su vez, de que puedan ser protegidos por los jueces mediante el ejercicio del control de constitucionalidad fuerte. Al mismo tiempo, se indagará sobre su noción de derechos fundamentales –*baseline rights*–, que refiere a derechos que se caracterizan porque no pueden ser dejados de lado por las autoridades políticas, independientemente de cual sea la razón excepcional que se alegue. Del mismo modo, se analizará su noción de la democracia asociativa, la cual como se observó al principio, resalta que todo individuo tiene el derecho a ser tratado con cierta actitud, esto es, con igual consideración y respeto. Por otra parte, con respecto a Waldron, se analizará la relación que existe entre los derechos políticos y la democracia, más precisamente, en su inviabilidad de que sean cristalizados en una Constitución para que su modificación no sea obstaculizada por la decisión de los legisladores. Esto llevará a indagar sobre su noción de la tiranía de las mayorías –según el autor, argumento erigido por los pensadores opositores para menoscabar la legitimidad del Parlamento– y su crítica a la idea del precompromiso en virtud de la cual el pueblo debe atarse a sí mismo –a una Constitución escrita– para evitar que peligros futuros menoscaben sus derechos.

En el tercer capítulo se abordará el control judicial de constitucionalidad. Este se divide en dos partes.

En la primera parte se analizarán los presupuestos de la teoría de la interpretación de Dworkin desde una perspectiva jurídica. Esto se debe a que la teoría de la interpretación jurídica que el juez debe aplicar es el principal argumento para legitimar el ejercicio del control judicial de constitucionalidad fuerte. A su vez, se abordarán ciertas concepciones adversas a su teoría interpretativa centrada en la lectura moral de la Constitución por medio de un foro de principios. Estas concepciones rivales son dos: la primera entiende a la interpretación con base en la intención –originalismo– y, la segunda, considera a la interpretación como una actividad consistente en la revisión de las formalidades del proceso –procedimentalismo–. Por otra parte, en relación al pensamiento de Waldron, se abordará su concepción del control de constitucionalidad fuerte, para lo cual se indagará sobre su noción de constitucionalismo y las distintas características que le reconoce a dicho mecanismo. Estas últimas adquieren especial relevancia puesto que en virtud de ellas de-

## INTRODUCCIÓN

limita el objeto de su crítica —el control de constitucionalidad fuerte— y lo rechaza como medio oportuno para el fortalecimiento de la democracia.

En la segunda parte, se abordarán las críticas que Dworkin efectúa a Hart, puesto que su propuesta jurídica tiene como disparador el hecho de que el mencionado pensador positivista no reconoce a los principios como parte del derecho ni desarrolla una teoría adecuada para que los jueces puedan sentenciar con congruencia. Acto seguido, se explicará la forma en que todo juez debe ejercer el control de constitucionalidad, esto es, mediante la aplicación de la teoría de la interpretación integral, solo que esta vez, la misma se abordará de una manera completa, relacionando todos los elementos que la integran y que fueron dilucidados a lo largo de los capítulos previos. Entre ellos: los conceptos interpretativos, las convicciones del intérprete, las distintas etapas de la interpretación, la moral, la noción de objetividad y la dignidad humana. Esta es la propuesta definitiva que Dworkin desarrolla como solución al desacuerdo de derechos.

En relación a Waldron se analizarán las razones de resultado y de proceso en virtud de las cuales considera que el control de constitucionalidad fuerte no es congruente con el autogobierno del pueblo. Al mismo tiempo, se detallará la defensa que efectúa el autor contra los argumentos centrales que denigran la figura del poder legislativo, como los referidos a la tiranía de las mayorías, la falta de neutralidad y el precompromiso popular. Por último, se desarrollará su propuesta, la cual consiste en un modelo de control judicial en sentido débil, coherente con su teoría de la toma de decisiones políticas. Desde ya, corresponde mencionar que, según el autor, la misma debe ir acompañada de una teoría jurídica enfocada, no exclusivamente en el poder judicial, sino en la estructura interna del Parlamento y el procedimiento de elaboración de la legislación a fin de que las exigencias de la democracia puedan ser satisfechas.

En el capítulo cuarto se abordarán las críticas a las propuestas de ambos autores. Este se dividirá en tres partes.

La primera parte indagará sobre los postulados que encuadran el pensamiento de Dworkin dentro de un paradigma constructivista. También se ahondará en la meta que persigue al diseñar su teoría interpretativa, esto es, que el juez pueda elaborar concepciones de derechos, valores y principios que sean congruentes entre sí a fin de llegar a una respuesta correcta. Con respecto a Waldron, se detallarán los postulados que encuadran su pensamiento dentro del procedimentalismo epistémico. Al mismo tiempo, se indagará sobre el objetivo que se propone lograr mediante su teoría de la toma de decisiones políticas, esto es, defender el procedimiento parlamentario deliberativo para fortalecer la democracia representativa.

## INTRODUCCIÓN

En la segunda parte, se analizarán las influencias filosóficas que subyacen en el pensamiento de cada autor y que son importantes para comprender los pormenores de sus teorías y consecuentes críticas. Así, en el caso de Dworkin, se indagará, en primer lugar, en el principio de Hume y su concepción del derecho, los cuales influyen en cómo Dworkin entiende a la moral y al derecho. En segundo lugar, se estudiará la autonomía de la voluntad de Kant y su influencia en la libertad del intérprete. En tercer lugar, se analizará la teoría de la justicia de Rawls la cual también se encuentra basada en la integridad. Por último, se estudiará la noción de interpretación de Gadamer que tiene su eco en cómo Dworkin concibe la interpretación y el poder creacional del juez.

Con respecto a Waldron, se analizará, en primer lugar, la concepción de conflicto en Hobbes y la consecuente necesidad de una autoridad que pueda finiquitarlo, ideas que influyen en su noción de desacuerdo y la consecuente necesidad de llegar a una respuesta colectiva. En segundo lugar, se estudiarán los principios de igualdad y de diferencia de Rawls, que influyen en el principio de equidad de Waldron en materia de toma de decisiones políticas. En tercer lugar, se considerará la noción del poder legislativo de Locke, concebido como órgano máximo de gobierno, que tiene su eco en cómo Waldron legitima y concibe al poder legislativo como entidad insigne de la voluntad mayoritaria. Y, por último, se considerará la teoría de la legislación en Bentham y sus críticas al *Common Law* que tienen su influjo en la defensa que efectúa Waldron de la legislación y sus objeciones al control de constitucionalidad fuerte.

En la tercera parte, se abordarán las críticas contra las propuestas teóricas esgrimidas por ambos autores. En relación a Dworkin, se analizará su concepción de la dignidad, la cual adolece de vaguedad; su noción de derechos como *cartas de triunfo* que protegen intereses individuales, la cual no termina por ser del todo precisa; las convicciones del intérprete, en particular, la imposibilidad de que sean identificadas; la noción de objetividad, en especial, su notable cercanía a un intersubjetivismo de voluntades; la autonomía de la voluntad del intérprete que, en cierto aspecto, parece ilimitada; la falacia procedimental en la que incurre su propuesta al pretender obtener postulados normativos a partir del mero seguimiento de un procedimiento; y, por último, se observará el problema de la falta de una ontología sobre la que descansen las concepciones de derechos, en virtud de las cuales se fundamentan las sentencias, a fin de que estas se encuentren imbuidas de una fuerza normativa por la cual merezcan ser respetadas.

Con respecto a Waldron también se señalarán distintas críticas, entre ellas, que la dignidad concebida como *status* normativo asemejado a la ciudadanía parece encontrarse sujeta a la voluntad humana; la crisis de la representatividad de los

## INTRODUCCIÓN

legisladores es un problema que debilita la investidura del Parlamento como entidad insigne de la democracia; los derechos individuales se encuentran afectados por los desacuerdos y, por tanto, por el juicio de los legisladores, desconociéndose su objetividad; a su vez, puede observarse una circularidad en relación al desacuerdo puesto que existen discrepancias sobre el derecho a la participación cívica, mediante el cual deben abordarse las cuestiones sustanciales y, a su vez, discrepancias sobre los derechos que son objeto de deliberación, de este modo el desacuerdo afecta el modo de decisión y también el resultado al que se arriba a través de él; existe una concepción del pueblo restringida y funcional a la democracia parlamentaria que deslegitima la investidura judicial; las falencias del procedimiento legislativo terminan por afectar la legitimidad de la legislación como fuente prístina de la democracia considerada apta para canalizar los desacuerdos; y, por último, la premisa de la *irrelevancia de la objetividad* queda comprometida puesto que el autor se encuentra constreñido a aceptar cierto grado de objetividad en su pensamiento.

Por último, en el epílogo se bosquejará una propuesta alternativa a las teorías postuladas por Waldron y Dworkin. La misma buscará determinar los lineamientos necesarios para elaborar una teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos humanos. Esta teoría se encontrará integrada por dos subteorías fuertemente imbricadas, una *subteoría de los derechos* y una *subteoría de la autoridad*. A fin de desarrollarlas se dividirá el epílogo en dos partes en las que se explicará cada una de ellas.

En la primera parte se desarrollará la subteoría de los derechos. Se detallarán los problemas actuales de los derechos humanos: su expansión irrestricta y su manipulación. También se analizará la necesidad de que sean entendidos desde una doble dimensión, subjetiva y objetiva, en las que sean concebidos como una facultad del sujeto y, a la vez, como una exigencia de justicia. Al mismo tiempo, se abordarán los siguientes interrogantes: qué son los derechos, cuál es su estructura interna –sus elementos constitutivos– y por qué son importantes para una vida en sociedad. También se abordará la relación que existe entre los derechos, los bienes humanos básicos y el bien común.

En la segunda parte se desarrollará una subteoría de la autoridad. Se partirá del siguiente problema: ante la falta de especificación de los derechos es necesario una autoridad que pueda delimitarlos y tener la última palabra sobre cómo deben entenderse. A su vez, se analizará la situación del poder legislativo como órgano idóneo para especificar los derechos, puesto que, debido a su estructura y modo de funcionamiento, puede realizarlo de una manera adecuada. También se indagará sobre el rol del poder judicial para contribuir a la especificación de los derechos

## INTRODUCCIÓN

efectuado por el poder legislativo a partir de la canalización de los reclamos particulares y, más precisamente, la satisfacción del derecho a ser oído.

Finalmente, corresponde indagar sobre un interrogante particular a fin de que el análisis de los derechos y la autoridad no quede en un estudio meramente teórico, sin incidencia práctica. Esto es ¿es suficiente una teoría institucional de la toma de decisiones políticas en materia de derechos para que las libertades de los individuos sean satisfechas y la vida en comunidad posible?

Las fuentes principales que se utilizaron para desarrollar la presente tesis doctoral fueron aquellas vinculadas con el problema político y jurídico al que Dworkin y Waldron tratan de dar respuesta, esto es: ¿qué autoridad tiene la última palabra en materia de derechos y cómo debe concretarla? En este sentido, con respecto a Dworkin, en lo que corresponde a cómo entender los derechos, se hizo especial énfasis en la obra *Los derechos en serio –Taking Rights Seriously*, 1977-. En relación a la concepción de la democracia asociativa se indagó en la obra *La democracia posible: principios para un nuevo debate político –Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, 2005-. Con respecto a la dignidad humana la misma fue precisada a partir del abordaje que efectúa el autor en *Justicia para erizos –Justice for Hedgehogs*, 2011-. Por último, en lo que corresponde al análisis de la teoría de la interpretación integral se recurrió a las obras *El imperio de la justicia –Law’s Empire*, 1986-, *Una cuestión de principios –A Matter of Principles*, 1985- y *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* –1996-. No obstante, corresponde mencionar que en cada una de las obras los temas abordados son diversos y se superponen, de allí que indagar sobre una obra para comprender un tema en particular amerite recurrir a otras.

Con respecto a Waldron, las obras que se utilizaron también fueron diversas. No obstante, la obra principal en la que se encuentran abordadas la mayoría de sus premisas es *Derecho y desacuerdos –Law and Disagreement*, 1999-. Allí subyacen sus nociones de derechos, poder legislativo, legislación, objetividad moral y control de constitucionalidad. También corresponde detallar que con respecto a las críticas al control de constitucionalidad en sentido fuerte se recurrió a la obra *Contra el gobierno de los jueces* –2018- que comprende una serie de artículos como *La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad –The Core of the Case Against Judicial Review*, 2006-, *Control judicial y supremacía judicial –Judicial Review and Judicial Supremacy*, 2014-, *Cinco a Cuatro: ¿Por qué es que en los tribunales deciden mayorías exiguas? –Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts?*, 2014-, entre otros. También, en relación al estudio de la legislación se indagó en *The Dignity of Legislation* –1999-. Con respecto a su concepción de la dignidad humana se indagó en su obra *Democratizar la Dignidad: estudios sobre dig-*

## INTRODUCCIÓN

*nidad humana y derechos* –2019–, la cual integra artículos como *Dignity, Rank and Rights* –2012– y *Is Dignity the Foundation of Human Rights?* –2015–. Tampoco se puede dejar de mencionar el abordaje de los derechos a partir de las obras *Liberal Rights* –1993–, *The Law* –1990– y *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man* –1987–.

En relación a los problemas que acaecieron para la realización de la presente tesis pueden mencionarse dos. El primero, hubiese sido meritorio efectuar un análisis jurisprudencial de los casos analizados por Ronald Dworkin –en particular, de *Brown, Baker, Snail Darter y McLoughlin*– a fin de ponderar en qué medida el autor logra una aplicación exitosa de su teoría de la interpretación integral. Esto hubiese permitido una mejor comprensión de su pensamiento, puesto que si hay algo por lo que se caracteriza su propuesta es por su abstracción y consecuente dificultad que presenta para ser materializada por un juez de carne y hueso que no tiene las características omnímodas del juez Hércules. Por una cuestión de tiempo y extensión dicho abordaje no fue posible. Con respecto al segundo problema, también corresponde mencionar que Waldron es un autor prolífico que actualmente se encuentra vivo, ejerciendo su profesión académica en forma activa. Por tanto, las conclusiones extraídas en la presente tesis pueden estar sujetas a cambios, todo lo elaborado con base en sus fuentes merecerá ser actualizado con el correr del tiempo.

No quería dejar de agradecer quienes hicieron posible la realización del presente proyecto doctoral. En primer lugar, al CONICET y a la Universidad Austral que me otorgaron la beca doctoral para que a lo largo de los últimos cinco años pueda dedicarme a la investigación. De igual modo quiero dar las gracias a mis padres y hermano, que a lo largo de mi vida me brindaron una formación enraizada en el esfuerzo y la búsqueda de la verdad, sin la cual dudo que hubiese sido posible llegar hasta aquí. También quiero agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad Austral por brindarme una atmósfera de tranquilidad y buena estima. Muy particularmente subrayo la gentileza de Alfonso Santiago, Fernando Toller, Luciano Laise, Carlos Ignacio Massini, Rodolfo Vigo, Jorge Albertsen, Manuel García Mansilla, Andrés Sánchez Herrero, Pilar Zambrano, Juan Cianciardo, Ignacio Alterini, Enrique Aguilar, Romina Pittondo, las bibliotecarias Liliana Vicente y Angélica Mansilla y, también, a las almas maternas de la Facultad de Derecho, las secretarías Estela Welter y Magdalena Llambías.

Por último, una mención especial merece quienes fueron mis directores de tesis, los doctores Juan Bautista Etcheverry y Pedro Rivas. A ellos les debo mi formación académica y la posibilidad de desarrollar mi vocación como profesor universitario. Considero que esto último ha sido el mayor logro que he conseguido a lo largo de este proceso, aunque todavía me quede mucho por aprender y asperezas por li-

## INTRODUCCIÓN

mar. Esto se debe a que concibo el doctorado, en primer lugar, como una escuela de virtudes humanas.

## **CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS**

### **PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN INTEGRAL DE RONALD DWORKIN Y LA TEORÍA DE LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS DE JEREMY WALDRON**



## CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS

El propósito del presente capítulo consiste en explicar los presupuestos epistemológicos que subyacen en el pensamiento de Dworkin y Waldron relacionados con la democracia y el control de constitucionalidad.

A este fin se identificarán los lineamientos sobre los que ambos pensadores construyen sus respectivas teorías. Esto posibilitará la comprensión del ineludible conflicto entre la democracia y el control de constitucionalidad que constituye el núcleo central de la presente tesis doctoral. Esta tarea se realizará mediante el desarrollo de dos partes: 1-en primer lugar, se analizará la teoría de la interpretación integral de Dworkin, la cual constituye el óptico mediante el cual el profesor norteamericano aborda los distintos valores políticos y morales de su pensamiento; 2-en segundo lugar, se abordará el método de toma de decisiones políticas propuesto por Waldron, el cual parte de fundamentos epistemológicos no sustantivos, diferentes a los esgrimidos por Dworkin. En ambas partes se abordarán categorías imprescindibles para comprender las propuestas de ambos pensadores como el desacuerdo, la verdad y la dignidad humana.



# PRIMERA PARTE: PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN INTEGRAL DE RONALD DWORKIN

## I-DESACUERDO Y VERDAD

### 1-EL DESACUERDO COMO REALIDAD INNEGABLE

#### 1.1-El desacuerdo sobre conceptos políticos y morales

Antes de ahondar en las aguas de la teoría de la interpretación de Dworkin es meritorio comenzar por la chispa que enciende su imaginación llevándolo a proponer una teoría interpretativa para resolver un problema clásico de la filosofía política: existen desacuerdos entre las personas sobre cómo entender los conceptos políticos y morales<sup>1</sup>.

En este sentido, el desacuerdo entre distintos conceptos puede apreciarse en los diversos campos temáticos abordados por el profesor norteamericano a lo largo de sus obras. Así, por ejemplo, en *Taking Rights Seriously* el autor debate con Hart sobre cómo un juez debe decidir sus sentencias según qué se entienda por derecho. ¿El derecho se reduce a normas positivas que derivan de una práctica social o también incluye principios como bien se advierte del caso *Riggs v. Palmer*? En *Justice in Robes* –o más precisamente en el capítulo IV originalmente publicado como *Do*

---

<sup>1</sup>Cfr. Ronald DWORKIN, *Justicia para erizos*, 1° ed., trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2014, pp. 21-24, 206-210, (en lo que sigue se citará con las siglas JE).

*Liberals Value Conflict*— discute con el filósofo Isaiah Berlin sobre cómo deben interpretarse los valores concernientes a la libertad e igualdad: ¿los valores se encuentran en constante conflicto o más bien el conflicto es aparente, producto de interpretaciones aisladas, lo que exige elaborar concepciones armónicas de ellos? En *Law's Empire* se enfrenta al pragmatismo en lo concerniente a la pregunta ¿existen derechos universales o simplemente existen *derechos como si* que se erigen al resguardo del mejor futuro? En *Freedom's Law* debate sobre cuál es la forma más plausible de concebir la democracia. De esta manera, distingue entre una democracia mayoritaria en donde las decisiones se encuentran en poder del voto mayoritario y una democracia asociativa respetuosa del principio de igual trato y consideración de todos sus ciudadanos —en este debate corresponde mencionar que discute con Jeremy Waldron—. Al mismo tiempo, como consecuencia anexa a la cuestión de la democracia indaga sobre el control de constitucionalidad y se pregunta ¿el control de jueces sobre leyes emanadas por los representantes del pueblo mejora la democracia o la menoscaba? Este último tópico es abordado con minuciosidad en el capítulo segundo de la obra *A Matter of Principle*, titulado *The Forum of Principles*<sup>2</sup>.

## 1.2-Clasificación de los desacuerdos: empíricos y teóricos

Siguiendo esta línea, conviene hacer una aclaración sobre la clase de desacuerdos a los que Dworkin se refiere. El autor efectúa una doble diferencia entre desacuerdos empíricos y desacuerdos teóricos. Describe que los desacuerdos empíricos refieren a cuestiones de hecho, históricas o reales, sobre lo que verdaderamente sucedió o sucede. Estos conciernen al aspecto descriptivo del concepto a analizar y no conllevan un juicio de valor sobre su aplicación. En otras palabras, su análisis implica desentrañar cuál es el hecho que se evidencia en la realidad desde los ojos de un observador externo. Por otra parte, los desacuerdos teóricos se enfocan en los fundamentos que consolidan a los distintos conceptos, es decir, indagan

---

<sup>2</sup>Cfr. Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino de la obra original *Taking Rights Seriously* de 1977, Ariel, Barcelona, 1984, (en lo que sigue se citará con las siglas DS); Cfr. Ronald DWORKIN, *Una cuestión de principios*, 1° ed., trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli de la obra original *A Matter of Principles* de 1985, Editorial Siglo XXI, Bs. As., 2012, (se citará con las siglas CP); Ronald DWORKIN, *La justicia con toga*, trad. Marisa Iglesia Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno de la obra original *Justice in Robes* de 2006, Marcial Pons, Madrid, 2007, (se citará con las sigas JT); Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia*, 2° ed., trad. Claudia Ferrari de la obra original *Law's Empire* de 1986, Gedisa, Barcelona, 1992, (se citará con las siglas IJ); Ronald DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, (en lo que sigue se citará con las siglas FL).

sobre lo que hace que una determinada interpretación del concepto sea verdadera<sup>3</sup>. A modo de ejemplo, si se considera que el pueblo indígena Selk'nam está constituido por aquellos individuos que habitan el norte de la provincia de Tierra del Fuego, luego, ante la pregunta ¿quiénes pertenecen al pueblo Selk'nam? Un desacuerdo empírico se enfocaría en determinar quiénes son las personas que actualmente habitan el territorio de la península fueguina y, por ende, los ausentes no formarían parte de dicho pueblo. En cambio, un desacuerdo teórico analizaría cuáles son los fundamentos razonables para considerar que determinados individuos integran el pueblo Selk'nam: ¿es suficiente el hecho de habitar el territorio fueguino? Acaso, ¿no es más importante compartir la misma idiosincrasia o cultura aborigen que tener los pies sobre las tierras de la región patagónica del extremo sur? ¿Cuál constituye la mejor interpretación del concepto de pueblo y bajo qué fundamentos?

Hecha esta aclaración, al analizar los conceptos políticos y morales, Dworkin no se encauza en resolver desacuerdos empíricos, sino que más bien se esmera en disipar los desacuerdos teóricos que subyacen dentro del zorzal de teorías filosóficas que tratan de explicar distintas concepciones que rivalizan entre sí. Dworkin expresa con vehemencia que la solución no consiste en encontrar criterios aceptados por una mayoría de voluntades que permita llegar a un consenso sobre cómo entender la democracia o la justicia –entre otros conceptos políticos–, ya que considera que la coincidencia en criterios es una salida inviable. De hecho, si hay algo que reprocha a las corrientes positivistas –especialmente al positivismo conceptual de Hart– es de estar contaminadas por el veneno del *aguijón semántico* que conlleva querer desentrañar el significado de los conceptos, solo y exclusivamente, a través de criterios lingüísticos<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup>Cfr. IJ, p. 17; Cfr. Isabel LIFANTE VIDAL, “La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos”, *Jueces para la Democracia*, N° 36, (1999) 41, p. 41; Cfr. Pablo R. BONORINO, *El imperio de la interpretación: Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 31, 64. Bonorino reflexiona sobre los postulados de Dworkin y explica que los desacuerdos teóricos que se producen en la práctica social son considerados como desacuerdos interpretativos porque conciernen a las razones en virtud de las cuales las personas observan como verdadera o falsa una interpretación determinada del objeto de estudio. En este sentido, las personas están en desacuerdo porque discrepan sobre lo que constituye la mejor interpretación del objeto o práctica social en la que participan.

<sup>4</sup>Cfr. IJ, p. 44; Cfr. LIFANTE VIDAL, “La teoría...”, pp. 41-42; Cfr. Ken KRESS, “The interpretative turn”, *The University of Chicago Press, Ethics* Vol. 97, N° 4 (July, 1987) 834, p. 838. Kress explica que, contra las teorías positivistas que se encuentran contaminadas por el veneno del aguijón semántico, Dworkin desarrolla su teoría de la interpretación enfocada en las prácticas y tradiciones, mediante la cual intenta demostrar que los desacuerdos son posibles aún entre personas que comparten los mismos criterios.

Por consiguiente, el autor razona que reducir el desacuerdo a cuestiones meramente empíricas, olvidando indagar sobre cuestiones teóricas, es una manera de evadir el problema real que subyace de fondo. En este aspecto, resalta que es necesario comprender las clases de desacuerdo existentes por tres razones básicas. En primer lugar, para entender cómo y por qué las personas discrepan. En segundo lugar, para desarrollar los fundamentos apropiados que expliquen los conceptos políticos y morales que incumben a la sociedad. En tercer lugar, para construir y defender una teoría desde la cual dichos conceptos puedan ser comprendidos de una manera coherente<sup>5</sup>.

La teoría que Dworkin propone para dilucidar el significado verdadero de los conceptos se conoce como *teoría general de la interpretación*, la cual –en sus propias palabras– es respetuosa de un valor fundamental, el valor de la unidad<sup>6</sup>. De esta manera, a través de la misma analiza los diferentes conceptos, unos a la luz de otros, como si formasen parte de un entretejido de valores, haciendo honor a la integridad. Sin embargo, corresponde mencionar una aclaración elemental: Dworkin resalta que este desafío interpretativo solo tiene sentido si se concibe la posibilidad de encontrar una concepción correcta de lo que cada concepto significa<sup>7</sup>. En otras

---

<sup>5</sup>Cfr. IJ, pp. 21-24, 206-210.

<sup>6</sup>Cfr. Idem, pp. 15, 20-22; Cfr. María Lourdes SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”, *Doxa*, N° 26 (2003) 347, pp. 349, 365. Santos Pérez entiende que existe un carácter sistemático en el pensamiento de Dworkin. Afirma que en las obras del profesor norteamericano se refleja una ambición holística de integrar diferentes teorías –la teoría del derecho, la teoría de la justicia y la teoría ética–. La profesora se pregunta: «¿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 restrictamente, pensada para los sectores liberales de esa sociedad?» Como posible respuesta explica que «el punto de conexión entre teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría ética se encuentra en una teoría holística 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 valor». Ibidem.

<sup>7</sup>Cfr. IJ, pp. 60-61; Cfr. KRESS, “The interpretative...”, p. 838. Dworkin explica que la distinción entre concepto y concepción se debe a una diferencia de niveles de abstracción en los que puede ser estudiada la interpretación. Así, por ejemplo, con respecto a la práctica de la cortesía, el respeto proporciona el concepto de la misma y las diferentes perspectivas que puedan suscitarse sobre lo que el respeto en la realidad requiere son concepciones que se desprenden del concepto. A modo explicativo, Dworkin utiliza la imagen del árbol y enseña que en una comunidad que debate sobre la cortesía sus miembros estarán de acuerdo sobre las proposiciones más generales y abstractas de la misma, las cuales conforman el tronco del árbol, sin embargo, muy posiblemente disentirán con respecto a las subinterpretaciones más concretas de las proposiciones abstractas, siendo estas subinterpretaciones las que se identifican con las ramas del árbol. De esta manera, en cierto momento evolutivo de la práctica todos los miembros coinciden en que la cortesía –en su forma más abstracta– es una cuestión de respeto, algunos grupos dirán que debe mostrarse respeto a las personas ancianas, otros podrán decir que el respeto debe ser ganado y que, por ende, no se demuestra en forma automática, entre otras posibles subinterpretaciones. Por consiguiente, puede observarse que el respeto proporciona el concepto de la

palabras, reflexiona que solo si existe una objetividad en el valor tendrá sentido desentrañar el verdadero contenido de los conceptos a través del óptico de la interpretación<sup>8</sup>.

## 2-LA OBJETIVIDAD DEL VALOR

### 2.1-La unidad del valor

En el apartado anterior se indicó que la objetividad del valor infunde sentido a la teoría de la interpretación dworkiniana. En este aspecto, puede afirmarse que el valor cumple un rol preponderante en la actividad interpretativa, expresa el autor: «la moral política depende de la interpretación y la interpretación depende del valor»<sup>9</sup>. Por eso, antes de analizar si la democracia, la igualdad o la justicia son valores auténticos, primero es meritorio discernir si existen valores verdaderos o si, por el contrario, los mismos son meras invenciones cuyas concepciones varían dependiendo de quién las realice. De la misma manera, en relación al tema más importante de esta tesis, sería absurdo indagar si el control de constitucionalidad legitima el sistema democrático de gobierno si luego se concluye que la democracia no es un valor que merezca ser defendido<sup>10</sup>.

Ante esta disyuntiva, Dworkin sostiene que existe una «verdad objetiva del valor»<sup>11</sup>. De hecho, considera que existen actos que son incorrectos independiente-

---

cortesía y que las distintas perspectivas sobre lo que el respeto requiere en la realidad se corresponden con las diferentes concepciones posibles.

<sup>8</sup>El tema de la objetividad es de vital importancia en el pensamiento de Dworkin. Tal es así que, en *Una cuestión de principios*, la reconoce como un problema del campo de la ética que es menester abordar –véase CP, p. 199–. Su relevancia reside en satisfacer la siguiente necesidad: que un juez pueda realizar juicios valorativos, que sean objetivos –aunque emanen de su voluntad– y que, como consecuencia, le permitan elaborar concepciones de valores políticos que, a su vez, participen de dicha objetividad, a fin de arribar a una única respuesta correcta, la cual es materializada en una sentencia. (Véase: epígrafes 2.4.1 y 2.4.2 del Capítulo 4 de la presente tesis doctoral).

<sup>9</sup>Cfr. IJ, p. 22.

<sup>10</sup>Cfr. Idem, p. 41; Cfr. Ronald DWORKIN, “Objectivity and Truth: You'd Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25 (1996) 87, pp. 87-89. En este artículo Dworkin efectúa una crítica a los adherentes del escepticismo que niegan la existencia de una verdad objetiva reduciendo todo a cuestiones de convenciones, ideologías, poder o reglas del lenguaje. Identifica esta visión con corrientes post-modernistas, antifundacionalistas y neopragmáticas que en la actualidad dominan los hilos de la actividad académica. El profesor advierte que negar la existencia de una verdad objetiva acerca de la interpretación, el arte o la moralidad conlleva negar la existencia de un estándar de mérito o éxito en el pensamiento artístico, moral o legal que vaya más allá de las teorías dominantes en el campo universitario, lo que compromete no sólo el debate académico sino también el político.

<sup>11</sup>Cfr. IJ, p. 22; Cfr. DWORKIN, “Objectivity and Truth...”, pp. 128-129.

mente de cuántas voluntades confabulen para creer lo contrario. Así, aunque dicha afirmación conlleve emitir un juicio valorativo, la misma no se reduce a una cuestión subjetiva. Por ejemplo, considera que torturar bebés es objetivamente incorrecto y que dicha afirmación moral es algo evidente e ineludible. Dworkin se distancia de quienes creen que los juicios de valor no tienen sentido porque no son más que proyecciones de actitudes o emociones personales. De hecho, sostiene que esta posición es la más representativa del *corazón del zorro*, propia de pensadores que saben mucho porque son como fieras que merodean solitariamente los confines del mundo persiguiendo una visión dispersa de la realidad, pero que no pueden concebir una visión del mundo coherente, ni vislumbrar una idea que es significativa en la filosofía: «la unidad del valor»<sup>12</sup>.

Ante este panorama zorruno, Dworkin resalta que los filósofos escépticos, caracterizados por reducir los juicios morales a parámetros subjetivos o nihilistas, creen que se puede vivir una vida más plena e intelectualmente responsable si se renuncia a la objetividad del valor, si se admite que la verdad solo depende de compromisos personales. El profesor norteamericano sostiene que esta visión es incoherente y no tiene asidero en la vida privada y, menos aún, en la vida pública. En este sentido, explica que en la esfera de la política la visión escéptica deviene en un equívoco ya que, al ser la política coactiva, las personas deben actuar como ciudadanos o gobernantes responsables, lo cual implica sostener valores y principios verdaderamente objetivos que fundamenten el actuar cívico. Así, por ejemplo, subraya que sería una arbitrariedad que un ciudadano vote a un partido que profese una visión igualitaria de la democracia por el mero hecho de que sea la que se identifique con sus emociones más profundas, sin alegar ningún argumento de razón<sup>13</sup>.

En síntesis, Dworkin considera que una teoría de la interpretación debe fundar sus cimientos en postulados independientes sobre lo que es verdadero en términos de coherencia argumentativa. Es consciente que las personas no se pondrán de acuerdo sobre qué concepción de un concepto político, como podría ser la justicia, es la más atinente a la verdad. Sin embargo, considera que alguien que se encuentre inmerso en la esfera de la función pública debe creer necesariamente que existe una justicia verdadera a respetar en su obrar profesional por el bienestar general. Por consiguiente, afirma que la única forma de defender una teoría de la justicia es salvaguardando una teoría de la objetividad moral, tratando de encontrar una in-

---

<sup>12</sup>Cfr. IJ, p. 23; Cfr. DWORKIN, “Objectivity and Truth...”, pp. 103-105; Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía...”, p. 348.

<sup>13</sup>Cfr. JE, p. 23.

interpretación auténtica de lo que debería ser la justicia. No plantearse este desafío, resalta con nitidez, sería caer en un acto de irresponsabilidad<sup>14</sup>.

## 2.2-La independencia metafísica del valor

Esta condición *sine qua non* concerniente a la objetividad del valor, conduce al autor a prescribir una premisa fundamental: *la independencia metafísica del valor*. En este sentido, Dworkin advierte que el juicio de valor sobre lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto, no deriva de la metafísica, no procede —alega despectivamente— de partículas morales que orbitan en el universo a la espera de que algún ser dotado de una capacidad especial pueda atraparlas para discernir qué es lo correcto o lo justo. Sostiene que rechazar la metafísica tampoco implica sostener la inexistencia de una verdad objetiva como muchos filósofos realistas morales así lo creen<sup>15</sup>.

En este sentido, Dworkin interpreta los postulados del realismo moral y considera que es erróneo creer que existen verdades morales que se encuentran afuera de la mente. Se pregunta, ¿de qué otra forma se podría considerar como verdaderas las afirmaciones morales si no es a través de la misma metafísica? Como se indicó considera que hay hechos morales que son incorrectos en sí mismos, como el juicio moral que arguye que matar por placer es un acto incorrecto, resultado al que el profesor norteamericano arriba a partir de una interpretación *sui generi* propia del principio de Hume<sup>16</sup>.

Siguiendo esta línea, Dworkin rechaza el realismo moral y también el escepticismo de la moral. En primer lugar, en contra de los realistas que fundan la moral en la metafísica, advierte que estos filósofos tratan de reconciliar el mundo de la naturaleza con el mundo de la moral, sosteniendo la existencia de una interacción cósmica entre las partículas morales y la conciencia. En segundo lugar, también disiente con los escépticos que, al negar la existencia de dichas partículas, concluyen que los valores son invenciones subjetivas, como si fuesen gustos o aversiones ba-

---

<sup>14</sup>Cfr. Idem, p. 24; Cfr. Steve D. SMITH, “The pursuit of pragmatism”, *Yale Law Journal*, 100 (1990) 409, pp. 412-424; Cfr. Marie-Andrée PLANTE and Anaïs VOY-GILLIS, “Is Ronald Dworkin a Pragmatist?”, *Journal of Political Theory*, 17 (2014) 61, pp. 62-68; Cfr. PLANTE, Marie-Andrée and VOY-GILLIS, Anaïs, “Ronald Dworkin’s criticism of pragmatism”, *Journal of Political Theory*, 16 (2014) 27, pp. 27-35.

<sup>15</sup>Cfr. JE, p. 24.

<sup>16</sup>Cfr. DWORKIN, “Objectivity and Truth...”, pp. 103-105. Para la explicación de la interpretación del principio de Hume véase el epígrafe titulado *Influencia de David Hume en Dworkin*, —epígrafe 1.2, apartado II, 1º Parte, Capítulo 4—.

ñados con una capa honorífica, lo que sería una suposición estrafalaria ya que si cada uno pudiese inventarse sus propios valores eso implicaría *no tomarse los valores en serio*. Pero entonces corresponde preguntar ¿de qué otra forma puede sostenerse la veracidad de un juicio moral sin hacer mención a la metafísica ni a los hechos morales? En otras palabras, ¿de qué modo puede entenderse la independencia del valor en clave dworkiniana? El profesor norteamericano enseña –y este es un aspecto central de su teoría de la interpretación– que la única forma inteligible de entender la independencia de un juicio moral es «mediante un argumento moral que muestre que el juicio realizado seguirá siendo verdadero aun cuando nadie creyera que lo es»<sup>17</sup>. De esta manera, se desprende que en el pensamiento dworkiniano el mundo de la moral es el mundo de la argumentación, son las razones argumentativas –no evidentes–, de reforzamiento mutuo, las que hacen que un juicio sea genuino<sup>18</sup>.

En conclusión, Dworkin afirma que la interpretación sería una actividad distinta si los intérpretes no trabajaran por afirmar la verdad y asumir sus discrepancias. Por eso, también reitera que una teoría acabada de la interpretación no debe ser ajena a la verdad, sino que debe explicar la posibilidad y el sentido de *la verdad en la interpretación*, sin olvidar su infabilidad y la probabilidad de desacuerdos entre los intérpretes sobre dónde se encuentra el sello de autenticidad. En definitiva, resalta que solo si se concibe la posibilidad de que exista una verdad objetiva en el valor puede pensarse que hay un modo correcto de abordar los conceptos interpretativos. Solo de esta manera el desacuerdo será genuino independientemente de las diferencias que puedan aflorar<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>JE, p. 25.

<sup>18</sup>Cfr. Ibidem; Cfr. Benjamin C. ZIPURSKY, “Two Takes on Truth in Normative Discourse”, *Boston University Law Review*, N° 90 (2010) 525, p. 528; Cfr. DWORKIN, “Objectivity and Truth...”, p. 128. Dworkin resalta que la moral es una dimensión distinta e independiente de la experiencia personal, que ejerce su propia soberanía y tiene su propio reino. Considera que las personas no pueden argumentar en términos morales desde afuera de la moral o, por ejemplo, desde un escepticismo arquimediano, de la misma manera que no se puede escalar por sobre la razón para juzgarla prescindiendo de ella. Las personas pueden tratar de desentrañar qué es lo que actualmente piensan acerca de la virtud, el vicio, la obligación o el derecho, y discernir si eso que piensan es o no consistente con otros pensamientos relacionados al campo de la cosmología, psicología o historia. Así, en caso de que exista una contradicción, debe tratar de restablecerse una armonía. Dworkin resalta que aun en el caso más extremo en donde se presenten dudas abrumadoras, es necesario un juicio moral para discernir si esa duda se encuentra justificada y cuáles son sus posibles consecuencias para instituciones como el derecho, el deber, el vicio y la virtud. Por consiguiente, más allá de lo que se aprenda sobre el mundo físico o mental, se debe exigir un juicio moral, se debe tratar de averiguar cómo la persona debe responder ante un caso determinado.

<sup>19</sup>Cfr. JE, p. 191; Cfr. BONORINO, *El imperio...*, p. 14.

## II- DESACUERDO E INTERPRETACIÓN

### 1-UNA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN COMO RESPUESTA AL DESACUERDO

#### 1.1-Relación entre interpretación y verdad

Dworkin sostiene que existen determinados conceptos –como la igualdad, la justicia, la democracia– que se caracterizan por una particularidad: son conceptos interpretativos. Por ende, la forma adecuada de abordarlos es a través de una teoría de la interpretación<sup>20</sup>. El profesor norteamericano se pregunta, ¿cuándo las personas comparten estos conceptos de forma tal que sus discrepancias y coincidencias sean auténticas y no en un mero diálogo de sordos? En aras a dar una respuesta enuncia dos ideas interconectadas. La primera, en una comunidad estos conceptos son interpretativos porque las personas comparten las mismas prácticas y experiencias sociales en las que dichos conceptos aparecen. La segunda, que estos conceptos designan un valor que el intérprete debe identificar y esta actividad concierne a la búsqueda del valor es la que conduce al desacuerdo. Así, por ejemplo, si bien las personas consideran que la justicia es un valor que merece ser defendido, sin embargo, existen discrepancias sobre cuál es la mejor forma de entenderla. En definitiva, el reconocimiento del origen de este conflicto es lo que hace que el

---

<sup>20</sup>Cfr. CP, pp. 194-195; Cfr. BONORINO, *El imperio...*, pp. 21, 51. Bonorino distingue que cuando Dworkin realiza una analogía entre la interpretación jurídica y la interpretación literaria, utiliza la palabra *interpretación* en dos sentidos principales: interpretar como la actividad que pretende desentrañar el sentido en que un autor determinado utilizó esa palabra o frase dentro de una obra; o interpretar como la actividad consistente en *tomar posición respecto del significado de la obra como un todo* mediante la exposición de argumentos sólidos. Sostiene que este último uso es el que debe considerarse para comprender los diferentes postulados del universo dworkiniano.

desacuerdo sea genuino y no un desacuerdo empírico reducido a descripciones semánticas<sup>21</sup>.

Siguiendo la estela de los desacuerdos genuinos de los conceptos, Dworkin se pregunta si acaso no existe una verdad que deba ganarse con la interpretación. De esta manera, explica que comprender es interpretar y que la interpretación –a diferencia de la ciencia– necesita lograr un propósito para ser exitosa. Enseña que al momento de analizar una obra existe una meta intrínseca y una meta justificativa. La meta intrínseca consiste en encontrar la verdad del objeto que se analiza, pues caso contrario, nadie indagaría. En cambio, la meta justificativa consiste en discernir los propósitos que motivan a querer encontrar esa verdad –así, por ejemplo, los propósitos que estimulan la investigación médica se identifican con prevenir y curar enfermedades–<sup>22</sup>.

El profesor norteamericano resalta una diferencia entre ciencia e interpretación. En la ciencia las metas justificativas e intrínsecas se encuentran separadas, por lo que sería un error suponer que las justificaciones forman parte del éxito en la búsqueda de la verdad. Así, la fascinación que le produce al investigador el estudio de la cosmología no hace a la verdad, la teoría del big bang no es verdadera por el encanto que despierta su estudio. En cambio, en la interpretación esta distinción es ilusoria ya que ambas metas –justificativa e intrínseca– se encuentran fusionadas, el propósito justificativo es el corazón del éxito<sup>23</sup>.

Siguiendo esta vena, Dworkin expresa que, si la explicación del valor es acertada, el éxito depende de lo que consideramos como la mejor idea del sentido de interpretar en ese género. De esta manera, lo que hace verdadera a una proposición son las razones que la fundamentan, razones que son mejores que las esgrimidas por interpretaciones antagónicas ya que se respaldan mutuamente en un entretejido axiológico<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup>Cfr. JE, p. 21.

<sup>22</sup>Cfr. Idem, pp. 158, 192.

<sup>23</sup>Cfr. Idem, p. 193; Cfr. Richard H. FALLON, “Is Moral Reasoning Conceptual Interpretation?”, *Boston University Law Review*, N° 90 (2010) 535, p. 536. Fallon explica que Dworkin realiza una división entre dos grandes dominios del conocimiento humano: por un lado, el reino de la ciencia, en el que los científicos persiguen el conocimiento asumiendo que las creencias verdaderas son causadas por elementos del universo físico; por el otro, el reino de la interpretación, que engloba el reino de los valores.

<sup>24</sup>Cfr. JE, pp. 194-195; Cfr. FALLON, “Is Moral Reasoning...”, pp. 537-538. Explica Fallon en la cita mencionada que en el pensamiento dworkiniano la verdad pertenece al dominio del valor y la misma concierne a un problema de convicción y argumento. Para defender esta hipótesis, explica que

## CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS

En consecuencia, Dworkin enseña que la interpretación debe entenderse como la interpretación de una práctica social y, para explicarlo de una forma lúcida, plantea una analogía con la interpretación artística. En esta última, cuando los críticos interpretan una obra de teatro siempre defienden algún propósito de su significado, tema o sentido. Por ende, ambas formas de interpretación comparten ciertos rasgos en común, ya que las dos pretenden interpretar un objeto creado por personas distintas a ellos. Es decir, no interpretan lo que la persona afirma con palabras como sucede en la interpretación conversacional y tampoco los hechos naturales como es propio de la interpretación científica –por ejemplo, interpretar el croar de una rana–. Dworkin explica que, tanto la interpretación de la práctica social como la interpretación artística, son creativas<sup>25</sup>.

Resumiendo, Dworkin enseña que la interpretación creativa se ocupa de los propósitos y no de las causas, se enfoca en los propósitos impuestos a un objeto para lograr del mismo la mejor versión posible dentro del género al cual pertenece. Por eso, en el universo dworkiniano la interpretación es una cuestión de interacción entre propósito y objeto, es el relato de un propósito, porque presenta una forma de observar el objeto que se está interpretando –sea éste una práctica social o una pintura– como si fuese el producto de la búsqueda de un determinado conjunto de temas, visiones, propósitos o sentidos<sup>26</sup>.

En aras de lograr este fin, Dworkin señala un itinerario de etapas que explican cómo hay que proceder para construir concepciones armónicas de valores políticos y morales a la luz de la verdad. Estas se diferencian por el grado de consenso

---

Dworkin concibe a la *interpretación* como un método distintivo de razonamiento moral –que tienen en cuenta la persuasión– para la práctica no científica.

<sup>25</sup>Cfr. IJ, p. 47; Cfr. CP, p. 208; Cfr. LIFANTE VIDAL, “La teoría...”, pp. 42-43; Cfr. BONORINO, *El imperio...*, p. 12. El doctor Bonorino explica que para Dworkin interpretar algo es *mostrarlo en su mejor perspectiva*, en otras palabras, «mostrarlo como el mejor objeto posible dentro del género de objetos al que pertenece». Señala que desde la lente de Dworkin toda interpretación se encuentra compuesta de dos dimensiones: la *dimensión de ajuste* que exige que la interpretación de adecue a los principales rasgos propios del objeto a interpretar; y la *dimensión de valor* que examina la medida en que el objeto de la interpretación es expuesto en su mejor perspectiva.

<sup>26</sup>Cfr. IJ, pp. 48-49, 53; Cfr. KRESS, “The interpretative...”, pp. 838-839; Cfr. BONORINO, *El imperio...*, pp. 24-25; Cfr. Pilar ZAMBRANO, “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras de las propuestas de Ronald Dworkin”, *Persona y Derecho*, N° 56 (2007) 281, p. 291. En su artículo Zambrano explica que, a los efectos de elegir el método interpretativo adecuado, es necesario que el intérprete se pregunte por los fines de la práctica en su conjunto, ya que los mismos forman parte de dicha práctica. Subraya que en la labor interpretativa el objeto no consiste en descubrir estados psicológicos de los participantes –los cuales son incognoscibles–, sino las razones que hacen valiosa a la práctica desde la perspectiva del intérprete.

que se necesita para que la actitud interpretativa prospere en una comunidad determinada<sup>27</sup>. Las etapas son las siguientes:

En primer lugar, la *etapa preinterpretativa*. En esta el intérprete identifica las reglas y normas que proveen el contenido provisorio de la práctica social. Dworkin lo ejemplifica efectuando una analogía con la interpretación literaria, explica que sería la etapa en donde se identifica el texto de Moby Dick con el género novelesco, y no, por ejemplo, con el género jurídico. En este primer estadio se necesita un alto grado de consenso para que la actitud interpretativa sea fructífera.

En segundo lugar, la *etapa interpretativa en sentido estricto*. Aquí el intérprete atribuye una serie de propósitos al género que se está interpretando y que fue identificado como pertinente. El intérprete efectúa una justificación general de los elementos importantes reconocidos en la etapa anterior. La justificación –también llamada ajuste– debe ser lo suficientemente abarcativa para que la interpretación realizada sea considerada hecha sobre la práctica existente y no una interpretación nuevamente inventada.

En tercer lugar, *etapa postinterpretativa o reformadora*. En la misma el desafío consiste en identificar la mejor realización del paquete de propósitos asignados. Aquí se ajusta el sentido sobre cuáles son los requerimientos que la práctica demanda en la realidad, para adecuar mejor la justificación aceptada en la etapa previa<sup>28</sup>.

El profesor norteamericano explica que una interpretación prospera o se disipa en una comunidad determinada según el grado de convergencia o divergencia

---

<sup>27</sup>Cfr. IJ, pp. 56-57; Cfr. KRESS, “The interpretative...”, pp. 839-840. En las páginas citadas de IJ Dworkin explica que los participantes compartirán una práctica social cuando compartan el mismo idioma. En este sentido, enseña que los participantes «deben tener en mente la misma cosa cuando mencionan sombreros o requisitos. Deben tener una comprensión del mundo en formas similares y tener intereses y convicciones bastantes semejantes para reconocer el sentido en los reclamos de cada uno, y para tratarlos como reclamos en lugar de meros ruidos. Esto no significa solo utilizar el mismo diccionario, sino compartir lo que Wittgenstein llamó una forma de vida lo suficientemente concreta como para que nadie pueda reconocer un sentido o un propósito en lo que dice y hace el otro y ver qué tipos de creencias y motivos tendrían sentido a propósito de su dicción, gesto, tono, etcétera. Todos deben *hablar el mismo idioma* en los dos sentidos de la frase (...)». Enuncia que «esta similitud de intereses y convicciones debe ser lo bastante denso como para permitir un genuino desacuerdo». De esta manera, concluye que cada uno de los participantes de la práctica social «debe distinguir entre tratar de distinguir lo que otros miembros de su comunidad piensan que necesita la práctica y tratar de decidir, por sí mismo, qué es lo que dicha práctica necesita en la realidad». Desafío para el cual el método de la interpretación conversacional no sirve ya que se dirige a individuos considerados uno por uno, por tanto, es necesario una teoría de la interpretación general.

<sup>28</sup>Cfr. IJ, pp. 57-58; Cfr. JE, pp. 167-168; Cfr. LIFANTE VIDAL, “La teoría...”, pp. 42-43; Cfr. KRESS, “The interpretative...”, p. 840.

que existe dentro de ella. El consenso interpretativo se va debilitando a medida que se transitan las etapas. De esta forma, el nivel de convergencia requerido en el primer estadio es elevado, ya que si no existiese un acuerdo sustancial con respecto a lo que debe entenderse por interpretación de la práctica social, no sería posible un desacuerdo genuino con respecto a la misma. En esta línea, en la segunda etapa el grado del acuerdo será mayor que en la tercera. Así, por ejemplo, en el área jurídica para que haya una interpretación estatutaria legítima será necesario que los abogados coincidan en que la interpretación de una ley es un ejercicio político y no estético. Por último, es de resaltar que el grado de acuerdo que se necesita en cada etapa no se encuentra determinado previamente, sino que el nivel de divergencia que puede tolerarse se dilucida *ex post*<sup>29</sup>.

En este sentido, al fin de darse a entender, Dworkin propone un ejemplo ficticio para explicar su teoría de la interpretación: la práctica de la cortesía en una comunidad determinada<sup>30</sup>.

Comienza explicando que la cortesía exige que los campesinos se quiten el sombrero de la cabeza ante la nobleza. Por un tiempo, ellos aceptan el seguimiento de esta práctica de tal manera que nadie la cuestiona, la obedecen como si fuese una regla tabú. Pero lentamente, a medida que transcurre el tiempo, dicho comportamiento comienza a modificarse. Así, cada uno de los miembros de la comunidad puede comenzar a desarrollar una *actitud interpretativa* con respecto a las reglas que deben seguir, una actitud que se encuentra integrada por dos elementos<sup>31</sup>. En primer lugar, la suposición de que la práctica existe y tiene valor, es decir, que sirve a un propósito o sentido independiente del hecho de describir las reglas que conforman dicha práctica. En segundo lugar, la convicción de que el comportamiento que exige la cortesía es sensible a su sentido o, en otras palabras, que los presupuestos de la cortesía no son necesariamente los que siempre han sido considerados desde su origen. Esto conlleva a que las reglas estrictas deban ser entendidas –y por ende modificadas– a la luz de dicho sentido.

De esta manera, mientras persista dicha actitud interpretativa, la cortesía no será mecánica, no se reducirá al mero cumplimiento de una orden expedida por un superior. Lo que sucederá es que en la práctica de la cortesía se tratará de imponer

---

<sup>29</sup>Cfr. IJ, pp. 58-59; Cfr. JE, pp. 168-169.

<sup>30</sup>Cfr. IJ, p. 45.

<sup>31</sup>Cfr. Idem, pp. 45-46; Cfr. BONORINO, *El imperio...*, pp. 18-19; Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para...”, p. 365; Cfr. KRESS, “The interpretative...”, pp. 838-839.

el nuevo significado para que sea observada de la mejor forma posible y luego será reestructurada en virtud al mismo<sup>32</sup>.

Dworkin resalta que los elementos de la actitud interpretativa son independientes entre sí. Sin embargo, subraya que es esencial que en la cortesía los miembros adopten los dos componentes de la actitud. De este modo, mediante la interpretación se dilucidará por qué existe la cortesía y también qué es lo que la misma requiere<sup>33</sup>.

Discernir cuáles son los elementos que integran la actitud interpretativa permite observar su dinamismo y comprender cómo cambia a lo largo del tiempo. Así, por ejemplo, si se desarrollase una interpretación de los fotogramas de la cortesía –como si fuese una película–, antes de que la actitud interpretativa quede firme, podrá apreciarse que al principio los miembros suponían que el sentido de la cortesía consistía en la posibilidad de demostrar respeto a los superiores sociales, sin preguntarse si esas eran las formas de respeto que la práctica requería. Pero luego, cuando terminó por afirmarse la actitud interpretativa, el sentido tradicional comenzó a adquirir un sentido crítico y el verdadero respeto comenzó a materializarse de otra forma, ya no mediante el acto de quitarse el sombrero. De este modo, el respeto comienza a manifestarse a través de una leve sumisión de cabeza, o extendiendo el rango de edad de los beneficiarios, o saludando solo a las mujeres, entre otros cambios posibles. Por consiguiente, la nueva interpretación se adhiere a la práctica alterando su forma y exigiendo una reinterpretación de la misma. En este sentido, corresponde advertir que si el respeto dejase de ser importante para los miembros de dicha comunidad, será necesario una interpretación diferente de la práctica, ya que al quedar exenta de sentido la práctica no tardará en desaparecer<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup>Cfr. IJ, pp. 45-46; Cfr. BONORINO, *El imperio...*, p. 19. Bonorino explica que para discernir cómo funcionan y cambian las prácticas sociales en una comunidad es necesario observar la forma en que la actitud interpretativa se desarrolla desde el punto de vista de los participantes –quienes al mismo tiempo son intérpretes individuales– de la práctica social. De esta manera, entiende que cuando los miembros de esa práctica interpretan sus instituciones lo que están haciendo es asignarle un sentido a la misma, la están interpretando en forma constructiva, pretenden mostrar la práctica en la mejor perspectiva posible con base en las creencias que comparten sobre sus instituciones.

<sup>33</sup>Cfr. IJ, p. 46.

<sup>34</sup>Cfr. *Ibidem*; Cfr. Ronald DWORKIN, “La justicia para erizos a debate”, *Lecciones y Ensayos*, N.º. 94 (2015) 347, p. 352. En este artículo Dworkin explica que existe una clase de actividad intelectual llamada interpretación. Describe que el análisis de conceptos morales –justicia, libertad, derecho– es una tarea interpretativa. Enfatiza que los conceptos por medio de los cuales las personas conducen sus reflexiones políticas, son interpretativos. Por lo tanto, para discernir lo que en verdad significan no basta con analizarlos en forma neutral mediante un análisis semántico, sino que es necesario una

## 1.2-Interpretación conceptual: clases de conceptos

Dworkin enseña que los conceptos morales y políticos pueden comprenderse mediante una clase de interpretación en particular, *la interpretación conceptual*, la cual se caracteriza porque desaparece la distinción entre la persona del intérprete y la del autor del objeto que se interpreta. En este sentido, afirma que la interpretación conceptual es un fenómeno social, ya que es creada por las en virtud de la interpretación que efectúan por cuenta propia. Como se mencionó previamente, existe un importante bagaje de conceptos que son consecuencia de una elaboración colectiva, como por ejemplo, la razonabilidad, la honestidad, la responsabilidad, la igualdad, la justicia, la democracia, el derecho, la dignidad humana, entre otros. Estos son compartidos cuando al utilizarlos la mejor explicación que pueden dar del comportamiento colectivo consiste en hacer que el uso correcto de ellos dependa de la mejor justificación del papel que cumplen para la sociedad<sup>35</sup>.

Por otra parte, corresponde aclarar que los conceptos interpretativos no son los únicos que existen en el campo lingüístico. De hecho, el autor sostiene que para explicar los desacuerdos y acuerdos genuinos es necesario diferenciar las distintas clases de conceptos existentes y explicar las formas a través de las cuales pueden ser compartidos, en especial, aquellos que no son de carácter interpretativo.

De esta manera, al margen de los conceptos interpretativos, distingue los conceptos criteriosales, que son compartidos cuando se utilizan los mismos criterios de identificación. A modo de ejemplo, se comparte el concepto de triángulo rectángulo cuando se hace uso del criterio según el cual un triángulo rectángulo es aquel cuyos ángulos interiores suman 180 grados, siempre y cuando uno de los tres sea igual a 90 grados. Discrepar con este criterio de identificación sería caer en un desacuerdo ilusorio sobre el uso apropiado del concepto de triángulo rectángulo. Sin embargo, puede suceder que el concepto a analizar no sea del todo preciso, por ejemplo, ¿el nogal que está perdiendo sus hojas se encuentra ya despojado de su follaje? Aquí las personas pueden discrepar si el nogal adentrado en el otoño se encuentra despojado de su manto oliváceo, sin perjuicio de coincidir sobre la cantidad de hojas que

---

teoría que explique el significado del concepto, se necesita una teoría de la interpretación que sea substancialmente moral.

<sup>35</sup>Cfr. JE, pp. 150-151, 198-199; Cfr. Jack WINTER, “Justice for Hedgehogs, Conceptual Authenticity for Foxes: Ronald Dworkin on Value Conflicts”, *Res Publica*, Vol. 22 (2016) 463, pp.463-465. Dworkin explica que en la actividad interpretativa «el argumento termina cuando se responde a sí mismo, si es que alguna vez llega a hacerlo». De esta forma, deja de manifiesto que la interpretación es una actividad constante que tiene por objeto construir la mejor concepción de un concepto, la cual no se agota de una vez y para siempre, sino que es una actividad dinámica encaminada a la verdad – fundada en la integridad–, como bien quedó expresado a través del ejemplo de la cortesía.

evidentemente todavía cuelgan de sus ramas. No obstante, el aparente desacuerdo es solo verbal, ambos aceptan el mismo criterio para calificar un árbol como vacío de follaje. Por consiguiente, la coincidencia del criterio utilizado para identificar un concepto es lo que transforma en genuino al desacuerdo<sup>36</sup>.

Por otro lado, corresponde mencionar que el hecho de tratar a todos los conceptos como criterios no termina de explicar el modo en que acontecen los acuerdos y desacuerdos para otros tipos de conceptos. Por ejemplo, dos turistas discrepan sobre cómo identificar a un lobo marino, uno lo identifica por su forma – independientemente que sean de cemento como sucede con las estatuas de la costa de Mar del Plata– y otro lo identifica por su comportamiento animal. De esta manera los criterios que ambos utilizan son diferentes y el desacuerdo es patente. En este sentido, puede apreciarse que si bien los interlocutores son conscientes de que utilizan criterios distintos –pero acertados–, aun así, sería correcto considerar que el desacuerdo es auténtico. De esta forma, queda en evidencia que existen conceptos que no pueden englobarse en un único criterio de identificación porque son de carácter natural. Son conceptos que conciernen a objetos que tienen una identidad fija en la naturaleza y son compartidos por las personas cuando los usan para referirse a la misma clase natural. Las personas pueden compartir un concepto de esta clase porque tienen una vasta coincidencia sobre los objetos que se incluyen en él. Así, para el ejemplo en cuestión, los turistas pueden referirse a la misma clase natural aun cuando discrepen sobre los criterios para identificar el objeto, ya que ambos entienden por lobo marino una clase biológica determinada. Coinciden en que, en primera instancia, la bestia es un lobo marino porque así lo indica la naturaleza biológica propia de su especie animal, independientemente de los criterios que se utilicen para identificarlo<sup>37</sup>.

A pesar de estas diferencias entre los conceptos criterios y naturales ambos tienen algo en común, quienes los comparten aceptan un procedimiento determinado para discernir cuándo aplicarlo. Los interlocutores compartirán el concepto de lobo marino cuando estén de acuerdo con la esencia biológica que distingue a ese animal, aunque históricamente algunos hayan identificado a los lobos marinos por su forma y otros por su comportamiento. Por otra parte, ambos compartirán el concepto de triángulo rectángulo cuando coincidan en el criterio que lo identifica –por lo menos uno de sus tres ángulos debe ser igual a 90°– aunque discrepen si la figu-

---

<sup>36</sup>Cfr. JE, pp. 198-199; Cfr. JR, pp. 19-20.

<sup>37</sup>Cfr. JE, pp. 200-201; Cfr. JR, p. 20.

ra geométrica proyectada en tiza sobre el pizarrón tiene efectivamente un ángulo de 90°<sup>38</sup>.

No obstante, corresponde examinar si este procedimiento mediante el cual se comparten dichos conceptos puede aplicarse también a los conceptos interpretativos. La respuesta es negativa. Los conceptos interpretativos no se comparten por la simple concordancia en su aplicación luego de haber arribado a un acuerdo sobre todos los hechos pertinentes. Sino que, como se explicó en un principio, se comparten cuando se acepta que su aplicación se encuentra determinada por la mejor interpretación de la práctica en la que dichos conceptos aparecen. Así, por ejemplo, no hay un código de ADN para identificar el valor de la democracia, ni tampoco un único criterio para definirla, sino que la mejor interpretación es producto de los mejores argumentos<sup>39</sup>.

De esta manera, se entiende que las personas participan en prácticas sociales a través de las cuales tratan ciertos conceptos como identificativos de un valor o disvalor. El problema es que discrepan sobre cómo deben caracterizarlos o identificarlos. Se preguntan: ¿qué hace que un acto sea justo o injusto? ¿Qué justifica una correcta atribución del concepto? Sin embargo, hay algo en lo que sí coinciden, coinciden en los paradigmas que engloban a dichos conceptos, y esto es lo que les permite arribar de una manera adecuada a una concepción determinada, sea de un concepto político o moral. Es decir, les permite arribar a una caracterización específica del valor o disvalor que justifica de una forma satisfactoria los paradigmas compartidos<sup>40</sup>.

En este sentido, el hecho de compartir un concepto interpretativo también depende de un acuerdo, al igual que sucede con los conceptos criteriosales y naturales, pero no es un acuerdo sobre un procedimiento decisorio. Así, por ejemplo, hay personas que niegan que el patriotismo o la castidad expresen algún valor, sin embargo, suponen que existe un amplio acuerdo con respecto a la cultura e idiosincra-

---

<sup>38</sup>Cfr. JE, p. 201.

<sup>39</sup>Cfr. Idem; Cfr. JR, pp. 21-22.

<sup>40</sup>Cfr. JE, p. 202; Cfr. IJ, p. 62; Cfr. SANTOS PÉREZ, "Una filosofía...", p. 366; Cfr. KRESS, "The interpretative...", p. 840. En la mencionada cita de IJ Dworkin explica que en cada etapa histórica del desarrollo de una práctica social existen requisitos concretos que aparecerán como constitutivos de la misma, los cuales se identifican con lo que se entiende por paradigma. Así, por ejemplo, en la práctica de la cortesía la regla de que los hombres se levantan de sus asientos cuando ingresa una mujer puede ser considerada como un paradigma durante un tiempo determinado. Dworkin subraya que los paradigmas aseguran las interpretaciones, pero que ningún paradigma está exento de la posibilidad de que se origine una nueva interpretación que explique el objeto de análisis desde una mejor perspectiva. Puede apreciarse que los paradigmas permiten el control del proceso interpretativo ya que condicionan las interpretaciones que se realicen de la práctica social para que no devengan en meros artificios.

sia que enmarcan a dichos conceptos entre quienes sí los consideran valiosos. En la interpretación conceptual, el tratamiento de un concepto como interpretativo supone que existe una manera correcta de interpretar la práctica que identifica a un concepto interpretativo y que, por ende, hay interpretaciones rivales inferiores<sup>41</sup>.

Esta premisa conlleva el siguiente corolario, el hecho de compartir un concepto interpretativo hace que puedan compararse las distintas teorías filosóficas que construyen concepciones antagónicas sobre el mismo concepto. Así, compartir el concepto de justicia, permite que podamos comparar las distintas concepciones axiológicas brindadas desde teorías utilitaristas, iusnaturalistas y positivistas que compiten en torno al mismo. Sin embargo, solo una ofrecerá la mejor interpretación del concepto que se analiza, solo una será más atinente a la verdad, reconocer este desenlace es una característica propia de la interpretación conceptual<sup>42</sup>.

Siguiendo esta vena, para evacuar cualquier duda que pueda suscitarse, conviene dejar en claro que desde el método interpretativo dworkiniano no puede concebirse un concepto como la justicia –u otro concepto interpretativo– como criterial o natural. En primer lugar, las personas que están en desacuerdo sobre qué es la justicia no comparten criterios decisivos para zanjar sus discrepancias. No se ponen de acuerdo si la justicia es lo que beneficia al mayor número de personas, lo que resuelve el voto mayoritario en el Parlamento o si, por el contrario, la justicia consiste en la igualdad de bienes y oportunidades entre personas de distintas clases sociales. Sin embargo, tampoco puede cerciorarse que el hecho de que las personas estén de acuerdo sobre la existencia de una razón categórica o autoritativa pueda concluir definitivamente que un acto sea justo. Esto se debe a que las personas también discrepan sobre qué se entiende por una razón categórica. Por otra parte, tampoco es viable tratar a la justicia como un concepto natural. Explica Dworkin que algunos filósofos morales creen que existen propiedades especiales que pueden ser percibidas a través de la intuición. Razona que esto sería ilusorio, ya que como se indicó previamente, el autor considera que es una tarea vana concebir a la justicia por medio de la metafísica o concepciones realistas que describen los valores al margen de la interpretación que las personas puedan darles<sup>43</sup>.

Concluyendo, el profesor norteamericano aclara que si bien las personas entienden qué es la justicia –y por eso pueden discrepar sobre si un acto es justo o injusto–, sin embargo, la comprenden de una forma muy vaga. Por lo que es necesario analizar qué es lo que en última instancia hace que un determinado concepto sea considerado como genuino. Es necesario explicar cómo puede llegarse a consi-

---

<sup>41</sup>Cfr. JE, pp. 198-199; Cfr. JR, pp. 22-23.

<sup>42</sup>Cfr. JE, p. 204.

<sup>43</sup>Cfr. Idem, p. 211.

derar que la construcción de la concepción de un valor político es adecuada siendo que los criterios de identificación y la misma biología no otorgan respuestas adecuadas. La solución, como se anunció en un principio, se encuentra en la teoría de la interpretación general de Dworkin, la cual suministra el *modus operandi* sobre cómo construir una concepción correcta de un valor, a través de la introducción de las prácticas y paradigmas de ese valor, en una red más grande de otros valores familiares que ayuden a comprender de una forma íntegra y armoniosa el valor en tela de juicio<sup>44</sup>.

## 2-LA INTEGRIDAD EN LA INTERPRETACIÓN

### 2.1-La responsabilidad del intérprete

Dworkin comienza el capítulo sexto en *Justicia para erizos* describiendo la tesis realista que alega la existencia de afirmaciones morales que son objetivamente verdaderas y que se encuentran respaldadas por la metafísica. Por lo que, en esta línea, los filósofos realistas consideran que la verdad de tales afirmaciones, seguirá siendo auténtica aun cuando todos piensen lo contrario, ya que la existencia de partículas morales no depende del juicio subjetivo del observador. Sin embargo, el profesor norteamericano advierte que esta concepción basada en la dependencia metafísica de la moral otorga fundamento a los filósofos escépticos de la moral para concluir que, al no existir la metafísica, tampoco existe una verdad que sustente la responsabilidad –ni el deber moral– y, por ende, no habría juicios objetivamente correctos o incorrectos<sup>45</sup>.

Sin embargo, si bien Dworkin considera que existe una verdad objetiva, aunque distinta a la concebida por el realismo clásico, considera que es necesario una epistemología moral de carácter integrado –no fundamentada en partículas morales– que pueda ser condensada en una teoría moral sustantiva de primer orden<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup>Cfr. Idem, pp. 204, 217-218.

<sup>45</sup>Cfr. Idem, p. 129.

<sup>46</sup>Cfr. Idem, p. 130; Cfr. DWORKIN, “La justicia para...”, pp. 355-356. Dworkin explica que la verdad es un concepto interpretativo. Precisa que en el campo de la ciencia es común entender que una proposición es verdadera si se corresponde con la realidad –verdad por correspondencia con la realidad–. Sin embargo, considera que en un dominio diferente, como la moral o la ética, las ideas concernientes a lo que hace que una proposición sea verdadera tendrían que respetar los requerimientos propios del dominio al que pertenece, por lo que sería ilusorio utilizar la teoría de la correspondencia de la verdad ya que no hay una realidad –como partículas atómicas llamadas morones– a la cual corresponderse. Tratar de investir con sentido a una teoría de la correspondencia de la moralidad sería

Como defensor de una interpretación argumentativa, el profesor norteamericano sostiene que la única forma de evaluar la exactitud de las convicciones morales es mediante el despliegue de otras convicciones morales. De esta manera, sostiene que las razones que una persona tiene para considerar que la tortura es incorrecta no son adecuadas sin el respaldo congruente de las convicciones. Señala que el conflicto sobre la verdad se suscita cuando hay que demostrar la veracidad de las afirmaciones a personas que adhieren a opiniones radicalmente distintas a las propias: ¿cómo demostrarles que las concepciones construidas son verdaderas y que las del interlocutor son falsas cuando los argumentos se encuentran equilibrados? Dworkin explica que la única posibilidad será convencerlas de que se ha actuado de manera responsable al efectuar la interpretación que se pretende defender. De esta manera, puede apreciarse la diferencia que existe entre exactitud y responsabilidad en lo que respecta a la convicción moral. Así, por ejemplo, si bien una persona A puede juzgar que las concepciones que una persona B utiliza para fundamentar la licitud de la invasión de EUA a Irak son gravemente incorrectas, eso no quita que pueda aceptar que B ha actuado con plena responsabilidad al construirlas. Por consiguiente, puede suceder que la persona B se encuentra satisfecha porque ha actuado de la mejor manera posible en su investigación aunque el resultado al que arribó no sea el esperado desde un inicio<sup>47</sup>.

Dworkin enseña que la mejor forma de pensar los problemas morales y políticos es mediante el estudio del concepto corriente de la responsabilidad moral. Describe que la responsabilidad moral es la epistemología apropiada para el estudio de los conceptos interpretativos. En este sentido, enseña que el corazón de la misma es la *integridad*. Lo cual implica suponer que la epistemología de una persona moral-

---

caer en las fauces de quienes niegan el principio de Hume según el cual no existe una descripción fáctica desde la cual pueda extraerse una proposición moral. En definitiva, luego de concebir a la verdad como un concepto interpretativo, se hace necesario una interpretación de lo que es la verdad que se ajuste de una manera adecuada a lo que se entiende por moralidad. Es de aquí que Dworkin propone la teoría de la verdad de Bernard Williams como la mejor explicación posible de la misma. Este autor explica en su obra *Truth and Truthfulness* que reflexionar sobre la verdad conlleva pensarla como integrante de una familia de virtudes hermanas que la dotan de sentido, conlleva pensarla a la luz de la sinceridad, exactitud, responsabilidad, entre otras. Cfr. JE, pp. 217-218.

<sup>47</sup>Cfr. JE, pp. 130, 150; Cfr. DWORKIN, "Objectivity and Truth...", pp. 106-107. En las citas mencionadas de JE Dworkin advierte que el intento de cualquier persona real de justificar un juicio moral llegará a su fin, por enérgica y concienzuda que sea la persona, debido al agotamiento, la falta de tiempo o imaginación. Pero ¿cuándo puede sostenerse que termina una justificación moral por el hecho de que no hay nada más que decir? Dworkin explica que no puede terminar en el descubrimiento de un principio rector fundamental que sea de por sí meramente verdadero o en un enunciado fundacional sobre cómo son simplemente las cosas. No hay partículas morales y, por ende, no existe ningún principio de esas características. Lo máximo que puede decirse es que «el argumento termina cuando se responde a sí mismo, si es que alguna vez llega a hacerlo».

mente responsable es interpretativa, ya que consiste en hacer uso de la teoría de la interpretación a la luz de la verdad –la cual también es un concepto de carácter interpretativo–. La teoría de la interpretación es importante, no tanto por el resultado al cual se arriba, sino por el procedimiento que se desarrolla para alcanzarlo, esto es lo que la legitima<sup>48</sup>.

Así, para explicar la epistemología moral del intérprete Dworkin precisa que desde el comienzo de la vida toda persona conserva convicciones morales espontáneas. Estas convicciones están contenidas en los conceptos que se heredan de la familia, la cultura y también de la genética<sup>49</sup>. El profesor norteamericano explica que, de a poco, las personas van desarrollando conceptos morales partiendo de los más básicos hasta llegar a los más sofisticados, como podrían ser la generosidad, la bondad, entre otros. Luego de un tiempo, adicionan conceptos políticos al repertorio de sus conceptos morales, como la democracia, la ley y la libertad. De esta manera,

---

<sup>48</sup>Cfr. JE, p. 131; Cfr. CP, pp. 205-206; Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en la...”, p. 298; Cfr. Ronald DWORKIN, “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, N° 34 (1982) 165, p. 165. En este último artículo Dworkin explica que un intérprete responsable no debe interpretar el objeto de estudio en forma aislada, sino que debe hacerlo como si dicho objeto perteneciese a un sistema. En este sentido, a los efectos de darse a entender, expone el ejemplo de la *novela encadenada*. Imagina un grupo de novelistas que tiene un encargo especial: escribir la mejor novela posible. Así, el primer novelista escribe el capítulo introductorio, luego lo envía al siguiente escritor con la recomendación de que, al redactar el próximo capítulo se esmere para que la novela quede construida como *la mejor novela posible*, advirtiéndole que cuando termine su trabajo debe enviar los dos capítulos al siguiente escritor, y así hasta que la novela finalice. De esta manera, puede apreciarse que todos los novelistas, a excepción del primero, tienen la responsabilidad de interpretar lo que se ha escrito con anterioridad respetando el sentido de la obra. Por consiguiente, Dworkin explica que cada escritor, para poder cumplir con su encargo, debe decidir una serie de aspectos en aras a orientar la novela en la dirección correcta, por ejemplo, cómo son realmente los personajes, cuál es el rol que cumplen en relación con el tema focal de la novela, a qué género literario debe pertenecer, cuánto contribuyen sus características para enriquecerla, hacia dónde se dirige la trama, qué decisiones hacen que la novela pueda continuar como la mejor novela posible *all-things-considered*. De este modo, los novelistas deben ser conscientes que el objetivo es crear una única novela y no novelas cortas en las que los personajes solamente comparten el mismo nombre. Este desafío implica una tarea valorativa –creativa y no mecánica– en la persona del intérprete. Por lo que cada escritor debe elegir una interpretación que haga de su capítulo una pieza perteneciente a una única obra de arte, debe respetar el espíritu de la novela. Este sentido, Dworkin explica en CP «una teoría de la interpretación debe contener una subteoría sobre la identidad de una obra de arte, a fin de ser capaz de establecer la diferencia entre interpretar una obra y convertirla en otra». CP, p. 195.

<sup>49</sup>Cfr. CP, pp. 196-198; Cfr. BONORINO, “El imperio...”, pp. 12-13. En la cita mencionada de CP puede observarse que en el esquema dworkiniano las creencias forman parte de las convicciones del intérprete –aunque éstas no se reducen a aquellas–. El profesor norteamericano, explica que el intérprete no parte desde una *tabula rasa* al interpretar un objeto, sino que lo hace a partir de ciertas creencias. De esta manera, para darse a entender realiza una analogía entre la interpretación literaria y la interpretación jurídica, y enseña que al momento de interpretar una obra el intérprete se basará en dos clases de creencias: creencias teóricas sobre la identidad y otras propiedades del arte, las cuales permiten diferenciar las actividades de interpretar e inventar, y las creencias tácitas que refieren a las creencias de naturaleza normativa sobre lo que es bueno en el arte.

necesitan opiniones morales más pormenorizadas para enfrentar los distintos desafíos morales que la vida social y política les plantea. Estas opiniones complejas se van construyendo a través de una interpretación no reflexiva de los conceptos abstractos, los cuales son interpretados uno a la luz de otros, como si formasen parte de un entretejido complejo. Por eso, en el pensamiento dworkiniano, la interpretación entrelaza valores, el intérprete se esmera en identificar los valores que representan los conceptos y es este ejercicio intelectual propio de la interpretación conceptual lo que hace moralmente responsables a las personas. En la medida que las distintas interpretaciones alcanzan una integridad global y armónica en el marco de una red de valores compartida, serán moralmente responsables<sup>50</sup>.

Por otra parte, Dworkin advierte que el fracaso de este proyecto interpretativo es un reflejo de que las personas no actúan por convicción, sino en forma irresponsable, dejándose llevar por el autointerés, el conformismo o la pereza intelectual, al tratar de lograr la mejor interpretación de los conceptos morales y políticos, quizás sin ser conscientes de ello. Esto conlleva faltar a la verdad, ya que sin una concepción íntegra de la justicia deviene problemático discernir qué debe entenderse por un actuar justo<sup>51</sup>.

Siguiendo esta huella, señala que existen dos clases de responsabilidad. Responsabilidad como virtud –en sus distintas dimensiones sea ética, moral, intelectual y práctica– y responsabilidad como relación entre personas y eventos –en sus dimensiones causal, funcional, indemnizatoria y de juicio–. Sin embargo, se enfoca solo en la primera. Sostiene que las personas moralmente responsables actúan con base en principios y convicciones –y no a pesar de estas–. La defensa de esta noción lo lleva a enfrentarse intelectualmente con los filósofos que niegan el libre albedrío y consideran que las acciones humanas están determinadas en forma previa por causas sobre las que el hombre no tiene control. El profesor norteamericano advierte que el juicio de estos filósofos conllevaría a sostener que las personas tampoco tienen control sobre sus actos y que, en última instancia, la responsabilidad moral es una quimera sin pies ni cabeza<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup>Cfr. CP, p. 198; Cfr. JE, pp. 131-132.

<sup>51</sup>Cfr. JE, pp. 131-132.

<sup>52</sup>Cfr. Idem, pp. 132-137; Cfr. DWORKIN, “Objectivity and Truth...”, pp. 90-91. En las mencionada cita de JE Dworkin considera diferentes formas de actuar faltando a la responsabilidad moral. 1-Incineridad brutal: el ejemplo del líder político que lleva su país a la guerra alegando principios que en verdad no respeta. 2-Racionalización y autointerés: es la persona que realmente cree que su obrar se encuentra regido por principios pero, en verdad, no se refleja en la práctica. Por ejemplo, el ciudadano que vota a políticos que prometen finiquitar los programas de seguridad social porque entiende que es correcto que las personas sean responsables del destino de sus vidas, pero luego

La responsabilidad moral entendida como virtud exige al intérprete actuar con coherencia. Para obrar en consecuencia es necesario que transforme sus convicciones reflexivas en un filtro lo suficientemente denso y eficaz que le permita reivindicar, como parte de un todo, sus convicciones personales dentro de la matriz de su historia biográfica. Esto presupone la obligación moral de tener que forjar una coherencia valorativa entre cada una de sus convicciones, de tal manera que formen un tamiz que pueda contener las presiones de los motivos rivales que también emergen de su historia personal. En este aspecto, la responsabilidad moral cumple un rol importante ya que exige analizar con un espíritu crítico las convicciones primeras que al principio parecen atractivas, requiriendo luego la construcción de concepciones más complejas sobre la base de aquellas, sin perder de vista las metas de la integridad y la autenticidad. De esta manera, las convicciones deben interpretarse unas a la luz de otras, en concordancia con la forma más conveniente de vivir la vida —es decir, vivir la vida como si fuese una obra de arte—. Este es el método para engrosar el filtro que exige la responsabilidad moral, el resultado será un filtro que modele la luz que ingresa por los poros existentes entre las distintas convicciones permitiendo interpretar de una manera coherente los conceptos morales y políticos<sup>53</sup>.

Dworkin es consciente que es imposible construir un filtro de convicción totalmente denso, que envuelva la voluntad humana y proyecte un resplandor integral de adecuación sin dejar lugar a excepciones. Por lo que explica que la responsabilidad debe entenderse como un proyecto en constante construcción. Por eso resalta que, si bien es probable que las personas moralmente responsables no alcancen la verdad, aun así, es necesario que no dejen de buscarla. Actúa en forma res-

---

vulnera dicho principio en otro campo —como el de las finanzas— acudiendo a políticos para que rescaten su empresa por medio de beneficios financieros. Así, queda explícito que el ciudadano se rige por el autointerés, en otras palabras, sigue los principios cuando son funcionales a su situación. 3-Esquizofrenia moral: sucede cuando la persona se siente comprometida con dos principios contradictorios y cumple el primero que aparece en su vida sin prejuicio de que sea opuesto a su interés. Por ejemplo, sostiene que las personas acaudalas deben conservar el dinero que han ganado con el sudor de la frente, y luego que sus vecinos ricos deben prestar asistencia económica a los más necesitados, por lo que su comportamiento deviene caprichosos y arbitrario.

<sup>53</sup>Cfr. JE, p. 140; Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en la...”, p. 293. La doctora Zambrano aclara que el intérprete no debe realizar su labor interpretativa basándose solamente en su conciencia o en sus creencias religiosas, aunque estuviese convencido en las mismas. Más bien considera que debe realizar la actividad interpretativa a la luz de sus convicciones morales, las cuales deben ser lo suficientemente coherentes para describir la práctica social de una manera fidedigna.

ponsable quien acepta la integridad y la autenticidad como ideales apropiados haciendo lo posible por alcanzarlos<sup>54</sup>.

## 2.2-Intenciones y propósitos

Dworkin considera que para comprender mejor la teoría de la interpretación de las prácticas sociales es menester indagar sobre un error común que hace tropezar a los filósofos. El mismo consiste en pensar que la interpretación creativa se identifica con tratar de comprender un objeto –como podría ser una práctica social– a través de la dilucidación de la intención de los miembros que participan de la misma. Sin embargo, Dworkin subraya que esto sería caer en una confusión ya que indagar sobre la existencia de intenciones certeras es una tarea vana. Subraya que al analizar una práctica social corresponde hacer una distinción entre la interpretación del objeto que hacen los participantes individualmente considerados y la interpretación de la práctica hecha en forma colectiva. Esta última sería una interpretación de lo que es la práctica social en sí. Este contraste es importante porque los participantes suelen encontrarse en desacuerdo sobre cuál es la mejor interpretación. Por eso, el desafío de los participantes de una práctica social consiste en distinguir lo que otros miembros de su misma comunidad creen que la práctica necesita, para luego poder decidir por cuenta propia y en forma coherente qué es lo que dicha práctica verdaderamente requiere en el campo real<sup>55</sup>.

El profesor norteamericano enseña que el método interpretativo adecuado para responder a este problema no puede ser la interpretación conversacional, ya que esta se reduce a buscar la intención de sus protagonistas. Arguye que las técnicas propias de la interpretación conversacional son ilusorias para ser aplicadas en la interpretación de una práctica social porque la estructura del objeto es distinta. Considera que la interpretación debe ser neutral, y que el intérprete debe esmerarse por descubrir los propósitos y motivos que guían la práctica social. Lo cual re-

---

<sup>54</sup>Cfr. JE, p. 141; Cfr. DWORKIN, “Objectivity and Truth...”, pp. 117-118. En las páginas citadas de JE Dworkin advierte que cualquier razón que una persona crea tener para abandonar una convicción es en sí misma otra convicción. Por lo tanto, cuando no puede hacer ninguna mejor afirmación –incluyendo los postulados del argumento escéptico más sofisticado– para evaluar la veracidad del pensamiento que encuentra apropiado, es mejor que lo piense de la siguiente manera: «si no puedes ayudar a creer algo, de manera constante y sincera, es mejor que lo creas». No porque la creencia que sostiene defiende su propia verdad, sino porque es imposible pensar que un argumento sea una refutación decisiva de la creencia que esa persona conserva. Por lo que, tanto en el principio como en el final, la decisión a tomar es una cuestión de convicción.

<sup>55</sup>Cfr. IJ, pp. 50-52, 55-56.

quiere que la interpretación sea tratada en forma diferente de la actividad que pretende comprender aquello que los participantes quisieron decir en un pasado<sup>56</sup>.

Dworkin expresa que la teoría de los estados psicológicos es correcta en la interpretación conversacional, en donde lo primordial es comprender el verdadero significado de lo que la otra persona pretendía que se entienda mediante sus palabras pronunciadas. Pero en otros campos de aplicación distintos a la conversación, considera que la teoría psicológica se torna controvertida, como por ejemplo, en la interpretación histórica en donde no tiene sentido tratar de buscar en la mente de los ciudadanos que vivieron la Revolución Francesa si los intereses que impulsaron el acontecimiento bélico fueron comerciales o políticos. Lo mismo sucede en el campo de la abogacía, en donde no se considera que la interpretación correcta de una ley se encuentre supeditada al estado consciente de los legisladores que la promulgaron, ya que muchos de ellos votaron siguiendo intereses egoístas o tal vez desconociendo su contenido<sup>57</sup>.

De esta manera, Dworkin efectúa una analogía entre la interpretación conceptual y la interpretación artística. Explica que la interpretación no consiste en tratar de recuperar la intención del autor si lo que se entiende por intención es un estado mental consciente. Sostiene que discernir qué es la intención es una cuestión compleja. Expone, haciendo una cita a la literatura clásica, más precisamente, al personaje de Shylock en *El Mercader de Venecia*, que si en los días presentes un productor de teatro tuviese que recrear dicha obra, su desafío sería mostrar a la audiencia contemporánea el sentido que tenía la figura de un judío para Shakespeare y el público de aquel tiempo. Para eso, tendría que unificar dos períodos de consciencia a fin de adaptar las intenciones de Shakespeare a una cultura contemporánea distinta. Por lo que, si logra hacerlo, su interpretación de Shylock será distinta a la que Shakespeare se imaginaba. Entrarían en conflicto distintas clases de niveles de intención. Esta tarea es lo que convierte en desafiante a la actividad interpretativa. El respeto fidelísimo de la concepción que Shakespeare tenía sobre Shylock, sin considerar el efecto que la misma podría tener en una audiencia actual, podría implicar traicionar su propósito artístico más abstracto. Este análisis deja reflejada la siguiente conclusión: la aplicación del propósito abstracto a la situación contemporánea no es un ejercicio histórico y neutral sobre la reconstrucción de un estado mental del pasado. Puesto que compromete las opiniones artísticas del intérprete de la obra de Shakespeare y esto es algo que requiere una descripción constructiva de la interpretación creativa. Aquí el productor desea encontrar la me-

---

<sup>56</sup>Cfr. Idem, pp. 55-57; Cfr. CP, pp. 211-213.

<sup>57</sup>Cfr. JE, p. 166.

por forma de expresar los deseos artísticos –no declarados– de Shakespeare. Esto denota una concepción de la intención que es distinta a la que se identifica con el *estado mental consciente* característico en la interpretación conversacional. En el caso de *El Mercader de Venecia*, el juicio del productor teatral tratará de seguir lo que el autor de la obra habría aceptado, se preocupará por construir las interpretaciones que mejoran el trabajo *all-things-considered* y que sean más fiel al espíritu de la obra originaria<sup>58</sup>.

Por último, como se señaló en un principio, Dworkin explica que interpretar significa descubrir los propósitos de la comunidad en donde se efectúan dicha práctica –objeto de la interpretación–. La cual debe ser concebida como si tuviese en sí misma una conciencia grupal. Puede apreciarse que en el caso de Shylock el productor teatral estudia la práctica social contemporánea, en comparación con la práctica original para representar una obra fidedigna, por lo que es meritorio que en su labor interpretativa desarrolle un ejercicio de adaptación<sup>59</sup>.

De esto se desprende una conclusión ya mencionada, la interpretación es un *fenómeno social*. La práctica social a la que las personas adhieren posibilita la interpretación. De esta manera, las personas pueden coincidir en cuál es el significado de una ley o de un poema porque hay otras personas que también lo hicieron con anterioridad y que pueden comprender lo que se pretende afirmar. La práctica social se interpreta en el marco de un género específico y el género se interpreta correctamente luego de que le sea atribuido su propósito pertinente. La interpretación dworkiniana es de carácter interpretativa porque busca alcanzar la verdad sobre el sentido de un objeto determinado, y lo hace cuando realiza de la mejor manera posible los propósitos asignados a la práctica interpretativa identificada como apropiada<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup>Cfr. IJ, pp. 51-52.

<sup>59</sup>Cfr. Idem, p. 55; Cfr. FL, p. 13. Dworkin reconoce que la intención proporciona la estructura formal para los reclamos interpretativos. Así, al considerar a la interpretación como el relato de un propósito, establece que mediante esta se propone una forma de observar el objeto que se está interpretando como si fuera el producto de una decisión consistente en buscar un conjunto de temas, visiones, propósitos o un sentido en lugar de otro. Sin embargo, con respecto a la interpretación constitucional objeta la posición de los pensadores originalistas –como la de Antonio Scalia en *Originalism: The Lesser Evil*– que sostienen la necesidad de una interpretación enfocada en la indagación y respeto de las intenciones de los constituyentes.

<sup>60</sup>Cfr. JE, p. 167.

### III-DESACUERDO Y DIGNIDAD HUMANA

#### 1-LA DIGNIDAD HUMANA COMO ELEMENTO GUÍA DE LA INTERPRETACIÓN

##### 1.1-Los ideales de *vivir bien y tener una buena vida*

La metáfora del erizo utilizada por Dworkin resalta la importancia del valor de la unidad. Este valor es transversal en todo su pensamiento académico y, el concepto interpretativo de la dignidad humana, cumple un rol preponderante en su realización. Esto se debe a que la dignidad señala el norte que debe guiar al intérprete en la construcción de concepciones de valores morales y políticos. Por consiguiente, para reflejar unidad y congruencia las concepciones deben ser respetuosas de la dignidad de las personas<sup>61</sup>.

El profesor norteamericano enseña que existe una unidad entre los valores éticos y morales, la cual se explica a través de la interpretación de dos ideales éticos: *vivir bien y tener una buena vida*. Aclara que, a fin de que éstos puedan ser comprendidos correctamente, es necesario concebirlos en forma conjunta, de tal manera que las concepciones que puedan construirse de cada uno de ellos se fortalezcan recíprocamente como si formase un entretejido complejo. Dworkin subraya que estos ideales, luego de interpretados con coherencia, ayudan a vislumbrar una concepción honesta de la dignidad humana<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup>Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para...”, p. 368. Santos Pérez explica que en el pensamiento dworkiniano los valores morales y políticos tienen una relación interactiva y valen por su contribución a una vida buena. Por lo que deben ser interpretados como elementos esenciales para el desarrollo de un plan de vida exitoso. En última instancia, subraya con nitidez, los valores tienen un fundamento ético.

<sup>62</sup>Cfr. JE, p. 15.

Siguiendo esta huella, Dworkin realiza una distinción entre lo que comúnmente se entiende por ética y moral. Resalta que los estándares éticos, indagan en cómo las personas deben vivir sus propias vidas, a diferencia de los estándares morales que se preguntan por el modo en que las personas deben tratar a sus semejantes. De esta manera, el desafío que se propone el profesor norteamericano consiste en encontrar una concepción de lo que signifique vivir bien –un estándar ético– que merezca ser aceptada para poder interpretar de una manera armoniosa los diferentes conceptos interpretativos<sup>63</sup>.

A este fin, Dworkin trata de construir una concepción de la ética respetuosa de la dignidad humana comenzando por objetar aquellas que son contrarias a su pensamiento y de gran renombre dentro de la academia. En este sentido, rechaza la ética de Hobbes por considerarla insatisfactoria, toda vez que la supervivencia no es una condición que se baste a sí misma para justificar el ideal de vivir bien. También se aleja de las *sensibilidades* de Hume, porque entiende que los juicios empíricos evidencian que, aún las personas que se califican como sensibles a las necesidades de los demás, no pueden resolver sus propios problemas morales cuando se limitan a discernir cuáles son las cosas que están inclinadas a sentir o hacer por naturaleza. Al mismo tiempo, expresa que la religión tampoco ofrece una guía fehaciente para integrar la ética y la moral, afirma que tratar a un texto sagrado como un decálogo de reglas morales cuyo respeto debería conducir a un vivir bien no brinda ninguna solución. De este modo, afirma que en el criterio *qué gratificará más a Dios* no puede encontrarse ninguna salida posible –en especial para quienes no creen– ya que pensar que hay que actuar caritativamente con el prójimo porque una entidad divina así lo ha establecido, no ofrece respuesta a las exigencias de la moral –sería como buscar la respuesta en partículas morales–<sup>64</sup>.

De esta manera, como se mencionó previamente, Dworkin impugna dichas nociones y trata de construir una teoría de la dignidad humana que pueda unir la moral y la ética permitiendo vislumbrar una respuesta a lo que significa vivir bien. En este sentido, como se mencionó recientemente, desarrolla los ideales éticos relativos al *vivir bien y tener una buena vida*, los cuales deben interpretarse en forma apropiada para que no se menoscaben entre sí. De ahí la importancia de la responsabilidad del intérprete para encontrar concepciones armónicas<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup>Cfr. Idem, pp. 234, 242.

<sup>64</sup>Cfr. Idem, p. 243.

<sup>65</sup>Cfr. Idem, p. 244.

Dworkin enfatiza que estos ideales éticos fundamentales se necesitan mutuamente. El único modo de precisar de una manera coherente la necesidad de una *vida buena* es dilucidando su contribución al ideal de *vivir bien*. Sin embargo, señala que una vida buena no se reduce a satisfacer las pulsiones sensitivas, sino que la misma debe entenderse en un sentido crítico que subraye el orgullo en la persona por haberla vivido bien, más allá de lo placentero. Por ende, para concebir esta visión, distingue que la responsabilidad de vivir bien adquiere un sentido crítico porque las personas son criaturas autoconscientes, a diferencia de los animales que se encuentran dominados por sus instintos. Resalta que esta importancia de vivir bien es objetiva, no conlleva una responsabilidad hacia los demás, sino que es importante por sí misma<sup>66</sup>.

En el mismo sentido, a fin de explicar el valor de una vida críticamente buena mediante la importancia del vivir bien, utiliza la analogía entre el arte y la vida para enseñar el tipo de valor que ésta última conlleva. Resalta que la vida debe ser vivida como si fuese una obra de arte<sup>67</sup>. En este aspecto, remarca que deben buscarse los valores del esteta. Por tanto, ante la pregunta ¿por qué la vida debe valorarse como si fuese una obra de arte? Dworkin responde que el arte encarna una *ejecución* que conlleva un desafío artístico. En el arte, al igual que en la vida, lo determinante no es el producto terminado de una vida bien vivida, sino el hecho de «estar a la altura del desafío de tener una buena vida»<sup>68</sup>.

En este sentido, el profesor norteamericano diferencia el valor de ejecución del valor de producto. Explica que el valor de producto es lo que algo tiene como simple objeto, independientemente del proceso mediante el cual se haya creado y sin prejuicio de su historia. De esta manera, una obra de arte puede ser objetivamente bella y subjetivamente valiosa para los espectadores que quedan anonadados ante su belleza. También puede suceder que los espectadores no distingan una réplica de la Mona Lisa del auténtico cuadro de Leonardo conservado en el Museo de Louvre. No obstante, la obra original tiene un valor distintivo que la diferencia de su imitación, el *valor de ejecución*, ya que fue creada por un artista prestigioso que pretendía hacer arte con cada pincelada. Por consiguiente, lo que hace valioso al cuadro de la Mona Lisa es que fue realizado mediante una ejecución esplendorosa, una réplica mecánica no podría tener dicho valor adverbial. De esta manera, puede apreciarse que el valor de ejecución prescinde del objeto material al cual se

---

<sup>66</sup>Cfr. Idem, pp. 244-245.

<sup>67</sup>Cfr. Idem, p. 245.

<sup>68</sup>Ibidem.

ha fusionado. Si la pintura se destruyese, el valor de producto se encontraría menoscabado pero el valor adverbial de su acto creador persistiría<sup>69</sup>.

En definitiva, al igual que los pensadores del Romanticismo Clásico, puede pensarse que vivir bien es *dar significado ético* a una vida, y esto es lo que otorga una satisfacción plena. Por consiguiente, una vida es un logro completo en sí mismo cuando despliega su valor de ejecución, cuando se vive de una forma artística<sup>70</sup>.

La distinción de estos dos ideales conlleva discernir que tener una vida mala no significa necesariamente no haber vivido bien. Ya que una persona puede haber tenido una vida mala y haber vivido bien, sea porque vivió en forma heroica aunque haya fracasado, o porque la suerte o las circunstancias no la han acompañado – como podría ser la pobreza, la discapacidad o la persecución racial, entre otras– a pesar de haber vivido bien. Por otra parte, una persona puede haber tenido una vida buena y no haber vivido bien en absoluto, como el príncipe Lorenzo de Médici cuya vida estuvo colmada de victorias, placeres y buen pasar, fruto de una serie de fechorías desastrosas. De esta manera, vivir bien no consiste solo en tener una buena vida, ya que la inmoralidad empeora la vida en su conjunto. Dworkin explica que el príncipe Médici no vivió bien porque incumplió sus responsabilidades éticas, consumó crímenes y se dejó llevar por los excesos de las pulsiones. Así, aunque puede decirse que tuvo una mejor vida a causa de la comisión de actos inmorales, queda claro que empeoró su modo de vivir, no vivió de la mejor manera posible<sup>71</sup>.

Estas descripciones dejan en claro las diferencias entre los ideales de *vivir bien* y *tener una buena vida*. Sin embargo, como quedó bosquejado en un principio, los ideales interpretados en forma aislada pueden señalar lineamientos contrarios. He aquí que Dworkin detalla que, entre los dos ideales descriptos, la responsabilidad ética más fundamental es la de vivir bien y no la de tener una buena vida. Así, es irresponsable vivir mal para tener una vida buena, contentarse con migajas es éticamente inapropiado. Si bien los valores son interdependientes, el profesor norteamericano advierte que la bondad de una vida no está únicamente supeditada al vivir bien. Por eso, para poder comprender los ideales en forma holística y armónica deben ser interpretados en forma conjunta<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup>Cfr. Idem, p. 246.

<sup>70</sup>Cfr. Idem, p. 248.

<sup>71</sup>Cfr. Idem, p. 250.

<sup>72</sup>Cfr. Idem, p. 252.

1.2-Los principios de autorrespeto y autenticidad en la ética

Dworkin considera que es erróneo pensar que la ética y la moral se fusionan en una sola pieza. Por ejemplo, sostener una filosofía que subraye que la única manera que las personas tienen de vivir bien es respetando sus deberes morales. Ya que esta hipótesis haría que la ética dependa exclusivamente de la moral y no al revés. Por tanto, advierte que no basta con incorporar la moral a la ética, sino que es necesario integrarlas<sup>73</sup>.

En esta línea, el autor explica que la mejor manera de comprender los valores morales es integrándolos mediante un ejercicio de la responsabilidad ética. Describe que esta integración entre la ética y la moral solo puede realizarse mediante la construcción de una concepción sobre la dimensión inexcusable del vivir bien que no se encuentre necesariamente conectada con los deberes morales que las personas tienen entre sí, pero que de alguna manera los afecte, de tal forma que se reflejen en lo que se entiende por vivir bien. En aras de lograr este objetivo, Dworkin propone como solución una interpretación integral de los principios del autorrespeto y la autenticidad<sup>74</sup>.

Siguiendo esta huella, Dworkin afirma que los principios de autorrespeto y autenticidad expresan las exigencias básicas del vivir bien. Explica que ambos principios, al ser interpretados en forma aunada, proponen una concepción consistente de la dignidad humana ya que toda vida exige autorrespeto y autenticidad. De esta manera, comienza por describirlos. En primer lugar, el principio de autorrespeto es la máxima que obliga a considerar en serio la propia vida, es decir, como si fuese una obra de arte fruto de una ejecución exitosa y no una mera réplica. En segundo lugar, el principio de autenticidad predica que cada persona es responsable en buscar e identificar lo que simboliza un éxito en su vida, aquello que la hace adverbialmente importante<sup>75</sup>.

Sin embargo, si bien estos dos principios son diferentes –y malentendidos podrían llegar a ser contradictorios–, al igual que los ideales éticos de *vivir bien* y *te-*

---

<sup>73</sup>Cfr. *Ibidem*.

<sup>74</sup>Cfr. JE, pp. 243-244; Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para...”, pp. 363-364.

<sup>75</sup>Cfr. DWORKIN, “La justicia para...”, p. 353. Dworkin describe que la dignidad tiene dos aspectos: por una parte, un sentido de respeto propio, puesto que la dignidad requiere que la persona conciba como algo importante lograr una vida exitosa y se reconozca responsable para dicho fin; por otra parte, la persona tiene que asumir la responsabilidad por cada vida –la suya y la de los demás–. Esto conlleva que al interpretar los conceptos de moralidad personal y moralidad política, el intérprete debe considerar ambas partes de la dignidad humana como si integrasen una ecuación simultánea. Las concepciones que construyan deben ser respetuosas de ambos aspectos de la dignidad humana.

*ner una vida buena*, corresponde señalar que se encuentran hermanados. No puede entenderse lo que es una vida auténtica si no se considera que la vida tiene un valor objetivo. En otras palabras, luego de aceptada la idea de que la vida es algo importante tiene sentido elegir los valores mediante los cuales merece ser vivida. De esta manera, solo puede considerarse que se ha creado algo valioso si se comienza por vivir la vida con valor, como si fuese el proceso de creación de una obra de arte. Este desafío consistente en la construcción de una vida coherente y auténtica es consecuencia de la responsabilidad personal<sup>76</sup>.

Por otra parte, como cada principio plantea sus propios problemas filosóficos, Dworkin propone tratarlos en forma separada. En este sentido, describe que el autorrespeto implica el reconocimiento de una importancia objetiva de lo que significa vivir bien. Así, las personas responsables son las que se preguntan cómo vivir bien para luego actuar en consecuencia. Resalta que este principio no es una afirmación moral ortodoxa al estilo *la vida de toda persona tiene un valor intrínseco*. De hecho, detalla que en la práctica muchas vidas tienen un valor de ejecución considerablemente pobre, y esto es lo que explica las diferentes medidas entre las personas. Por tanto, el principio de autorrespeto se identifica con la actitud que los individuos tienen en consideración a sus propias vidas, o más bien, con el reconocimiento de que vivir bien es algo importante y que la vida misma está dotada de valor<sup>77</sup>.

Por otra parte, la otra cara del principio de autorrespeto es el principio de autenticidad, el cual enseña que vivir bien conlleva la búsqueda de un modo de vivir que sea cautivador y correcto en consideración de las circunstancias personales. Esto no quiere decir que haya que vivir una vida excéntrica como podría ser la de Nietzsche, sino que lo vital es que la misma sea vivida respetando los valores que se consideran apropiados<sup>78</sup>. Es erróneo suponer que una vida auténtica es accesible

---

<sup>76</sup>Cfr. JE, pp. 254-256.

<sup>77</sup>Cfr. Idem, p. 256. En dicha cita Dworkin recurre a Stephen Darwal, quien distingue entre el respeto de reconocimiento y el respeto de apreciación. Describe que el primero concierne al respeto que las personas deben tenerse entre sí por compartir una misma naturaleza; el segundo, por otra parte, se identifica con el respeto que las personas demuestran a las demás por sus logros o carácter. Dentro de esta clasificación, el autorrespeto exige el respeto de reconocimiento, no de apreciación.

<sup>78</sup>Cfr. Idem, p. 260. Corresponde señalar que esta concepción del principio de autorrespeto, de lo que significa vivir bien, es contraria a la visión de escepticismo arquimediano que niega todo rasgo de objetividad. Esta corriente filosófica reduce la objetividad a sensibilidades, estados de ánimo, emociones, entre otras. Sin embargo, como se describió en epígrafes anteriores, Dworkin advierte que este escepticismo ético no puede ser escéptico hasta el final, pues se necesita un cúmulo de juicios de valor lo suficientemente sólidos para respaldar sus tesis fundantes. Este rechazo a la objetividad no puede basarse en argumentos metafísicos, antropológicos o sociológicos, fundados en la diversidad de opiniones existentes –como sostiene John Mackie– sobre lo que significa vivir bien, caso contrario el ataque caería en un fracaso autorrefutatorio. La única posibilidad de ofuscamiento aparente de la objetividad

solo a personas que tienen una gran riqueza o que han recibido una educación prestigiosa, como así también, lo es suponer que la autenticidad está supeditada al reconocimiento por parte de los demás. Lo que una vida auténtica sí exige, sostiene Dworkin, es un compromiso responsable con los ideales que fundamentan el modo que tienen las personas de actuar, esto implica que deben ser responsables en este sentido y evitar aquellos actos que constituyan una traición contra sus valores más íntimos<sup>79</sup>.

Siguiendo esta línea, aparte de la responsabilidad que obliga a actuar con base en valores, Dworkin explica que la autenticidad tiene una segunda dimensión que se conoce como *independencia ética*, la cual se pregunta por las exigencias concernientes a la dignidad que las personas se esmeran en establecer a través de sus relaciones con los demás. En este aspecto, es manifiesto que las personas no pueden crear modos completamente innovadores sobre cómo deben vivir, ya que pertenecen a una cultura que postula determinados valores éticos de los que derivan diferentes planes de vida –por ejemplo, una persona puede adherir a los valores de la castidad o puede vivir una vida liberal, pero sería imposible vivir una vida absolutamente en soledad, lejos de todo contacto humano, en donde no haya más que nieve blanca, ya que la cultura en la que está inmersa no invita a un estilo de vida ermitaño—. Aunque no por eso deben dejar que la cultura defina los valores sobre los que deben cimentar sus vidas<sup>80</sup>.

En este aspecto, el principio de la autenticidad postula que vivir bien conlleva la posibilidad de proyectar la vida como respuesta a un juicio de valor ético, proyección que se encuentra menoscabada cuando la persona se ve obligada a aceptar forzosamente el juicio de otros sobre los valores a los que debe adherir su vida<sup>81</sup>.

Dworkin rechaza la visión de los filósofos que niegan la existencia de valores objetivos invocando que estos solo pueden crearse por medio de la voluntad huma-

---

se identifica con el escepticismo interno cuyo procedimiento es el siguiente: primero afirma positivamente lo que hace que una vida tenga sentido; luego la rechaza por la simple razón de que las condiciones para que se hagan posibles no existen o no pueden cumplirse. Esta especie de nihilismo, por lo menos, alega Dworkin, sería un poco más digno.

<sup>79</sup>Cfr. Idem, pp. 261-162. Dworkin diferencia la responsabilidad como virtud de la responsabilidad relacional. Con respecto a la primera, describe que una persona no trata un acto como algo emanado de su personalidad cuando no se considera responsable respecto a ello. Un ejemplo podría ser el pensamiento determinista genético por el cual algunos sostienen que no son responsables de sus acciones toda vez que su obrar se encuentra determinado con antelación. Y advierte que esta visión de no considerarse responsable, conlleva algo que es aún más serio, carecer de dignidad humana, ya que esta demanda hacerse responsable por los actos u omisiones consumados.

<sup>80</sup>Cfr. Idem, pp. 263-264.

<sup>81</sup>Cfr. Idem, pp. 264-265.

na impuesta sobre un universo que prescinde de cualidades éticas. Expresa que bajo esta suposición la autenticidad no tendría ningún valor ya que sería una extensión de la subjetividad personal. Es decir, sería como considerar que un estilo de vida es mejor que otro porque se acomoda más fácilmente a las preferencias del momento. El profesor norteamericano advierte que la autenticidad no es una cuestión de gustos, sino una virtud necesaria y que una vida que carece de autenticidad es una vida sumisa. La autenticidad tiene una importancia objetiva, lo cual supone que las personas deben esmerarse por descubrir cuáles son los valores apropiados que deben regir sus vidas y no aceptar cualquier historia del valor. La vida no puede ser una réplica ni el fruto de lanzar una moneda al aire. Dworkin explica que aun Nietzsche, que era un nihilista del valor, afirmaba que conocía tres personas que eran protagonistas de vidas esplendorosas y consideraba que él –con su vida colmada de angustias– era una de esas personas<sup>82</sup>.

En conclusión, frente a un posible drama nihilista y ante la inexistencia de partículas cósmicas que den sentido a un modo determinado de vivir, Dworkin plantea que aun en el caso de que las personas no puedan vivir según una ley universal, aun cuando falte sentido de eternidad, sería ilusorio pensar que nada tiene razón de ser. Y que, por lo tanto, no existe ningún valor ni nadie que pueda crearlo. Explica que, aunque no haya un planificador eterno y universal, las personas de carne y huesos son planificadores que comparten una vital sensación de lo que significa la dignidad humana, de lo que conlleva vivir una vida buena o radicalmente mala. Las personas pueden encontrar un valor en sus creaciones al igual que lo hace un artista mientras crea su obra<sup>83</sup>.

### 1.3-Los principios de autorrespeto y autenticidad en la moral

Como se indicó desde un comienzo, los esfuerzos de Dworkin están enfocados en integrar la ética y la moral a través de un fortalecimiento recíproco de dos lineamientos fundamentales: el autorrespeto y la autenticidad. Considera que esta integración hará posible dilucidar cómo deben vivir las personas para lograr una

---

<sup>82</sup>Cfr. Idem, pp. 265-266.

<sup>83</sup>Cfr. Idem, pp. 270-271. En dichas citas Dworkin debate con Thomas Nagel sobre el deseo de una conexión general con una fuerza más grande que la humana, o lo que este llama *el temperamento religioso*, que se desprende de la defensa de una concepción determinada del universo. Para los creyentes esta fuerza puede ser Dios e imprime en ellos el deseo de vivir a la luz de ella. Nagel, a diferencia de Dworkin, sostiene que las personas no pueden crear un valor adverbial por medio de las respuestas a una historia personal, sería una solución acentuadamente pobre. Considera que en caso de no existir una fuerza más grande que la sobre un modo de vivir, la respuesta que pueda otorgar el humanismo siempre será demasiado limitada, por lo que aceptarla sería caer en un absurdo.

vida buena y, por consiguiente, cuáles son las responsabilidades morales que les competen para llegar a lograrlo<sup>84</sup>.

En esta línea, Dworkin se pregunta por las implicancias que los principios éticos de la dignidad humana tienen en el campo moral. Comienza analizando el principio del autorrespeto, el cual establece que las personas deben otorgar una importancia objetiva al éxito que puedan lograr en sus vidas. Desde una perspectiva moral, esta noción de autorrespeto se identifica con el principio categórico de Kant que alega la obligación de respetar la vida de todos los seres humanos en consonancia con la propia. En otras palabras, es coherente que quien valore su propia vida también considere que la vida de los demás posee una importancia objetiva y no trivial<sup>85</sup>.

Ante esta afirmación, Dworkin profundiza un poco más y efectúa la siguiente pregunta: «¿usted valora su vida porque cree que toda vida humana es objetivamente importante o la valora porque hay algo especial en ella que no existe en la vida de los demás?» Mediante este interrogante invita a reflexionar si la importancia objetiva que una persona tiene de su propia vida es reflejo de una importancia universal, o si más bien, es consecuencia de un atributo particular que otras personas no poseen —como por ejemplo, talentos, dinero, adherencia a una religión, pertenencia a una nación o a una raza determinada—<sup>86</sup>.

En este sentido, para dejar de manifiesto la contradicción de la postura de los atributos personales, Dworkin cita el ejemplo de un personaje nazi llamado Richard Hare, quien cree que hay seres humanos que son naturalmente inferiores a otros por no pertenecer a la raza aria. Y que, por ende, considera que si se llegase a dar el caso de que se descubriese, para asombro suyo, que él mismo es judío, consideraría que es correcto que lo asesinaran. El profesor norteamericano enseña que esta posición no podría integrarse a un nivel global ya que no superaría un juicio de integridad, en este sentido, tendría que explicar las razones por las que un judío pertenece a una raza inferior cuando los análisis de ADN demuestran aspectos biológicos similares entre todas razas del mundo. Quizás también tendría que argumentar si la tendencia a tener una nariz curva es un rasgo que imprime una inferioridad en la vida terrena, o si más bien, el hecho de llevar las finanzas de una manera desordenada es una práctica que prueba la falta de humanidad. En otras palabras, pensar que los atributos personales hacen que la vida sea particularmen-

---

<sup>84</sup>Cfr. Idem, p. 315.

<sup>85</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>86</sup>Cfr. Ibidem.

te especial encuentra obstáculos insuperables para integrar la postura del supuesto Richard Hare con otras corrientes filosóficas responsables<sup>87</sup>.

En este sentido, el profesor norteamericano reformula el principio de autorrespeto como el principio categórico de Kant al fin de plasmar la evidencia del valor objetivo que tiene toda vida humana. Por eso, sostiene que la razón para demostrar que la vida de las demás personas es objetivamente importante es la misma que infunde valor a la propia vida. Por tanto, subraya que la importancia objetiva de la vida personal encuentra su valor en la vida de los demás. Así, el valor de la primera se refleja en la de los demás de manera recíproca<sup>88</sup>.

En esta línea, el autor se pregunta por las exigencias que la práctica del principio de Kant reclama en la forma sobre cómo debemos tratar a nuestros semejantes. De esta manera, advierte el posible riesgo que existe de entender el principio de autorrespeto —en clave kantiana— y el principio de autenticidad, en forma contradictoria. Es común en los filósofos utilitarios pensar que la aceptación de que la vida de los demás tiene la misma importancia objetiva que la propia, conlleva a obrar de tal forma que la vida de los demás mejore con respecto al contexto al cual pertenecen, conduciendo así a un beneficio personal. Dworkin señala que concebir de este modo el principio de autorrespeto implicaría vivir de una forma que solo es posible para los ángeles. Al mismo tiempo, añade que siguiendo este razonamiento utilitarista, el conflicto entre el principio de autorrespeto y el principio de autenticidad no tardaría en suscitarse toda vez que este último exige a cada persona actuar de manera coherente con el proyecto personal que se ha atribuido para construir una vida auténtica. Esta es la responsabilidad ética que dicho principio demanda. Y es aquí donde podría plantearse un obstáculo difícil de superar, ¿cómo puede una persona llevar una vida auténtica y, al mismo tiempo, tratar los proyectos de las demás con igual deferencia que los propios?<sup>89</sup>

Antes de proponer una solución al interrogante aludido Dworkin objeta las concepciones filosóficas que tratan de hacer valer un principio en detrimento de otro, como podría ser, la posición de Thomas Nagel que distingue dos perspectivas

---

<sup>87</sup>Cfr. JE, pp. 316-317. En las páginas mencionadas Dworkin resalta que, por *carácter universal*, no puede entenderse los postulados de la religión que hablan de la existencia de una Dios que es igual para todos, y cuyos acólitos son creados a imagen y semejanza suya. Advierte que tampoco la afirmación de los humanitaristas seculares que otorgan una dimensión sagrada a la vida considerando que cada vida efectúa un aporte en la evolución humana. Y, menos aún, de los emotivistas que sostienen por medios empíricos que la mayoría de las personas reaccionan de una manera determinada ante dramas reales o ficcionales.

<sup>88</sup>Cfr. Idem, p. 321.

<sup>89</sup>Cfr. Idem, p. 322.

que una persona puede considerar para decidir cómo vivir. De este modo, diferencia entre una perspectiva personal enfocada en los intereses individuales y una perspectiva impersonal, en la que los intereses y proyectos propios no tienen una prioridad léxica sobre los proyectos y preferencias de los demás. Dworkin advierte que ambas perspectivas postulan verdades que son incompatibles entre sí y que una solución posible consiste en encontrar un equilibrio razonable que sea adecuado para todos los demás con independencia de la situación individual, aunque duda que en la realidad exista un equilibrio completamente satisfactorio<sup>90</sup>.

Dworkin explica que los principios fundamentales de la dignidad humana no promueven una dicotomía de distintas perspectivas que una persona puede elegir y luego actuar en consecuencia. Sino que más bien, estos lineamientos básicos describen una sola perspectiva que la persona debe asumir para obrar con responsabilidad ética. Subraya que los dos principios son muy importantes para bregar por un compromiso entre ellos, las condiciones para el autorrespeto y la autenticidad son de carácter necesario y no negociable. Por ende, puede observarse que la propuesta de Dworkin es diferente: propone la búsqueda de interpretaciones armoniosas entre ambos principios que sean correctas en sí mismas, interpretaciones que se refuerzan unas a otras, de tal manera que los principios sean tratados como ecuaciones simultáneas que solo pueden resolverse en forma conjunta<sup>91</sup>.

El profesor norteamericano advierte que la tarea de encontrar interpretaciones integrativas de ambos principios es espinosa y no promete un final exitoso. Las trasgresiones, ya sea de uno u otro principio, se encuentran al orden del día. Así, por ejemplo, puede mencionarse que el trato indiferente hacia el padecimiento ajeno refleja un rechazo a la importancia objetiva de la vida. También provoca dicho rechazo la coacción psicológica para obligar a una persona a practicar un culto determinado implica un menoscabo a la responsabilidad ética. En este sentido, podrían citarse interrogantes que plantean la necesidad de construir interpretaciones coherentes de los principios fundamentales de la dignidad humana: ¿la falta de ayuda a un desconocido conlleva siempre un acto de indiferencia hacia el valor de la vida? ¿El número de personas que serán afectadas ante una decisión individual debe considerarse como preponderante al momento de tomarla? ¿Las promesas hechas en sano juicio deben cumplirse siempre?<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup>Cfr. *Ibidem*.

<sup>91</sup>Cfr. *Idem*, p. 324.

<sup>92</sup>Cfr. *Idem*, p. 325.

En esta línea, Dworkin sostiene que no hay un procedimiento previamente establecido que asegure cómo las personas deben tomar decisiones correctas en cada caso concreto, pero considera que existen ciertos parámetros que pueden utilizarse a tales efectos. En primer lugar, como se mencionó previamente, resalta que no existe un compromiso para con alguna de las dos dimensiones de la dignidad humana, sino que ambas deben interpretarse de forma armónica de tal manera que se fortalezcan entre sí. En segundo lugar, explica que no existe una prioridad léxica entre alguno de los principios mencionados, sino que deben interpretarse por medio de su teoría de la interpretación a fin de lograr interpretaciones holísticas<sup>93</sup>.

#### 1.4-Integración de la ética y la moral

Puede observarse que en cierto aspecto la concepción de la autonomía de Kant concuerda con la descripción de la responsabilidad moral de Dworkin. Según Kant, para ser verdaderamente libres las personas deben tratarse como si fuesen un fin en sí mismo –y no como un medio para satisfacer sus inclinaciones– y la única forma de lograrlo es respetando la ley moral. En consonancia con esta visión, Dworkin propone que cuando una persona hace suyo un proyecto de vida, aspira a que sus convicciones morales aporten motivos reales de esa elección, filtrando las influencias rivales de su historia personal que presionan a favor de un comportamiento contrario. Del mismo modo, Kant explica que para poder conciliar la autonomía individual con la de los demás, a fin de tratar la vida como un fin en sí mismo, es necesario respetar una máxima universal: «actuar de tal forma que se pueda querer que el principio del propio obrar sea adoptado por toda la humanidad»<sup>94</sup>.

De esta manera, Dworkin propone una forma de leer a Kant coherente con los parámetros de su método interpretativo. Sostiene que el principio categórico de Kant enseña que las personas deben valorarse por sí mismas y también valorar sus metas –deben perseguir los valores que hacen que sus vidas sean auténticas–. Esto conlleva una valoración objetiva no solamente subjetiva.

---

<sup>93</sup>Cfr. Idem, p. 327; Cfr. FALLON, “Is Moral Reasoning...”, pp. 540-541; Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para...”, p. 362. No puede negarse que interpretar los principios de la dignidad conlleva un desafío que se asemeja al *método del equilibrio reflexivo* de Rawls. Dicho pensador, al momento de tratar la justicia, planteaba una especie de integridad entre convicciones concretas y abstractas, aunque proponía una subordinación y equilibrio entre diferentes principios. Así, por ejemplo, consideraba que la igualdad estaba supeditada a la libertad en virtud de una *prioridad léxica*. Por tanto, el procedimiento de interpretación que proponía era distinto al de Dworkin, puesto que no aspiraba a interpretar los conceptos –ni los principios de justicia– como si formasen parte de un entretejido según el cual unos deban interpretarse a la luz de otros a fin de lograr un fortalecimiento mutuo.

<sup>94</sup>JE, p. 328.

De esta última suposición se desprende una consecuencia elemental, si el valor que tiene la vida individual es de carácter objetivo, también la vida de los demás tiene el mismo valor. Por ende, es una obligación ética la afirmación de que las personas deben tratarse como si fuesen un fin en sí mismo. En otras palabras, es una exigencia del autorrespeto tratar a los otros como fines en sí mismos. Esta exigencia concuerda con el principio de autenticidad de la dignidad humana, ya que requiere que las personas adhieran a los valores que eligen racionalmente para estructurar sus vidas. Lo cual conlleva a que juzguen en primera persona cuál es el modo correcto de vivir sus vidas y rechacen toda presión que quiera apropiarse de esa autoridad mediante la imposición otros valores. Al mismo tiempo, el principio de autenticidad concebido desde el óptico de la moral lleva a respetar los planes de vida elegidos por las otras personas aunque se encuentren fundamentados en valores diferentes<sup>95</sup>.

## 2-INFLUENCIAS FILÓSOFICAS

### 2.1-La *eudemonia* en el pensamiento griego

En aras a explicar su teoría interpretativa Dworkin realiza un análisis del pensamiento filosófico de pensadores de la Antigua Grecia. De esta manera, se esmera por explicar y legitimar la estructura de su método interpretativo mediante el cual se construyen concepciones de valores políticos y morales que sean íntegras y coherentes entre sí.

Con respecto a los pensadores clásicos, Dworkin afirma que Platón y Aristóteles eran verdaderos filósofos morales. Sostiene que ambos construyeron sus teorías políticas sobre los cimientos de interpretaciones concernientes a vicios y virtudes, los cuales se podían encontrar en la esfera personal –como por ejemplo la sabiduría y la ignorancia– y también en la esfera pública –como la justicia legal y su negación–. Según el profesor norteamericano los argumentos interpretativos que proponían eran de carácter holístico. De hecho, explica que el procedimiento que seguían puede sintetizarse en dos etapas. En primer lugar, en lo que respecta a la moral analizaban las virtudes y los vicios en forma separada, los contrastaban unos con otros y así construían concepciones de cada uno de ellos que se fortalecían recíprocamente al ser interpretados de manera conjunta. De este modo, formaban una red de virtudes cuya mejor interpretación de cada una de ellas estaba reforzada por di-

---

<sup>95</sup>Cfr. Idem, p. 327.

ferentes concepciones de otras virtudes hermanas. Así, por ejemplo, la concepción de la valentía se fortalecía con la concepción de la templanza en un camino de ida y vuelta. En segundo lugar, integraban la moral y la ética, el desafío consistía en encontrar una interconexión entre esa red de virtudes morales y la vida buena. Consideraban que las interpretaciones que efectuaban sobre los valores morales eran correctas, toda vez que entendían que una vida erigida bajo el halo de esas concepciones era la que mejor reflejaba una vida buena. Esto se debe a que hacían posible el estado del ser llamado *eudemonia* –traducida al castellano como felicidad–. Por lo tanto, esta era la clase de vida que los ciudadanos deberían tratar de vivir para atesorar la dignidad humana<sup>96</sup>.

Siguiendo esta línea, Dworkin cita al erudito en filosofía griega, Irwin, quien sostuvo que los argumentos socráticos de los primeros diálogos de Platón no eran de carácter interpretativo, ya que a través de la voz de Sócrates no solo evitaba definir las virtudes, sino que además declaraba que conceptualizarlas era reducirlas. Por ende, solo las describía –por ejemplo, consideraba a la valentía como sostenerse firme frente al enemigo–. De hecho, consciente de esto, enfatizaba que él era incompetente para definir las virtudes. Por otra parte, en una segunda etapa, más precisamente en la *República*, adopta un estilo diferente e interpretativo y se esmera por construir concepciones interconectadas de las distintas virtudes. Por consiguiente, plantea concepciones no jerárquicas e interdependientes de las virtudes de justicia, sabiduría, templanza y valentía. Las cuales se fortalecían en forma solidaria, pues la mejor manera de entenderlas era unas a la luz de otras, como si se interpelasen simultáneamente<sup>97</sup>.

Sumado a este desafío de construir concepciones coherentes entre sí, advierte un reto mayor, que se observa en la mencionada *República*. En donde en un pasaje el interlocutor Trasímaco le exige a Sócrates que proponga una relación coherente entre la justicia y la felicidad, una interpretación que explique por qué es más probable que una persona justa sea feliz en comparación a otra que actúa injustamente. De esta manera, le requiere a Sócrates que realice una integración entre la moral y la ética, entre las virtudes morales y el fin último de una vida buena en sociedad. Y, como se destacó anteriormente, corresponde resaltar que las ideas de justicia y de vida buena en las obras platónicas, no son bosquejadas en forma independiente, como podría ser concebir que la justicia lleva necesariamente a la felicidad, o pretender amoldar la justicia –y las demás virtudes– a la felicidad. La definición de justicia que se propone es *contraintuitiva*. Platón trata de encontrar una des-

---

<sup>96</sup>Cfr. Idem, p. 230.

<sup>97</sup>Cfr. Idem, p. 231.

cripción de la justicia en el fuero interno de la persona que actúa, no la reduce a manifestaciones externas de voluntad. Así, la justicia es ante todo velar por la bondad del propio ser –luego sí, deviene la preocupación por la vida de terceros–, ya que considera que es el bienestar propio la chispa que enciende el aura del bienestar de los demás<sup>98</sup>.

Siguiendo la misma huella, Aristóteles también plantea un método interpretativo semejante en su *Ética a Nicómaco*. El estagirita coloca cada una de las virtudes en el punto medio entre dos extremos. Así, por ejemplo, trata de comprender la valentía mediante el contraste con la temeridad y la cobardía. Su teoría del punto medio es un mecanismo interpretativo que consiste en defender la concepción de una virtud –que al principio se encuentra entre paréntesis–, al tiempo que construye las concepciones concernientes a los dos vicios extremos. En consecuencia, Aristóteles tiene por fin orientar la interpretación para poder encontrar la mejor concepción de la virtud que explique su identificación con el punto medio entre dos vicios, planteando también, conexiones entre la virtud analizada y las que corresponden a su misma familia<sup>99</sup>.

En esta línea, al igual que en el pensamiento de Platón, Dworkin identifica dos etapas en los escritos de Aristóteles. Una etapa concerniente al análisis de las virtudes morales desde una interpretación conceptual en la cual existe un apoyo mutuo entre las virtudes y una relación no jerárquica entre ellas. Y otra, de carácter previo, consistente en el estudio de la *eudemonia*, la cual consiste en vivir bien a través del seguimiento de las virtudes morales. Recuérdese que para Dworkin vivir bien no es lo mismo que una vida buena, se puede vivir en forma virtuosa a pesar de la pobreza, enfermedad o mala suerte. Por otra parte, explica que una persona podría gozar de una vida adinerada y no vivir bien en absoluto porque ignora las virtudes aristotélicas.

Por último, es meritorio mencionar la relación que existe entre la esfera individual y social en el pensamiento aristotélico. El estagirita se esmera por encontrar la mejor interpretación de la felicidad para poder obrar de manera correcta en el campo individual y, en especial, en el campo de la política. Por eso, explica que interpretar la *eudemonia* conlleva un ejercicio de las ciencias políticas. Sólo entendiéndola en forma holística se puede construir un Estado que promueva la vida

---

<sup>98</sup>Cfr. *Ibidem*.

<sup>99</sup>Cfr. *Idem*, p. 233.

buena a través del fomento de virtudes. He aquí que la política es una dimensión del método interpretativo aristotélico<sup>100</sup>.

En conclusión, puede observarse que Dworkin hace una llamada a las fuentes de los filósofos griegos a fin de fundamentar la estructura de su teoría de la interpretación. Según el profesor norteamericano el esquema clásico es semejante al suyo, por ende, entiende que el desafío de integrar la moral con la ética no es algo original sino que ya fue planteado. Los pensadores griegos lo esbozaron de la forma recientemente expuesta: utilizaron un método interpretativo para poder discernir concepciones de las virtudes –correspondientes a campo de la moral– que al mismo tiempo sean coherentes con una descripción de la felicidad, el fin último al que todos aspiran –desafío que concierne al campo de la ética–. Por lo tanto, las virtudes como así también la *eudemonia*, deben fortalecerse entre sí sin que exista una prioridad léxica de la una para con las otras. Todas deben interpretarse como si forman un entretejido complejo.

## 2.2-El constructivismo de John Rawls

El filósofo político Rawls diseñó una teoría de la justicia que guarda íntima relación con los principios fundamentales de la dignidad propuestos por Dworkin. En su obra titulada *Teoría de la justicia* desarrolla un constructivismo de carácter kantiano. De esta manera, explica que los juicios morales se construyen, surgen de una especie de *dispositivo intelectual* que ayuda a resolver controversias prácticas, no teóricas. El ejemplo más palpable de esta hipótesis es el llamado principio categórico de Kant, quien sostenía que para construir juicios morales e individuales las personas deben preguntarse qué principios morales querrían que alcancen una máxima universal al punto de que sean respetados por todas las personas del mundo<sup>101</sup>.

Al mismo tiempo, corresponde mencionar una fórmula –también de índole universal– propia del pensamiento rawlsiano, conocida como la *posición original*. Según esta fórmula, si se quiere determinar los principios de justicia en virtud de los cuales se debe gobernar una comunidad política, es necesario imaginar a un grupo de personas reunidas que tienen por objeto forjar los cimientos de una comunidad. Rawls advierte que en este desafío habría dos cualidades que caracterizarían a los ciudadanos –y esta es la parte ingeniosa de su concepción–. La primera,

---

<sup>100</sup>Cfr. Idem, p. 235.

<sup>101</sup>Cfr. Idem, p. 88.

los ciudadanos se encontrarían informados sobre las cuestiones tecnológicas, económicas, psicológicas y sociológicas que los rodean. La segunda, ignorarían ciertas subjetividades de las que podrían estar investidos, como por ejemplo, la condición económica social, la edad, los deseos y las creencias éticas sobre cuál es la mejor forma de vivir bien. En el marco de estas circunstancias, Rawls sostiene que los ciudadanos estarían de acuerdo en adherir a dos principios básicos de justicia. Un principio en virtud del cual considerarían como prioritarias ciertas libertades y otro principio que propone una estructura económica según la cual quienes están en inferiores condiciones económicas tengan una situación que sea tan buena como pueda permitirlo una estructura básica<sup>102</sup>.

En este sentido, puede observarse que el filósofo político entiende a la justicia como equidad en contraste con Dworkin que la razona como igualdad. Dworkin sostiene que una comunidad política debe tratar con igual consideración y respeto a las personas que se encuentran bajo su autoridad, considera que esta condición es la que legitima a un gobierno político. Puede observarse que si bien ambos autores están en desacuerdo sobre cuáles son los principios básicos sobre los que debe organizarse una sociedad, los dos concuerdan en la necesidad de erigir verdades morales que sostengan sus estructuras políticas. Así, por ejemplo, Rawls aseguraba que los principios básicos de justicia debían derivarse de una construcción apropiada de la concepción de la persona humana, conclusión a la que también arriba Dworkin<sup>103</sup>.

Al indagar sobre la *posición original* descrita, se puede apreciar que la misma parte de un problema práctico: las personas de buena voluntad se encuentran en desacuerdo acerca de las convicciones éticas y morales a las cuales adhieren. Ante la imposibilidad de que el Estado imponga sus propias convicciones debido al posible riesgo de provocar un desmembramiento de la sociedad, la alternativa idónea consiste en subsumir todo lo que es común entre los ciudadanos que discrepan entre sí bajo el halo de ciertos principios políticos. Por lo que solo quedaría erigir una Constitución que los integre como columnas fundamentales de su construcción. De esta manera, los ciudadanos que obraren guiados por la razón aceptarían que dicha Carta Magna integra un consenso entrecruzado, ya que los principios mencionados se encuentran legitimados por las convicciones éticas y morales que ellos consideran como verdaderas, las cuales serían más generales de las que los dividen como sociedad. En este sentido, tratarían de construir una sociedad política fundada sobre principios de justicia que sean aceptados en forma individual por sus miembros y, por ende, se pondrían al servicio de tales máximas. Por lo tanto, desde

---

<sup>102</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>103</sup>Cfr. Idem, pp. 88-89.

esta perspectiva la fórmula de la posición original encauza las convicciones comunes para lograr una sociedad pacífica. Así, aceptar los principios propuestos sería el camino para vivir en unidad en respeto de la dignidad humana<sup>104</sup>.

Por otra parte, puede observarse que el constructivismo de Rawls no se identifica con las tesis propuestas sobre el realismo moral, toda vez que, si bien considera la existencia de una verdad objetiva, los principios de justicia no se eligen porque sean verdaderos, sino que más bien, se eligen porque son comunes. También corresponde mencionar que el hecho de no buscar directamente una verdad moral a través de dichos principios no implica confluir con el escepticismo, puesto que su falta de seguimiento no conlleva negar el reconocimiento de la verdad, solo la desplaza en la construcción de la posición original.

Por último, se advierte que a través de la descripción de la posición original de Rawls, el objetivo de Dworkin es vislumbrar la existencia de ciertos principios transversales dentro de una comunidad histórica determinada. Esta búsqueda es de carácter interpretativo, consiste en construir concepciones que sean reflejo de las mejores justificaciones enarboladas por las tradiciones liberales del derecho. Por consiguiente, considera que la búsqueda del filósofo político no era sociológica, no pretendía encontrar un consenso amparado en la religión o en algún elemento partidario. Dworkin resalta que el proyecto rawlsiano no puede ser neutral, porque la interpretación de una tradición política conlleva elegir entre concepciones diferentes que reflejan la historia de una manera general. En definitiva, afirma que sin una teoría moral liberal considerada como verdadera sería imposible dilucidar qué concepción supone una escenificación satisfactoria de esas tradiciones e historia<sup>105</sup>.

En conclusión, puede apreciarse que Dworkin y Rawls comparten ciertos rasgos en común. Ambos plantean la existencia de principios básicos que son fundantes en una sociedad, los cuales deben respetarse bajo el peligro que el Estado se desmorone como una Torre de Babel. Ambos concuerdan con la necesidad de una

---

<sup>104</sup>Cfr. Idem, pp. 89-90, 330-332. Al analizar el enfoque constructivista de la teoría moral de Rawls, Dworkin advierte la necesidad de concebir la dignidad humana de una manera objetiva sobre la cual fundar los cimientos de una teoría de la justicia. De esta manera, señala que en el pensamiento rawlsiano, los primeros principios de justicia deben provenir de una concepción de la persona que conlleve considerarla como un ser autónomo. En este esquema de pensamiento, una de las particularidades que Dworkin corrige es que la concepción de la persona debe ser entendida de una manera especial, que verdaderamente fundamente el velo de la ignorancia, ya que las personas –consideradas como entes autónomos– deben poder discernir la importancia objetiva que tienen sus vidas y, por ende, considerar que sus semejantes comparten una vida con la misma importancia objetiva, por lo que rechazarían las presiones de ordenamientos políticos que ignorasen dicha verdad.

<sup>105</sup>Cfr. Idem, p. 91.

## CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS

construcción interpretativa de la dignidad humana que legitime a dichos principios, una concepción, claro está, que solo puede desarrollarse desde la moral, a través la búsqueda de un deber ser que oriente el actuar de las personas. Por último, corresponde subrayar que Dworkin propone una interpretación armoniosa de los conceptos políticos en donde no existe una jerarquía entre ellos, a diferencia de Rawls que presupone una prioridad léxica entre ellos. Así, por ejemplo, en el pensamiento del profesor de Baltimore la libertad está por encima de la igualdad y la verdad de un concepto no es más importante que la aceptación común que los ciudadanos dispongan.



**SEGUNDA PARTE: PRESUPUESTOS  
EPISTEMOLÓGICOS DE LA TEORÍA DE LA TOMA DE  
DECISIONES POLÍTICAS DE JEREMY WALDRON**

**I-DESACUERDO Y VERDAD**

**1-EL DESACUERDO Y LA NECESIDAD DE UNA ACCIÓN COLECTIVA**

**1.1-El quid de la cuestión**

Un aspecto importante en el pensamiento político de Jeremy Waldron es el conflicto entre la voluntad de las mayorías parlamentarias y el control judicial de constitucionalidad fuerte de la legislación. Conflicto que acontece en un contexto en donde impera el desacuerdo sobre cuestiones sustanciales de derechos y la diversidad de intereses entre sus miembros. En este sentido, el autor subraya que es necesario tomar en serio los desacuerdos a fin de concebir una sociedad respetuosa de la pluralidad creencias. Así, señala que es imprescindible convenir en una acción colectiva que permita dar respuesta a los problemas y pueda ser tenida por legítima aun para aquellos que disienten en cuanto a su contenido. El profesor neozelandés es consciente de la complejidad que conlleva dicho desafío, por eso el interrogante que trata de resolver, en aras a dilucidar una solución viable, es: ¿cuál es el procedimiento más apropiado para forjar una acción colectiva que permita resolver los desacuerdos de fondo? Waldron sostiene que la discusión sobre cómo resol-

vemos nuestras discrepancias es tan importante como aquello sobre lo cual discrepamos<sup>106</sup>.

De este modo, Waldron se propone indagar sobre las implicancias que tiene para la convivencia en sociedad, en lo que respecta a cuestiones de organización social y la inminente necesidad de forjar una acción social, el hecho de que los desacuerdos sean constantes y permanentes. Por consiguiente, lejos de menospreciar o diluir el problema del desacuerdo, remarca la importancia de analizarlos a la luz de las circunstancias existentes en la sociedad que dividen a sus miembros. Expresa:

La vocación del filósofo político es examinar filosóficamente no solo la metafísica, sino también la moral y la política del desacuerdo: las implicancias que tiene para la vida social el hecho de que, incluso entre aquellos que aceptan la proposición de que algunas concepciones de la justicia son correctas y otras no, los desacuerdos siempre persistirán<sup>107</sup>.

## 1.2-Las circunstancias de la política

Las *circunstancias de la política* constituyen una categoría central en la teoría de la toma de decisiones políticas de Waldron, las mismas se identifican con dos factores elementales que se encuentran íntimamente relacionados: la existencia de desacuerdos y la necesidad de un curso de acción común. Estos provocan que la política devenga en una actividad necesaria como así también imprescindible, necesi-

---

<sup>106</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, *Derechos y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga de la obra original *Law and Disagreement* (1999), Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 7-10, 18, 24, (en adelante se abreviará con las iniciales DD). Corresponde mencionar que Waldron aborda el hecho del desacuerdo recurriendo a postulados pertenecientes a la tradición del liberalismo clásico –pensadores como Hobbes, Locke y Kant–. A modo de bosquejo, a lo largo de su producción literaria Waldron considera diferentes ideas liberales, entre ellas: la importancia de la monarquía en los tiempos de Hobbes, quien en su obra *Leviatán* describe que la diferencia entre una monarquía y un Parlamento consiste en que aquella no puede entrar en desacuerdo consigo misma, subrayando así uno de los problemas principales de la política, el desacuerdo en el seno de la autoridad. Por otra parte, también estudia el pensamiento de Kant, sobre todo, en lo concerniente a la autonomía de la voluntad que tienen las personas para decidir por sus propios medios cómo deben gobernarse a sí mismas, objetando de este modo la delegación de la toma de decisiones sustanciales a los magistrados que, mediante el razonamiento moral, parecieren ser los únicos legitimados para decidir sobre cuestiones de fondo. Al mismo tiempo, también analiza el pensamiento de John Locke, en particular, la idea de la voluntad general por medio de la cual los individuos llegan a un contrato social para salir del estado de naturaleza, privilegiando sus decisiones libres e iguales como modo para resolver las contiendas a través de la deliberación y el voto, actividades que se canalizan por medio del Parlamento, el cual se erige como institución soberana.

<sup>107</sup>Cfr. Idem, p. 9.

dad que también se extiende a las instituciones mediante las cuales se desarrollan los procedimientos políticos. En este sentido, ambos factores componen los eslabones de una misma cadena que es la política, ya que la existencia de desacuerdos exige aunar esfuerzos comunes para lograr una acción colectiva mediante la cual sea factible resolver los problemas de índole general. Dicha acción solo puede erigirse a través de mecanismos políticos que sirvan como instrumentos para canalizar los desacuerdos<sup>108</sup>.

Waldron propone una solución procedimental para abordar los desacuerdos consistentes en pergeñar un principio de equidad —el principio de las mayorías— mediante el cual los ciudadanos deben abordar los desacuerdos en condiciones de igualdad y respetando la diversidad de voces. Sostiene que la solución no consiste en discernir un criterio sustancial, de carácter ontológico, de hecho Waldron cree que es irrelevante preguntarse por la objetividad moral, defendida por los realistas morales, ya que entiende que no existe un procedimiento inequívoco para cerciorar su exactitud<sup>109</sup>. En este sentido, en su pensamiento se refleja cierta influencia kantiana, en particular, en lo que respecta a la autonomía de la voluntad y la inexistencia de un orden objetivo de la realidad que determine los principios de rectitud y de justicia entre individuos iguales y libres, ya que todo acercamiento a la realidad se encuentra distorsionado por la subjetividad de la persona<sup>110</sup>.

El autor considera que el problema del desacuerdo se extiende sobre cuestiones diversas como la noción de justicia, democracia, bien y derechos humanos. De este modo, trata de construir un modelo que prescindiera de la necesidad de arribar a un consenso en cuestiones de fondo, pero que otorgue los medios procedimentales adecuados para abordarlos y que, al mismo tiempo, sea respetuoso del zorzal de intereses que se encuentran involucrados en las contiendas. He aquí que su centro de atención no se reduce a contestar cuál es la concepción de justicia —por mencionar un valor— más perfecta por la que deba regirse una sociedad, sino se preocupa por dilucidar cuál es procedimiento más adecuado para canalizar los desacuerdos ante las distintas perspectivas existentes en un mundo pluricultural. Así, comienza por concebir al Parlamento como la usina en donde se forjan las herramientas idóneas de resolución de conflictos para resolver problemas sustanciales, es por eso que su

---

<sup>108</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, "Deliberation, disagreement, and voting", en Harold KOH and Ronald SLYE (eds.), *Deliberative democracy and Human Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999, 210 ss., p. 220.

<sup>109</sup>Cfr. DD, pp. 195-197.

<sup>110</sup>Carlos Ignacio, MASSINI CORREAS, "Los dilemas del constructivismo ético (análisis a partir de las ideas de John Rawls)", *Persona y Derecho*, 36 (1997) 167, pp. 185-187.

principal preocupación está enfocada en analizar el funcionamiento de la asamblea representativa y su producto final: la legislación<sup>111</sup>.

En este sentido, corresponde mencionar que en la teoría política de Waldron el desacuerdo es una realidad que no puede superarse, aunque se parta un consenso omnímodo sobre los principios que deben regirla. En otras palabras, resalta que la idea de pensar una sociedad ordenada en la que sus ciudadanos compartan una perspectiva común con respecto a cuestiones sustanciales –como podría ser la idea de la posición original de Rawls–, no provocará que los desacuerdos desaparezcan. Considerar lo contrario, sostiene con vehemencia, implica desconocer el hecho de que las sociedades contemporáneas están matizadas por el pluralismo de voces<sup>112</sup>.

En este aspecto, Waldron subraya que, en el marco de una democracia deliberativa, el consenso –unánime o no– no puede ser tomado como un ideal político a seguir. Por consiguiente, estima que es un error identificar el desacuerdo con una señal de fracaso luego de que todas las voces comprometidas hayan sido respetuosamente escuchadas mediante la deliberación en un foro público<sup>113</sup>. Esto se debe a que el desacuerdo no es solo una circunstancia de la política sino también un factor que enriquece el debate parlamentario, y permite desarrollar ciertas virtudes prácticas que son significativas en una sociedad contemporánea. Entre estas virtudes

---

<sup>111</sup>Cfr. DD, pp. 29-33, 61-63. En este aspecto, puede encontrarse cierta distancia entre el pensamiento de Rawls y Waldron, puesto que para el primero el desacuerdo solo se extiende a cuestiones relacionada al bien, dejando de lado las concernientes a la justicia –esto es, desde la perspectiva de la *posición original* en donde existe un velo de ignorancia en donde no se pueden apreciar las diferencias relativas a las cargas de juicio subjetivas–.

<sup>112</sup>Cfr. Idem, pp. 179-183. El profesor neozelandés advierte que los principios de justicia de la posición original no se encuentran sujetos a las mismas discrepancias que sí se encontrarían, por ejemplo, la concepción de lo que es el bien en la que se entrelazan cuestiones atinentes a la religión y la filosofía, que impiden llegar a un consenso unánime. Arguye que Rawls, toda vez que parte de una sociedad ordenada en la que el contenido de la justicia debe ser dilucidado con base en la razón pública, los principios que la constituyen –principios de la igualdad y la diferencia– deben descansar en verdades ampliamente aceptadas por los ciudadanos. Por lo que las *cargas de juicio* –que como se analizará más adelante obstaculizan la posibilidad de llegar a un consenso sobre un tema específico– no se aplican a la justicia ya que, según el profesor de Baltimore, dichas cargas no armonizan con el uso de la razón pública. Waldron, considera que dicha idea de Rawls es incompatible con la existencia de desacuerdos razonables referidos a la justicia. En este sentido, desde los cimientos de una sociedad que no se encuentra completamente ordenada, expresa: «El pluralismo de doctrinas religiosas, filosófica y morales comprensivas» no es el único pluralismo con el que nos enfrentamos en una sociedad democrática contemporánea, también debemos hacerlo con los desacuerdos sobre la justicia y sobre los derechos. Quizás la filosofía política debiera también ser compatible con esta circunstancia». Idem, p.188.

<sup>113</sup>Cfr. Idem, pp. 111-112.

destaca la civilidad, la tolerancia al disenso, la oposición leal a las ideas contrarias y, también, el respeto por construir un estado de derecho<sup>114</sup>.

## 2-DESACUERDOS: SUSTANCIA Y PROCESO

Siendo el desacuerdo el prisma del pensamiento político de Waldron, es meritorio mencionar que el autor clasifica los desacuerdos en dos grandes grupos: desacuerdos de primer orden –o de sustancia– relativos a los derechos que se encuentran en controversia; y desacuerdos de segundo orden –o de forma– concierne a los principios sobre la toma de decisiones políticas que tienen por objeto resolver las discrepancias sustanciales, lo que conlleva a preguntarse por la autoridad legitimada para abordarlos<sup>115</sup>.

Waldron considera que ambos desacuerdos pueden darse en forma separada sin que exista una relación entre ambos. Así, por ejemplo, detalla que el hecho de que las personas no se pongan de acuerdo con respecto a una concepción determinada de la justicia, el bien o los derechos, no significa que no puedan determinar cuál es el procedimiento más eficaz para resolver los problemas de fondo<sup>116</sup>.

### 2.1-Desacuerdo de primer orden

Waldron subclasifica los desacuerdos de primer orden –enfocados particularmente en los derechos de las personas– en tres niveles. En primer lugar, advierte que existen desacuerdos sobre lo que es un derecho. Así, por ejemplo, para los realistas morales un derecho puede significar un absoluto moral y, por el contrario, para los subjetivistas puede implicar una pretensión relativa a su titular que resguarda un beneficio o interés especial al cual puede renunciarse. En segundo lugar, subraya que las personas también discrepan sobre cuáles son los derechos que tienen y en qué se fundamentan, lo cual implica analizar la naturaleza de los valores piramidales propios de la política como la justicia y la igualdad. Por último, expresa que, aun bajo el supuesto de que exista un consenso generalizado sobre los derechos que efectivamente las personas poseen –como podrían ser los legislados en una Constitución escrita–, existe un desacuerdo sobre lo que conlleva dicho consenso en lo concerniente a la concretización efectiva de los mismos. En este sentido, un

---

<sup>114</sup>Cfr. Idem, pp. 123-124.

<sup>115</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, “Moral Truth and Judicial Review”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 43 (1998) 75, pp. 81-82, (en adelante se abreviará con las siglas MTJR).

<sup>116</sup>Cfr. DD, p. 190.

ejemplo es la pregunta que interroga si el derecho constitucional a la libertad de expresión ampara a aquellas expresiones públicas que tengan condimentos xenóforos y antisemita o si, por el contrario, estas devienen en inconstitucionales y deben ser castigadas a fin de salvaguardar el bienestar general de la sociedad<sup>117</sup>.

En este sentido, Waldron resalta la importancia que tienen los desacuerdos de derechos en una sociedad moderna y señala que los mismos no se reducen a cuestiones de interpretación, como suelen hacer los magistrados. De este modo, indica:

Presupongo que los desacuerdos sobre derechos en gran medida no son problemas de interpretación en un sentido legalista estrecho (...). Son problemas relevantes de la filosofía política, que tienen consecuencias significativas para la vida de muchas personas. Además, presupongo que no son idiosincrásicos de la sociedad en que surgen. Definen las elecciones más relevantes que debe afrontar toda sociedad moderna; elecciones razonablemente bien entendidas en el contexto moral existente y los debates políticos, y que son puntos focales del desacuerdo moral y político en muchas sociedades. Los ejemplos vienen rápidamente a la mente: el aborto, la discriminación positiva, la legitimidad del gobierno para redistribuir la riqueza o intervenir en el mercado, los derechos de las personas sospechadas de haber cometido un crimen, el significado preciso de la tolerancia religiosa, los derechos culturales de las minorías, la regulación del discurso y el gasto en las campañas electorales, etc.<sup>118</sup>

Los desacuerdos de primer orden llevan a que Waldron entre en debate con los pensadores del realismo moral en lo que respecta al fundamento último que legitima la existencia de los derechos. Estos pensadores sostienen que la legitimidad de los derechos descansa en postulados metafísicos –como alega Michael Moore–, es decir, en premisas inmutables que no dependen de la voluntad de los individuos. Al mismo tiempo, también se aparta de los pensadores escépticos que supeditan la legitimidad de los derechos a la existencia de un consenso intersubjetivo de volunta-

---

<sup>117</sup>Cfr. Idem, pp. 19-20, 190; Cfr. MTJR, p. 77.

<sup>118</sup>La traducción fue obtenida de la obra Jeremy WALDRON, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2018, pp. 76-77, (en adelante CGJ). En dicha obra se encuentra traducido el artículo de Waldron titulado “The Core of The Case Against Judicial Review” bajo el nombre de “La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad”. Véase el original: Jeremy WALDRON, “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115 (2006) 1346, p. 1367, (en adelante se abreviará con las iniciales CCAJR).

des con cierta nota de durabilidad, el cual puede mutar cuando cambien las circunstancias en las que el consenso primigenio fue establecido<sup>119</sup>.

En esta línea, uno de los tópicos nucleares que Waldron aborda en relación al desacuerdo de derechos se encuentra relacionado con el derecho a la participación política. En palabras de él, condición esencial para que un sistema democrático goce de legitimidad, toda vez que su vulneración menoscabaría el autogobierno del pueblo. Por consiguiente, corresponde indagar qué entiende Waldron por el derecho a la participación política, y si éste abarca todas las cuestiones en las que sus titulares se encuentran involucrados o si, por el contrario, existen ciertos asuntos de coyuntura moral cuya decisión final debe ser decidida por un órgano –poder judicial– que no goza de credenciales democráticas directas, pero que parece erigirse como la mejor garantía ante la vulneración de ciertas libertades básicas, en especial, las correspondientes a las minorías<sup>120</sup>.

## 2.2-Desacuerdo de segundo orden

Ante los desacuerdos sobre derechos Waldron postula la necesidad de encontrar un principio de equidad que permita abordarlos en forma legítima. Sin embargo, encuentra el problema concomitante de que los principios no son ajenos al desacuerdo y que, efectivamente, toda vez que no vivimos en una sociedad celestial

---

<sup>119</sup>Cfr. DD, pp. 19-20.

<sup>120</sup>Cfr. Idem, pp. 337-341; Cfr. CCAJR, pp. 1371-1372. En el artículo “Representative Lawmaking” Waldron circunscribe la noción de *credenciales democráticas*. Explica que existen lugares en donde los jueces son elegidos mediante elecciones oficiales y que, por ende, también tienen credenciales democráticas. No obstante, subraya que las credenciales de los jueces son distintas a las de los legisladores. Esto es, si bien ambos elaboran normas jurídicas –ambas son *lawmaking institutions*–, de hecho, en palabras de Waldron, «las cortes hacen y cambian la ley todo el tiempo»–, la diferencia con respecto a las credenciales se encuentra en la forma en la que los realizan. Así, el poder legislativo cuenta con ciertas características como: a) la transparencia, a diferencia del poder judicial, en el legislativo la elaboración es pública; b) el tamaño, en el poder legislativo participan centenares de individuos, a diferencia del poder judicial, que solo cuenta con 9 integrantes, lo que influye en el enriquecimiento mutuo mediante el intercambio de experiencias y conocimientos; c) la representación, en el poder legislativo se encuentran representados los intereses del pueblo y, a su vez, está dotado de una abstracción –ya que no son los ciudadanos quien es deliberan en forma directa–, que favorece la elaboración de leyes generales. Cfr. Jeremy WALDRON, “Representative Lawmaking”, *Boston University Law Review*, Vol. 89 (2009) 335, pp. 335-336, 341-348. También léase las siguientes palabras de Hannah Arendt, a las cuales recurre Waldron para legitimar al poder legislativo: «Pero el gobierno representativo, según los hombres de la revolución, era mucho más que un dispositivo técnico de gobierno entre grandes poblaciones; la limitación a un cuerpo pequeño y elegido de ciudadanos debía servir como el gran purificador tanto del interés como de la opinión, para protegerse "contra la confusión de una multitud». Hannah ARENDT, *On Revolution*, Penguin Books, London, 1965, pp. 226-227, (la traducción es mía).

ni partimos de una *posición original*, en la esfera política existen desacuerdos atinentes al modo de abordar las discrepancias<sup>121</sup>. En este sentido, Waldron enseña:

Estamos suponiendo que los miembros de la sociedad discrepan sobre si una propuesta legislativa viola derechos, y necesitamos un modo de resolver ese desacuerdo. El asunto es tan antiguo como Hobbes: debemos establecer un procedimiento de toma de decisiones cuyo funcionamiento solucione las controversias cuya existencia generó la necesidad de un procedimiento decisorio en primer lugar, no que las avive. Esto quiere decir que, aun cuando los miembros de la sociedad que planteamos discrepen acerca de los derechos, necesitan compartir una teoría sobre la legitimidad del procedimiento de toma de decisiones a emplear para resolver los desacuerdos<sup>122</sup>.

Ante esta necesidad epistémica Waldron advierte que no existe un procedimiento que sea perfecto. En este sentido, resalta que el procedimiento de toma de decisiones que se elija para canalizar los desacuerdos de derechos debe priorizar las razones relativas al proceso –*process related reasons*– en contraste con las razones de resultado –*outcome related reasons*–. Esto se debe a que, según Waldron, el diseño o elección del procedimiento es independiente de los desacuerdos particulares en torno a cuestiones de fondo. Por consiguiente, el profesor neozelandés explica que las razones de proceso son aquellas que se enfocan en la participación efectiva de las personas y no en arribar a resultados correctos. Sostiene que las mismas están basadas en la igualdad política, el derecho a votar y el derecho a ser escuchado aun cuando se esté en desacuerdo con la posición dominante. Por el contrario, las razones de resultado muestran predilección por un procedimiento determinado siempre que sea una alternativa idónea para llegar al resultado esperado –sea vinculado a la justicia o al bien común–. Por lo tanto, la pregunta que debe iluminar la construcción del procedimiento debe ser la siguiente: ¿qué método de toma de decisiones respeta la participación equitativa de todas las voces en contienda y, al mismo tiempo, constituye un camino razonable para abordar los desacuerdos de derechos?<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup>Cfr. DD, pp. 24, 227, 350; Cfr. MTJR, p. 77.

<sup>122</sup>Traducción obtenida de la obra CGJ, p. 81. Véase la versión original en CCAJR, pp. 1371-1372. Waldron explica que es necesario una teoría política que no se reduzca a establecer una base de justificación de las decisiones que se toman –es decir, una teoría de la justicia o una teoría general del bien–. Enfatiza que se necesita una teoría que aborde las cuestiones normativas de la legitimidad de los procedimientos que se utilizan para tomar decisiones políticas ante el problema del desacuerdo. Cfr. *Idem*, p. 1371.

<sup>123</sup>Cfr. CCAJR, pp. 1372-1375; Cfr. Erin F. DELANEY, “The Federal Case for Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 0 N°0 (2022) 1, pp. 2-3, en prensa.

En aras a desentrañar dicho interrogante el profesor neozelandés analiza varias posibilidades. Indaga si el mejor procedimiento debe tener como cimiento el principio de la decisión de las mayorías en el marco de un foro parlamentario –y si es así por qué–, o si es preferible que la cuestión sea abordada por un puñado de experto –jueces–, o si más bien conviene acudir al azar mediante el lanzamiento de una moneda. Si bien Waldron decide a favor del principio de la decisión mayoritaria concretizado en el Parlamento, advierte que, aun así los protagonistas del debate seguirán discrepando sobre cuestiones relacionadas a lo que implica el resultado en términos democrático o, en otras palabras, sobre cuáles son los derechos que presupone tal modo de abordar los desacuerdos<sup>124</sup>.

Asimismo, advierte que en la elección de un procedimiento político basado en el principio mayoritario es necesario decidir cuestiones concretas sobre la edad mínima para ejercer el sufragio, el contenido de las leyes electorales, el sistema de financiación de las campañas políticas y las condiciones democrática de legitimidad. Del mismo modo, considera que hay cuestiones que merecen una respuesta en forma previa a cualquier procedimiento de toma de decisiones, entre ellas: ¿cuáles son los asuntos que deben decidirse por mutuo acuerdo? ¿Qué parámetros fundamentan la representación en el Parlamento? ¿Por qué las minorías perjudicadas deben respetar la decisión de las mayorías? Entre otros aspectos relevantes que señalan la necesidad de una teoría de la autoridad anexa a una teoría de la democracia<sup>125</sup>.

En conclusión, según Waldron las personas pueden discrepar de buena fe y en forma razonable acerca de los derechos que creen tener. Por lo que necesitarán arribar a una acción colectiva y la manera de hacerlo es a través de un procedimiento de toma de decisiones que considere las opiniones de los ciudadanos cuyos derechos se encuentran involucrados. En el pensamiento del autor esto es posible puesto que las cuestiones de fondo son separables de las formales, por lo que puede alcanzarse un acuerdo sobre el procedimiento aunque se disienta sobre la sustancia del problema<sup>126</sup>. El requisito liminar es que el mecanismo a elegir debe ser equitativo, por lo que Waldron derrama copiosa tinta en demostrar que el procedimiento

---

<sup>124</sup>Cfr. MTJR, p. 77.

<sup>125</sup>Cfr. DD, p. 351. En el análisis introductorio de *Derechos y Desacuerdos*, los autores Gargarella y Martí, señalan que el modelo político de Waldron puede ser considerado procedimentalista ya que desarrolla un método focalizado en el ejercicio del derecho de participación en condiciones de igualdad por parte de los ciudadanos en virtud del cual abordan sus desacuerdos sustanciales. Véase: GARGARELLA, Roberto, MARTÍ, José L., “Estudio Preliminar: La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre Desacuerdos”, en WALDRON, DD (2005), pp. XIX-XX.

<sup>126</sup>Cfr. DD, p. 190.

predilecto en una democracia contemporánea debe estar erigido sobre el ejercicio de la regla del voto de las mayorías previa deliberación<sup>127</sup>.

### 2.3-Causas del desacuerdo

El profesor neozelandés se pregunta por qué los individuos de una misma sociedad, al hacer un buen uso de la razón, discrepan sobre cuestiones de diversa índole y llegan a respuestas opuestas. En este sentido, considera que sería anticuado pensar que todos están en desacuerdo a causa del egoísmo, la ignorancia, el prejuicio, el autointerés, o porque algunos están en contacto con la verdad en detrimento de otros que no la pueden alcanzar —estas serían, claro está, causas irracionales de desacuerdo—. Por el contrario, el autor sostiene que al momento de analizar la política las personas discrepan de buena fe, y esto se debe a que las cuestiones que tienen que resolver —como las relacionadas a los derechos humanos y los principios de toma de decisiones— son verdaderamente complejas, sumado al hecho de que existe una multiplicidad de posiciones, experiencias, inteligencias y perspectivas que hacen que los individuos siempre estén en desacuerdo sobre cuál es la respuesta correcta para resolver un problema común<sup>128</sup>.

Siguiendo esta línea, Waldron examina las *cargas de juicio* de Rawls — *burdens of judgment*— también llamadas fuentes del desacuerdo, para explicar con mayor profundidad la etiología de los desacuerdos razonables<sup>129</sup>. Dichas cargas son definidas por Rawls como «los varios elementos aleatorios implicados en el ejercicio adecuado —y consciente— de nuestras facultades de razón y juicio en el curso ordinario de la vida política»<sup>130</sup>. El profesor de Baltimore subraya que las mismas obs-

---

<sup>127</sup>Cfr. MTJR, p. 1406.

<sup>128</sup>Cfr. DD, pp. 20, 136; Cfr. CCAJR, p. 1368. Rawls enumera las siguientes cargas de juicio que considera más evidentes: «a-la evidencia por más que sea científica o empírica sobre un caso suele ser conflictiva y compleja, lo que hace que también sea difícil de valorar; b-aun cuando las personas estén de acuerdo sobre las consideraciones relevantes del caso, pueden disentir sobre valoraciones relacionadas al peso, importancia, y arribar a conclusiones distintas; c- los conceptos morales y políticos adolecen de vaguedad, por lo que conlleva la necesidad de recurrir a los juicios y las interpretaciones que suelen ser limitadas en su precisión; d-la experiencia personal —que difiere de una persona a otra— condiciona la forma en que las personas valoran las evidencias y sopesan los valores políticos y morales; las distintas clases de consideraciones normativas, y de distintas fuerzas, que suelen presentarse entre diferentes grupos en disputa torna complicado efectuar una valoración general; los sistemas de instituciones sociales solo pueden embanderar determinados valores, por los que es necesario hacer una selección de los mismos, lo que lleva a establecer ajustes entre unos y otros». Cfr. John RAWLS, *Liberalismo Político*, trad. Sergio René Madero Baéz, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 73-74.

<sup>129</sup>Cfr DD, p. 135; Cfr. RAWLS, *Liberalismo Político*, p. 72.

<sup>130</sup>DD, p. 135; Cfr. RAWLS, *Liberalismo Político*, p. 73.

taculizan la construcción de una epistemología neutral para abordar los desacuerdos políticos, puesto que comportan una falta de información idónea y completa en sus protagonistas para la toma de decisiones, dejando de manifiesto la pobreza de experiencias y conocimientos de quienes tienen que decidir sobre las cuestiones puestas en tela de juicio<sup>131</sup>.

Según el profesor neozelandés las cargas de juicio conducen a la misma conclusión que arribó Rawls:

Muchos de nuestros más importantes juicios se hacen en condiciones en que no es de esperarse que personas conscientes, en pleno uso de su razón, incluso tras una libre deliberación, lleguen a una misma conclusión<sup>132</sup>.

De esta manera, entiende que, aunque las personas actúen en pleno uso de sus facultades racionales, y se esmeren por intercambiar sus distintas perspectivas sobre un problema compartido en aras de aunar sus diferencias, la posibilidad de concluir en posiciones antagónicas seguirá presente. Es por eso que, en un contexto caracterizado por el pluralismo, Waldron advierte que el peor riesgo en términos democráticos no es que existan perspectivas incompatibles entre sí, sino más bien, que se nieguen ciertas posiciones por considerarlas indignas. Entiende que este desprecio revelaría una patología dentro de la deliberación, ya que menoscabaría el trato igualitario entre las partes y, por ende, la búsqueda de un principio de equidad para resolver las discrepancias. Por consiguiente, resalta la importancia de respetar las distintas posiciones en circunstancias en donde ninguna de ellas deviene es autosatisfactoria. En esta línea, considera que la disposición al diálogo es lo que implica tomarse en serio los desacuerdos en un sistema democrático<sup>133</sup>.

### 3-LA IRRELEVANCIA DE LA VERDAD OBJETIVA ANTE EL DESACUERDO

Como se mencionó previamente, dentro del pensamiento político de Waldron pueden distinguirse dos clases de desacuerdos: *desacuerdos de primer orden*, sobre asuntos sustanciales vinculados a los derechos y demás valores políticos, y *desacuerdos de segundo orden*, relacionados a los procedimientos para abordar los problemas de fondo a fin de arribar a una solución adecuada<sup>134</sup>. De estas explicaciones se desprende que la pregunta por la objetividad es transversal a ambos

---

<sup>131</sup>Cfr. DD, p. 180.

<sup>132</sup>Cfr. RAWLS, *Liberalismo Político*, p. 75.

<sup>133</sup>Cfr. DD, p. 134.

<sup>134</sup>Cfr. MTJR, p. 81.

desacuerdos. Por eso, en aras a comprender su teoría de la toma de decisiones políticas y consecuente posición con respecto al control judicial de constitucionalidad fuerte, es conveniente desentrañar los siguientes interrogantes: I-con respecto a lo sustancial ¿existen valores, derechos y juicios morales verdaderamente objetivos?; II- con respecto a lo procedimental, ¿existe alguna forma inequívoca de comprobar la objetividad auténtica en los asuntos de fondo?

### 3.1-Aspecto sustancial: realismo moral y emotivismo

Al abordar la objetividad en las cuestiones sustanciales Waldron analiza si existe una verdad objetiva que deba seguirse por los agentes encargados de tomar las decisiones de gobierno y que, por ende, dé por finiquitado el conflicto de intereses inherente en las sociedades culturalmente heterogéneas. En su búsqueda por encontrar una respuesta satisfactoria, Waldron termina por inclinarse a favor de la irrelevancia de la objetividad, adhiriendo así al escepticismo emotivista –corriente que fue fervientemente criticada por Dworkin<sup>135</sup>.

En esta línea, si bien Waldron cree que existen derechos que deben ser protegidos para que sea posible la convivencia en democracia y el respeto a la dignidad humana, al momento de fundamentar su posición se aleja de postulados metafísicos como los del realismo clásico, o de una posición objetivista constructivista –y de tinte holística– como la de Dworkin, evitando emitir juicios sustantivos para enfocarse en argumentos concernientes a aspectos procedimentales. De este modo, Waldron considera que al momento de abordar los desacuerdos es infructuoso preguntarse por la existencia de valores objetivos –como la justicia verdadera– y, a su vez, por la

---

<sup>135</sup>Con las siguientes palabras Waldron reconoce su adherencia al emotivismo: «Soy un emotivista (o lo más cercano a un emotivista que no supondrá ninguna diferencia para los propósitos de este artículo). También soy un oponente de la práctica estadounidense de revisión judicial de la legislación democrática en nombre de los derechos constitucionales. Mis amigos creen que el primero de estos hechos explica el segundo (aunque creen que el segundo lo sobredeterminé, siendo explicable principalmente en términos de mis raíces no estadounidenses). Piensan que mi emotivismo explica mi oposición a la revisión judicial, no en el sentido de que explique por qué no me tomo en serio la revisión judicial (como en: “Él no cree en valores o principios de todos modos, entonces no puede esperarse que crea en los valores o principios que hacen que valga la pena tener la revisión judicial”), sino más bien en el sentido de que piensan que mi emotivismo (si es cierto) me proporcionaría a mí (o a cualquiera) una buena razón para tener dudas o recelos sobre la revisión judicial. Ellos también, piensan, se opondrían (y deberían) a la revisión judicial si fueran emotivistas. No ven cómo se puede sustentar la revisión judicial si el emotivismo es correcto. Pero la asociación entre emotivismo y dudas sobre la revisión judicial es familiar: su ejemplo más conocido es, por supuesto, Oliver Wendell Holmes». Idem, p. 75 (la traducción es mía). En otro artículo también puede leerse el siguiente pasaje: «Mis amigos realistas morales se enfurecen con esto. Me acusarán de subjetivismo moral o emotivismo o relativismo (en realidad, soy emotivista, pero la distinción es irrelevante para este argumento)». WALDRON, “Deliberation, disagreement, and...”, p. 222 (la traducción es mía); Cfr. DD, p. 195.

objetividad de los juicios morales. En sus propias palabras, a diferencia de las premisas sostenidas por los realistas morales, considera que la realidad pareciera demostrar que:

Mientras las tesis de los valores objetivos alardeados no se nos revelen, en pura conciencia o desde el cielo, de una manera que no deje lugar para más desacuerdos sobre su carácter, todo lo que tenemos en la tierra son opiniones o creencias sobre los valores objetivos. No tenemos nada más allá de esto como base para calificar algunos puntos de vista sobre valores y derechos como verdaderos y otros falsos<sup>136</sup>.

En este sentido, Waldron contrasta dos corrientes filosóficas para analizar, desde perspectivas opuestas, el problema del desacuerdo: por un lado, el emotivismo y, por el otro, el realismo moral.

El profesor neozelandés describe que los realistas morales son aquellos filósofos que sostienen que existe la verdad y la falsedad en términos de objetividad moral. Expresa que afirman la existencia de enunciados de valor o de principios que imprimen en los juicios morales un carácter veritativo con prescindencia de la creencia y sentimientos de las personas. Waldron trata de refutar dicho postulado por considerarlo intrascendente a los fines del desacuerdo en materia política<sup>137</sup>.

A este fin, lo que hace es cotejar la posición realista con la tesis antirealista – particularmente el escepticismo emotivista– sostenida por Mackie, quien afirma que la diversidad de juicios morales de primer orden es una muestra de la dificultad que exige demostrar la existencia de verdades morales objetivas. Esto lo lleva a concluir que no existen hechos morales objetivos que hagan que un juicio moral sea verdadero o falso sino, por el contrario, que existen juicios morales formulados de acuerdo a gustos, preferencias y emociones. Por consiguiente, sostener que algo es falso o verdadero, por ejemplo, exclamar que ¡es una verdad insoslayable que la eutanasia es incorrecta!, sería una manera de enfatizar o robustecer la posición que se pretende defender. Así, sostener que la eutanasia es incorrecta no sería más que repetir un juicio cuya objetividad moral no puede probarse<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup>WALDRON, “Deliberation, disagreement, and...”, p. 222. (La traducción es mía).

<sup>137</sup>Cfr. MTJR, p. 77; Cfr. DD, p. 196.

<sup>138</sup>Cfr. MTJR, p. 78; Cfr. DD, pp. 196-197. Waldron es consciente que, como explica Michael Moore, existe un salto lógico entre la existencia de desacuerdos morales y la afirmación de que no existen hechos objetivos. A este fin, cita las siguientes palabras del autor de Moore: «El simple hecho del desacuerdo en algunos tipos de creencias no puede mostrar por sí mismo que no haya ningún hecho en ese ámbito del que se está discutiendo. Pensar de otra forma es confundir el acuerdo intersubjetivo

En este sentido, lo que Waldron trata de mostrar en relación a la toma de decisiones sustanciales en un sistema democrático, es lo siguiente: la posición del realismo moral concerniente a la verdad o falsedad no es suficiente para legitimar las decisiones del control de constitucionalidad ejercido por los jueces. Por el contrario, tanto el realismo como el emotivismo, son corrientes que se encuentran sujetas a desacuerdos sobre cuestiones de fondo. Así, su objeción al realismo clásico tiene como fin específico poner en tela de juicio la investidura de los magistrados como órganos legitimados para decidir asuntos sustanciales que afectan a los miembros de una sociedad democrática<sup>139</sup>.

Expresa que los realistas morales consideran que se encuentran en mejor posición para cumplir los compromisos morales ya que conciben a los mismos como una respuesta a hechos objetivos y no a sentimientos fluctuantes ajenos a la razón que terminan por ser arbitrarios<sup>140</sup>. No obstante, el profesor neozelandés detalla que para analizar este argumento realista conviene discernir qué sería para un realista *tomarse en serio* los juicios morales, ya que podría significar dos cuestiones diferentes: I-por un lado, querer actuar de acuerdo al juicio moral, por la motivación que despierta, considerando el rol preponderante que tienen en la vida práctica al concebirlo como algo correcto; II-por el otro, no querer comprometerse a debatir ni argumentar los postulados morales para negarse aceptar la posibilidad de modificar la concepción personal en aras a preservar dicha posición<sup>141</sup>.

Waldron sostiene que *tomar en serio* la moral no consiste en evitar la deliberación para resguardar el propio juicio moral, sino más bien en posibilitarla, aunque conlleve al desacuerdo. Es por eso que para comprobar la supuesta arbitrariedad en la que incurren los realistas, el autor se pregunta desde el campo práctico:

---

con la objetividad». Sin embargo, Waldron no deja de señalar que el desacuerdo moral conlleva un problema irresoluble para los realistas toda vez que no han podido determinar una vinculación ineludible entre la idea de verdad objetiva y la forma procedimental para dar respuesta a dichos desacuerdos. Cfr. DD, p. 211; Cfr. MTJR, p. 84.

<sup>139</sup>Cfr. MTJR, pp. 75-76; Cfr. DD, p. 196.

<sup>140</sup>Uno de los argumentos que Waldron utiliza para defender la tesis emotivistas es que la premisa *formulo juicios morales en función de cómo me siento*, merece ser analizada más detenidamente, toda vez que la expresión *en función de* refiere a un nexo de causalidad entre la emoción y el juicio moral, y no a una justificación de los juicios morales en virtud de las emociones. Por consiguiente, el emotivista no certifica que sus emociones fundamentan sus juicios morales. Así, por ejemplo, un emotivista no considera que *la esclavitud es injusta en virtud de la propiedad C* –propiedad que se identifica con la crueldad–, y sería erróneo explicar que la esclavitud sea injusta porque C provoque emociones indeseables en la persona que emite dicho juicio, sino que lo es porque existe una disposición moral de que, la creencia sobre la crueldad, produce una reacción de desaprobación, por ende, no sería la creencia sobre las actitudes la que produce un resultado de rechazo. Cfr. DD, p. 209.

<sup>141</sup>Cfr. Idem, p. 206; Cfr. MTJR, p. 77.

¿qué es lo que lleva a una persona a seguir su propio juicio moral? En este sentido, su estrategia consiste en desentrañar la naturaleza del móvil que inspira a un realista moral a actuar en correspondencia con su juicio moral a fin de demostrar la intrascendencia de la objetividad<sup>142</sup>.

El profesor neozelandés responde desde las dos posiciones en pugna. Por una parte, explica que los emotivistas entienden que el comportamiento humano se encuentra motivado por las emociones, por lo que desde dicha perspectiva tomarse en serio la moral implica reconocer el rol que las emociones cumplen en los juicios morales —así, los juicios morales expresan emociones—<sup>143</sup>. Por otra parte, haciendo lugar a las premisas de los realistas, detalla que, como para ellos los juicios morales no se identifican con las emociones, sería contraproducente sostener que existen partículas extrañas que motivan la acción puesto que las propiedades fácticas no comportan por sí mismas una voluntad para actuar —éste sería el argumento de la extrañeza de J.L. Mackie—. En este sentido, según Waldron, un realista no tendría más remedio que admitir que en la práctica moral de toda persona, existe *algo* que es tan manipulable y fluctuante como las emociones que animan al sujeto a actuar. Ese *algo* no son los hechos morales —que los realistas suelen comparar con las emociones para acentuar su objetividad—, sino más bien las *creencias* que los individuos tienen sobre los hechos morales<sup>144</sup>.

De esta manera, a fin de demostrar que los realistas incurren en la misma arbitrariedad que los emotivistas, Waldron expresa:

El realista se siente tentado a afirmar que lo que comparamos es la volubilidad de los sentimientos de un individuo, por un lado, con la solidez de los hechos morales puros, por el otro. Pero esto es un error. Lo que se compara con la supuesta volubilidad de las emociones no es la solidez de los hechos morales mismos, presuponiendo que existan tales hechos, sino la solidez o la volubilidad de las creencias de la gente acerca de los hechos morales (...)<sup>145</sup>.

En definitiva, el profesor neozelandés no niega la objetividad —negarla sería admitir una forma inequívoca de comprobarla—. Por el contrario, alega que la aceptación de desacuerdos sustanciales no implica una adherencia al relativismo moral, y que su asunción es compatible con la existencia de una verdad sobre el problema

---

<sup>142</sup>Cfr. DD, pp. 206-207.

<sup>143</sup>Cfr. Idem, p. 206.

<sup>144</sup>Cfr. Ibidem; Cfr. MTJR, p. 78.

<sup>145</sup>DD, p. 208; Cfr. MTJR, pp. 96-97.

de los derechos. Aunque, claro está, su concepción de la verdad no es la misma que persiguen los realistas morales, sino que es una verdad fundamentada en argumentos racionales invocados por personas que deliberan de buena fe, es decir, es una verdad argumentativa<sup>146</sup>. Por consiguiente, Waldron considera irrelevante preguntarse por una verdad fundada en la metafísica, puesto que lo que efectivamente importa no es la posibilidad de cerciorar su existencia, toda vez que los individuos seguirán discrepando a pesar de ella. Lo importante es indagar sobre las causas móviles –emociones o creencias– que llevan a una persona –juez o legislador– a tomar una decisión en favor de otra.

### 3.2-Aspecto procedimental: ¿una epistemología certera?

Como se explicó con anterioridad la cuestión de la objetividad moral es transversal en el pensamiento waldroniano. La misma se encuentra vinculada al procedimiento de toma de decisiones políticas. En este sentido, a nivel epistémico, el argumento focal que el profesor neozelandés invoca contra los realistas, se centra en la inexistencia de una metodología única y compartida para zanjar los desacuerdos morales que se suscitan en el seno de una sociedad contemporánea en materia política. En cambio, en otros campos, como los de las ciencias naturales, se acepta con carácter de universalidad que, ante las posibles discrepancias, el método de la observación y la experiencia constituye el medio idóneo para resolver las controversias. En palabras del autor:

Incluso en el caso de que existan tales hechos (morales) objetivos no tenemos ninguna forma privilegiada, sencilla y no controvertida de acceder a los mismos<sup>147</sup>.

Este es el fundamento liminar en virtud del cual Waldron alega la *irrelevancia de la objetividad* a nivel epistémico. El cual puede sintetizarse en la siguiente pregunta: ¿qué sentido tiene preguntarse por la existencia de la objetividad moral si no existe una forma inequívoca para corroborar su veracidad?<sup>148</sup>

Este interrogante escéptico encuentra sus cimientos en la visión antropológica de Waldron, la cual puede observarse en su artículo *What Is Natural Law Like*. En este trabajo el autor manifiesta su adhesión a los postulados de John Locke sobre la falibilidad de la naturaleza humana. Así, el hecho de que algunas proposi-

---

<sup>146</sup>Cfr. CCAJR, p. 1368.

<sup>147</sup>DD, p. 208.

<sup>148</sup>Cfr. Idem, p. 210; Cfr. MTJR, p. 84.

ciones sean objetivamente verdaderas no es incompatible con las controversias que puedan suscitarse en cuanto a su veracidad. En este sentido, Waldron debate con el iusnaturalista John Finnis, quien sostiene –basado en Tomás de Aquino– que existen verdades objetivas y universales a las que podemos acceder a través de la razonabilidad práctica. Aunque, claro está, esto no significa que todas las verdades sean evidentes para todos los individuos. Waldron utiliza este argumento para postular el motivo por el cual el desacuerdo en cuestiones de objetividad es posible con respecto al contenido de la Ley Natural. En este sentido, vuelve a citar a Locke, quien sostiene que las contradicciones en virtud del contenido de la Ley Natural se deben a «hombres sesgados por su interés, así como ignorantes por falta de estudio sobre ella»<sup>149</sup>, pensamiento con el que Waldron considera que Finnis también estaría de acuerdo. Por consiguiente, el profesor neozelandés se vale de los presupuestos iusnaturalistas sobre la falibilidad del hombre –aunque sin compartir la raíz metafísica de dicha corriente– en aras a argumentar a favor de la imposibilidad de construir una epistemología inequívoca que permita acceder al conocimiento de valores sustanciales. Waldron concluye que debe aceptarse la falibilidad humana, la cual deja su huella en todas las fuentes del conocimiento humano, sea que estén fundadas en la confianza del razonamiento práctico, la reflexión sobre las propias inclinaciones o la predilección por los sabios quienes también son falibles. Esto supone que, en definitiva, el acceso a la Ley Natural –y, por ende, a la verdad objetiva– también se encuentra sujeto a error y, por lo tanto, desde una perspectiva humana solo podemos ser gobernados por lo que pensamos que es la Ley Natural<sup>150</sup>.

En paralelo a dicha incerteza cognoscitiva, Waldron explica que con respecto a la moral cada filósofo adhiere a una corriente distinta y tiene una teoría particular de justificación –así, por ejemplo, ante un problema en concreto los utilitaristas postulan parámetros diferentes a los esgrimidos por pensadores kantianos, aristotélicos, marxistas, conservadores o liberales–<sup>151</sup>. Esto implica que los mismos filósofos morales tampoco poseen una epistemología compartida para abordar los desacuerdos. Así, señala que no basta con la afirmación de Mark Platts –filósofo crítico de la teoría de la motivación–, quien sostiene que los juicios morales son jui-

---

<sup>149</sup>Jeremy WALDRON, “What Is Natural Law Like?”, en John KEOWN and Robert P. GEORGE (eds.), *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, 2013, 73 ss., pp. 84-85, (la traducción es mía).

<sup>150</sup>Cfr. Idem, pp. 84-87. Es meritorio destacar que, por una parte, Waldron reconoce la fiabilidad del ser humano en comprender la Ley Natural, pero por otra, en su teoría de la toma de decisiones política no parte del hecho de que los legisladores pueden caer en la corrupción y dejar de lado los intereses del electorado. Por tanto, como se observará en el capítulo cuarto, existe cierta contradicción en el pensamiento del autor en cuanto a la extensión de la falibilidad humana.

<sup>151</sup>Cfr. DD, p. 212; Cfr. MTJR, p. 85.

cios cognitivos sobre hechos que efectúan afirmaciones sobre la realidad, cuya verdad o falsedad puede ser comprobada a través de la observación cuidadosa como sucede con cualquier objeto del conocimiento humano. Enfatiza que en la moral no existe un instrumental completo para explicar los errores y las ilusiones como sí lo hay en las ciencias empíricas. Por eso concluye que en el campo de la moral no existe una metodología certera para comprobar la verdad o falsedad de una afirmación deóntica. En otras palabras, no existe una epistemología en virtud de la cual los realistas puedan cerciorar la veracidad de sus compromisos ontológicos. De este modo, considera que el único camino viable consiste en actuar de buena fe postulando razones que hagan creíble las afirmaciones que se pretenden sostener a fin de convencer a los demás, característica propia de una sociedad culturalmente heterogénea que resuelve sus controversias por medio de la deliberación democrática<sup>152</sup>. Expresa Waldron:

Argumentar de buena fe significa presentar razones que —uno piensa que— el otro debería aceptar, y el que dos o más personas persistan en sus argumentos les hace advertir y perseguir la posibilidad de que al final las mismas consideraciones serán capaces de convencer a todos<sup>153</sup>.

Como se observará en epígrafes posteriores, el profesor neozelandés extrapola el problema de la carencia de una epistemología certera para comprobar la verdad de los juicios morales y el espinoso conflicto de la toma de decisiones en la esfera de la política. Particularmente, lo relaciona con el accionar de los jueces como órganos que tienen la última palabra en la toma de decisiones sustanciales. De este modo, siguiendo el mismo razonamiento contrario a la objetividad moral, entiende que, sea que los emotivistas tengan razón y los juicios morales se identifiquen con las emociones, o sea que los realistas estén en lo cierto y los juicios morales refieran a afirmaciones objetivas sobre hechos morales, el resultado al que se arribará será la arbitrariedad en la resolución de casos concretos por parte de los magistrados, con la nota de color que, a diferencia de los legisladores, aquellos no cuentan con credenciales democráticas suficientes<sup>154</sup>.

Por consiguiente, el autor explica que, aunque existan hechos morales que impriman un carácter de verdad o falsedad en los juicios morales, al momento de resolver sus sentencias el juez solo podrá imponer su creencia sobre el caso concreto en desmedro de las propias de los litigantes. Resolverá implícitamente bajo la pre-

---

<sup>152</sup>Cfr. DD, p. 212.

<sup>153</sup>Idem, p. 211.

<sup>154</sup>Cfr. Idem, pp. 215-216; Cfr. MTJR, pp. 89-90.

misa *yo pienso que o esta es mi creencia* –similar a la de los emotivistas que dicen *yo siento que* aunque estos lo hacen expresamente–, sin que pueda discernirse a ciencia cierta qué creencias son válidas y cuáles no<sup>155</sup>.

En esta línea, Waldron busca demostrar que, en la resolución de sentencias, los realistas no se encuentran en mejor posición que los emotivistas para resolverlas. Postula que los magistrados, sea que sentencien desde el lente del realismo moral o del emotivismo, caen en la arbitrariedad en tres sentidos diferentes.

a-Impredecibilidad: ya que la presunta realidad de los hechos morales no otorga ninguna seguridad en la sentencia final, solo se pueden predecir las creencias de los jueces observando los fundamentos de sus sentencias precedentes que dan fe de cuáles fueron las creencias salvaguardadas en los mismos hechos morales, lo cual no implica que las creencias del magistrado puedan llegar a modificarse. Lo mismo puede afirmarse desde un enfoque emotivista si se lleva un registro de las emociones pretéritas que despertaron determinadas actitudes en la persona de un juez para que decida de una manera determinada ante un caso análogo<sup>156</sup>.

b-Irracionalidad: señala que es común la posición de los realistas según la cual los juicios morales son «descripciones razonadas de la presencia de propiedades morales»<sup>157</sup>. Sin embargo, aclara que lo que infunde el temor de la irracionalidad es lo que los jueces efectivamente hacen; es decir, la incertidumbre de saber si son o no capaces de argumentar de buena fe sobre sus propias consideraciones, sin reducirse a exponerlas en forma de postulados categóricos infundados. En paralelo, lo mismo podría suscitarse con un juez emotivista que deja riendas libres a sus emociones, expresándolas como fundamento a sus decisiones sin postular ninguna otra razón convincente<sup>158</sup>.

c-Ilegitimidad democrática: acontece cuando el magistrado tiene que resolver una cuestión sustancial –como última instancia– en virtud de concepciones que son contrarias a las defendidas por la mayoría del Parlamento. Indica que se incurriría en ella debido a que las credenciales de los jueces son poco representativas del pueblo<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup>Cfr. DD, p. 216; Cfr. MTJR, pp. 89-90.

<sup>156</sup>Cfr. DD, p. 217.

<sup>157</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>158</sup>Cfr. Idem, pp. 217-218.

<sup>159</sup>Cfr. Idem, p. 218.

En síntesis, en lo que concierne a los postulados del realismo moral, Waldron considera que no existe una escapatoria viable para evitar hundirse en las arenas de la arbitrariedad en lo concerniente a la defensa del control de constitucionalidad fuerte. Ya que, si el realismo moral es falso y no existen juicios morales objetivos, lo que acontecerá será un conflicto entre las actitudes y sentimientos de los distintos agentes involucrados y sería arbitrario que prevalezca los de uno en detrimento de los demás. En otras palabras, la decisión será producto de las preferencias subjetivas del juez y no habría nada objetivo que asegure una respuesta correcta. Por otra parte, si el realismo es verdadero, esto quiere decir que existe una respuesta correcta, un hecho que transforme en verdadero o falso sus postulados. Advierte que esta perspectiva tampoco terminará por resolver la cuestión porque de igual modo, el conflicto se suscitará entre las creencias contrapuestas de los participantes sobre los hechos morales en tela de juicio. Esto sería porque al no existir una epistemología irrefutable que explique cuál es la respuesta que debe prevalecer por considerarse correcta, no habrá razón suficiente por las que unas deban predominar sobre otras. Estas son las causas por la que diferentes jueces pueden llegar a conclusiones distintas aun cuando todos traten de encontrar una respuesta correcta. Por lo que, en resumidas cuentas, los hechos morales no funcionan como límites a la decisión del juez y las sentencias siempre estarán determinadas por la subjetividad del magistrado –sean a modo de creencias u actitudes—<sup>160</sup>.

Siguiendo esta línea, sea que se elija una actitud por sobre otra actitud como en el enfoque emotivista, o sea que se elija una creencia sobre otra creencia como en la perspectiva realista, la arbitrariedad siempre estará presente. Los fundamentos de los realistas morales no son superiores a los esgrimidos por los emotivistas. Por consiguiente, puesto que en una sociedad contemporánea existen desacuerdos morales y no existe forma de comprobar la existencia de respuestas correctas, aun para quienes creen que existen, la pregunta que corresponderá resolver es: ¿por qué los jueces deben ser los encargados de resolver los desacuerdos políticos?<sup>161</sup>

En conclusión, dentro de los dos niveles de desacuerdos, desacuerdos de primer orden sobre aspectos sustanciales y desacuerdos de segundo orden sobre aspectos procedimentales, Waldron toma una posición concreta: 1-es escéptico en cuanto a la existencia de una respuesta correcta a nivel sustancial ya que considera que en la política no existe un consenso al respecto –de hecho, las disputas sobre derechos forman parte de la realidad social de todos los individuos– ; 2-es no escéptico en relación al nivel procedimental, ya que si bien crítica al control de constitucionalidad

<sup>160</sup>Cfr. Idem, pp. 221-222; Cfr. MTJR, pp. 94-96.

<sup>161</sup>Cfr. DD, p. 221; Cfr. MTJR, p. 94.

fuerte ejercido por los jueces, sí cree que existe un procedimiento de toma de decisiones idóneo para resolver los desacuerdos sustanciales. Dicho procedimiento se encuentra erigido sobre la base del principio de la mayoría concretado en la asamblea parlamentaria y es complementario con el control de constitucionalidad débil. Este sería el ámbito en donde todas las voces participantes son escuchadas, bajo la exigencia de la deliberación de buena fe con base en argumentos racionales, a fin de que las diferentes perspectivas involucradas sean tenidas en cuenta ante la urgencia de un problema que amerita ser abordado<sup>162</sup>.

## II. DESACUERDO Y PROCEDIMIENTO POLÍTICO

### 1-NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO ANTE LOS DESACUERDOS

#### 1.1-En busca de un principio de equidad

Ante la existencia de desacuerdos sobre cuestiones sustanciales como los derechos, la justicia y el bien, Waldron se propone construir un modelo que pueda canalizar dichas discrepancias en el marco de una sociedad pluralista, aunque no termine por resolver los aspectos de fondo. En este sentido, buscar idear un método que requiera un acuerdo sustantivo mínimo pero que, al mismo tiempo, brinde de forma oblicua una respuesta adecuada a los problemas más acuciantes de la sociedad. Considera que en un contexto cultural marcado por el desacuerdo es un error preguntarse por cuál es la mejor concepción de la justicia o del bien a la que debe-

---

<sup>162</sup>Cfr. MTJR, pp. 81-82.

mos aspirar como sociedad. Por lo que, a primera vista, su foco de atención reside en la forma y no en la materia<sup>163</sup>.

Waldron busca un principio de equidad que permita abordar los desacuerdos de derechos, aunque ello no conlleve a disolver las discrepancias de los miembros de la sociedad por medio de un velo de ignorancia. Por ende, el principio a desenrañar debe respetar las diferencias dotándolas de voz a través del derecho a la participación<sup>164</sup>.

A este fin, diseña un método de toma de decisiones que, aunque no posibilita una avenencia absoluta entre los participantes en cuanto a las posibles conclusiones que puedan derivarse, trata de ser coherente con los presupuestos democráticos de la máxima *lo que afecta a todos debe decidirse por todos*<sup>165</sup>. De esa manera, pretende legitimar el resultado del procedimiento, no con base en el consenso unánime sobre cuestiones sustanciales, sino por medio de la participación de los protagonistas que se esfuerzan por deliberar de buena fe para llegar a un acuerdo en las circunstancias de la política.

En esta línea, Waldron analiza las siguientes cuestiones: ¿cuál es el procedimiento político más respetuoso de la democracia? ¿Será tirar una moneda al aire? ¿Subyugarse ante la voluntad omnímoda del rey hobbesiano? ¿Acatar la decisión de un grupo de expertos como si fuese un oráculo?, o sin ir más lejos, ¿aceptar la votación de los miembros de un Parlamento aunque el voto de la mayoría pueda acarrear una tiranía sobre las minorías? Sea cual sea la respuesta, advierte que el procedimiento de toma de decisiones mediante el cual se canalice el desacuerdo tiene que poder aplicarse también a aquellos miembros de la sociedad que discrepan con el resultado final. Por lo que la voluntad de ellos debe encontrarse integrada en la voluntad general que deba gobernar<sup>166</sup>. Es aquí que hay una condición esencial que cualquier procedimiento político no puede ignorar bajo pena de volverse arbitrario: debe respetar la dignidad de las personas. Aunque no refiere a una dignidad con sustento metafísico como la expresada en las Convenciones de Derechos Humanos, sino que es una dignidad entendida en los términos de Waldron, una concepción de dignidad al servicio de la democracia mayoritaria<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup>Cfr. DD, p. 190.

<sup>164</sup>Cfr. MTJR, p. 77.

<sup>165</sup>Cfr. DD, p. 138.

<sup>166</sup>Cfr. WALDRON, "Deliberation, disagreement, and...", p. 214.

<sup>167</sup>Jeremy WALDRON, "Dignity and Rank", en WALDRON, *Dignity, Rank, and Rights: The Tanner Lectures on Human Rights*, University of California, Berkeley, (2009) 209, pp. 231-232, (en adelante se abreviará con las iniciales DR).

Es bajo esta última premisa en donde el derecho de participación de los ciudadanos —*el derecho de los derechos* en palabras de Waldron— deviene en un requerimiento que cualquier procedimiento debe garantizar para hacer honor a la democracia. Así, considera que no hay peor menoscabo a un sistema democrático que los ciudadanos no puedan deliberar sobre las leyes por las cuales sus gobernantes ejercerán la administración de la *res publica*. Es por eso que, en clave waldroniana, el problema del desacuerdo exige una respuesta que reúna dos condiciones: 1-un procedimiento de resolución de conflictos con basamento en la equidad; 2-una autoridad representativa del pueblo que lo reproduzca en el contexto de una sociedad plural. De esta forma, entiende que el problema de la autoridad es coetáneo al diseño de un procedimiento de toma de decisiones. Ambos aspectos deben erigir una respuesta coherente con las discrepancias políticas que se suscitan en una sociedad marcada por el pluralismo<sup>168</sup>.

## 1.2-La decisión mayoritaria como respuesta

Como se mencionó en el epígrafe anterior, Waldron advierte la necesidad de establecer un procedimiento erigido sobre un principio de equidad que permita construir una base común para arribar a una acción colectiva. Manifiesta que este principio debe ser lo suficientemente eficaz para funcionar en una sociedad desordenada, donde las decisiones concernientes al bien público sean tomadas al calor de los desacuerdos. Por esto, dicho procedimiento debe permitir un abordaje que sea congruente con las circunstancias de la política y, en especial, que sea respetuoso de la democracia<sup>169</sup>.

El principio que el autor elige como respuesta al desacuerdo es *el principio de la decisión mayoritaria* que tiene asidero en las gradas del Parlamento, lugar en el que considera que todas las voces se encuentran representadas. Desde este punto de partida Waldron defiende una forma democrática de gobierno orientada al poder de las mayorías mediante la concreción del derecho de participación política —una democracia sustentada en argumentos de forma—<sup>170</sup>. Advierte que existe una conexión entre el respeto de los derechos de las personas y el respeto de sus capacidades para actuar como agentes políticos; es decir, para decidir reflexivamente el conte-

---

<sup>168</sup>Cfr. DD, pp. 223-224.

<sup>169</sup>Cfr. Idem, p. 129.

<sup>170</sup>Cfr. Sergio VERDUGO R., “La Discusión Democrática sobre la Revisión Judicial de las Leyes de Diseño Institucional y Modelos Constitucionales”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40 (2013) 181, p. 189.

nido de sus derechos y los procedimientos de toma de decisiones mediante los cuales se gobernarán a sí mismos<sup>171</sup>.

En este sentido, Waldron destaca que el principio de las mayorías constituye la quintaesencia que un procedimiento político debe salvaguardar en una sociedad cuyos miembros discrepan sobre cuestiones sustanciales y formales. De esta manera, advierte que en un contexto caracterizado por el pluralismo es necesario que alguien tenga la última palabra sobre las decisiones políticas que conciernen a los derechos, prefiriendo la autoridad del pueblo a través de la votación precedida por una deliberación respetuosa de la diversidad de opiniones, ante otros procedimientos alternativos de toma de decisiones como podrían ser lo mencionados con antelación –el azar, el sometimiento a la voluntad omnímoda de un rey o el conocimiento experto de un puñado de individuos–<sup>172</sup>.

En este sentido, Waldron es consciente que el principio de las mayorías necesita de argumentos que legitimen su predilección como mecanismo de respuesta ante las discrepancias que puedan suscitarse en la política. Por eso, se esmera en señalar las razones por las que considera que el mayoritarismo, lejos de constituir un mero mecanismo técnico para dirimir las controversias, deviene en el procedimiento más apropiado para abordar los desacuerdos<sup>173</sup>. En este sentido, el profesor neozelandés expresa:

Por lo tanto, deberíamos tener una teoría que explique por qué es razonable exigir a las personas que se sometan a la decisión de la mayoría, no solo

---

<sup>171</sup>Cfr. DD, pp. 353-354.

<sup>172</sup>Cfr. Idem, p. 129; Cfr. WALDRON, “Deliberation, disagreement, and...”, p. 215. Bayón advierte, evocando el pensamiento de Kenneth May, que la decisión de la mayoría es satisfactoria en términos morales siempre que se cumplan dos condiciones: 1-que la votación sea directa; 2-que solo se vote una única cuestión en la cual solamente existan dos opciones en disputa. Por ende, la democracia representativa no podría encuadrarse dentro de estas condiciones. Indica que cuando se deciden por mayoría cuestiones que se encuentran conectadas entre sí –de manera que la preferencia por una opción se encuentra sujeta a lo que se decida por la otra-, sumado a que cada cuestión tiene dos o más opciones, puede suceder que pierda la opción que habría ganado en caso de compararse una a una con otras –la que sería ganadora en la lógica de Condorcet–; sumado a que también podría darse el caso de que no exista una ganadora al estilo Condorcet, como bien ocurre cuando el aditamento de preferencias deriva de mayorías cíclicas. Por lo que en tales casos la decisión de la mayoría podría resultar caótica vulnerando el derecho de los ciudadanos de participar condiciones de igualdad. Cfr. Juan Carlos, BAYÓN, “Derechos, democracia y constitución”, en Francisco Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 86-87.

<sup>173</sup>Cfr. DD, p. 130.

## CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS

por su propio interés, sino también por sus convicciones más imparciales, serias, más elevadas sobre lo que requiere la justicia o el bien común<sup>174</sup>.

En esta línea, enumera las siguientes razones para fundamentar el principio de las mayorías:

a-Respeto de las diferencias: la decisión mayoritaria respeta las diferencias en cuestiones sustanciales que puedan suscitarse entre los individuos, dejando que todas las voces sean escuchadas y sin restarles importancia, en especial, a aquellas que representan a las minorías. Waldron resalta que el peligro más drástico en una sociedad es el de considerar la opinión del otro como indigna de ser escuchada bajo la suposición de que está basada en cuestiones de autointerés, prejuicio o ignorancia. En este sentido, vuelve a señalar las *cargas de juicio* de Rawls como explicación de que la diversidad de experiencias, inteligencias y perspectivas conlleva a que las personas discrepen acerca de cuál es el contenido y alcance de sus derechos aun cuando actúen en forma razonable<sup>175</sup>.

b-La voluntad general como *algo nuestro*: el mayoritarismo integra el principio en virtud del cual, independientemente de la decisión resultante, la misma será considerada como *nuestra* por todos los participantes de la sociedad, integrando también a aquellos que se encuentran en disidencia. Esto se debe a que la unanimidad del consenso no es el resultado que se pretende buscar, sino el logro de una acción colectiva forjado al calor de los desacuerdos, bajo la aceptación de que las discrepancias constituyen la regla y no una patología del debate político. Sin embargo, Waldron subraya, una vez más, que las voluntades individuales se verán reflejadas en la voluntad general siempre y cuando las mismas sean escuchadas respetuosamente sobre las cuestiones que conciernen a todos. En este sentido, considera que el hecho de que un grupo de individuos haya arribado a una decisión en común respetando las diferencias entre los agentes involucrados es una razón suficiente para que la decisión final sea legítima<sup>176</sup>.

c-Es un procedimiento *eficiente y estable* para dirimir los desacuerdos de fondo: Waldron compara el principio de la mayoría con el azar, más precisamente, con la acción de lanzar una moneda al aire para tomar una decisión y así resolver los desacuerdos. Aunque señala con un sentido de congruencia que nadie en su sano juicio consentiría que las leyes de un Parlamento se aprueben en función del azar, ya que sería un acto ridículo e irresponsable. Se pregunta, ¿es suficiente el funda-

---

<sup>174</sup>Cfr. WALDRON, "Deliberation, disagreement, and...", p. 215, (la traducción es mía).

<sup>175</sup>Cfr. DD, pp. 131, 133-135.

<sup>176</sup>Cfr. Idem, pp. 131, 136-137.

mento de la eficiencia para legitimar la decisión mayoritaria en comparación con el azar? Considera que no porque la eficiencia debe estar acompañada de la habilidad para resolver un problema con cierta aspiración de finalidad. Sostiene que esta cualidad es la que imprime una ventaja en favor al principio de las mayorías, ya que en caso de volverse a lanzar nuevamente la moneda para finiquitar la cuestión el resultado podría ser distinto al del primer intento, por lo que no habría estabilidad. En contraste, el voto de las mayorías otorga cierta estabilidad haciendo que el resultado de la primera vez se mantenga en el tiempo, aunque no sea para siempre. La decisión perdurará hasta que cambie la composición de la asamblea por lo que las leyes podrán ser revisadas en el futuro. Por eso, lo que hace eficiente a la decisión de las mayorías es su combinación entre no-finalidad y estabilidad<sup>177</sup>.

d-Atribución de *igual peso o potencia* a la decisión de cada individuo: Waldron sopesa el principio de las mayorías con el método hobbesiano para indicar que el procedimiento político basado en el mayoritarismo tiene la ventaja de asignar un peso uniforme a cada uno de los individuos que participan de la votación. En cambio, arguye que el modelo del autor del *Leviatán* se reduce a otorgar una fuerza preponderante a la decisión de un solo individuo –el Soberano– que si bien fue elegido libremente por los individuos, una vez instituido en el poder su figura omnímoda aminora el peso de la voluntad de los súbditos. En otras palabras, el modelo político de Hobbes solo otorga importancia a una de las partes del desacuerdo en detrimento de las disidentes, a diferencia de la decisión mayoritaria que reviste de igual poder a la posición de cada individuo durante el proceso deliberativo, luego del cual se terminará por elegir una de ellas como representativa de todos los participantes. Al mismo tiempo, subraya que dicho método otorga un poder de decisión máximo a cada individuo en particular, ya que la perspectiva compartida y el consiguiente voto de cualquiera de ellos puede ser decisivo en la toma de decisiones, por lo que dicho poder solo se encuentra limitado por la igualdad<sup>178</sup>.

e-No fundamentado en criterios sustanciales: por último, en aras a legitimar el principio de la decisión mayoritaria como el más equitativo posible, Waldron resalta que podría malinterpretarse y pensarse que un procedimiento de tal índole es

---

<sup>177</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, *Yale Law Journal*, 123 (2014) 1692, pp. 1710-1712; Cfr. DD, pp. 136-137. Corresponde mencionar que este es uno de los argumentos centrales del principio de la decisión mayoritaria, por el cual la misma –a diferencia de otros procedimientos– se encuentra dotada de un valor intrínseco. Ya que este principio reconoce a los individuos como agentes morales que son iguales en dignidad, toda vez que respeta la igual capacidad epistémica entre las personas para gobernarse a sí mismas mediante el ejercicio del derecho de participación política. BAYÓN, “Derechos, democracia y...”, pp. 65, 75.

<sup>178</sup>Cfr. DD, pp. 137-138.

injusto para aquellas personas eruditas que tienen un conocimiento experto, toda vez que su voto tendría el mismo peso que el de un individuo poco instruido. En este sentido, resalta que, en verdad, lo inequitativo sería sostener un criterio de sabiduría en virtud del cual el voto de ciertas personas tenga más peso que el de otras, bajo el argumento legitimante de que dicha decisión resguarda el pensamiento de los redactores de la Constitución. El profesor funda esta posición alegando que existen desacuerdos sustanciales sobre lo que significa que una decisión sea valorada como justa o sabia a los ojos de la sociedad. Por consiguiente, considera que decidir en virtud de un estándar sapiencial implicaría menospreciar la igualdad de todos los ciudadanos. Resalta que en una sociedad donde reina el desacuerdo la noción de respeto no puede construirse sobre un contenido sustancial –como el criterio de sabiduría– sino que el respeto debe estar enfocado en la equidad del procedimiento<sup>179</sup>.

En conclusión, el respeto a las diferencias hacia todos los individuos con prescindencia de algún criterio sustantivo, el otorgamiento de un poder máximo a la voluntad de cada individuo, la combinación entre eficiencia y aspiración de finalidad de la decisión resultante, son algunas de las razones que Waldron esgrime para legitimar la decisión mayoritaria como método óptimo para abordar el desacuerdo. De esta manera, como se detalló previamente, demuestra que la misma respeta la decisión de todas las voluntades individuales sin enaltecer unas sobre otras, obediendo así el ideal democrático en virtud del cual las decisiones políticas deben ser tomadas por la voluntad general forjada por la voz del pueblo representada en el Parlamento. Esta premisa se encuentra íntimamente conectada con la necesidad de una autoridad que tome la decisión final, autoridad que descansa en la voluntad de los miembros que pertenecen a una comunidad y participan de los desacuerdos por medio de sus representantes. Por ende, la participación de los ciudadanos a través del principio de la autodeterminación –*self-determination*– al calor de las discrepancias, es lo que termina por legitimar la voluntad general<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup>Cfr. Idem, pp.138-140.

<sup>180</sup>Remarcando la necesidad de legitimar el principio de soberanía popular, Waldron se sirve de las palabras de Aristóteles: «Hay algunas artes cuyos productos no son juzgados únicamente, o de mejor modo, por los propios artistas, en especial, aquellas artes cuyos productos son reconocidos incluso por aquellos que no poseen el arte; por ejemplo, el conocimiento de la casa no se limita solo al constructor; el usuario, o, en otras palabras, el dueño de la casa será mejor juez que el constructor, así como el piloto juzgará mejor un timón que el carpintero, y el invitado juzgará mejor un banquete que el cocinero». Jeremy WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge: University Press, 1999, p. 104, (en adelante DL). (La traducción es mía).

## 2-DIGNIDAD DEL PROCEDIMIENTO DEMOCRÁTICO Y DE LA LEY

### 2.1-Críticas

Waldron señala que el lugar en donde el principio de la mayoría se materializa es en el recinto parlamentario, la usina donde los representantes del pueblo deliberan de buena fe, manifestando sus discrepancias, a fin de llegar a un acuerdo que permita forjar una acción común. Por eso, antes de explicar cuestiones relacionadas con la autoridad de la legislación, o con la importancia de la deliberación y su posterior votación, el autor neozelandés se propone exponer y refutar los argumentos que desacreditan al Parlamento como elemento fundamental y necesario de la democracia<sup>181</sup>.

De esta manera, Waldron describe las críticas al rol del Parlamento erigidas por distintos pensadores políticos.

En relación a la posible ignorancia de los legisladores que cuentan con información limitada y una capacidad de razonamiento empobrecida, Waldron también resalta la posición de James Madison en *El Federalista* que describe lo propenso que son las asambleas multitudinarias a dejarse guiar por la pasión como consecuencia de sofismas y recursos retóricos que no son más que el eco de un espíritu oligárquico. Aparte de este argumento, también destaca la preocupación de algunos filósofos políticos sobre lo proclive que son las masas de dividirse y formar facciones, circunstancia que ya había señalado Hobbes en el *Leviatán, un monarca no puede dividirse contra sí mismo*<sup>182</sup>. Por último, otro argumento que objeta el papel del Parlamento se centra en su imposibilidad fáctica para coordinar acciones comunes a fin de arribar a resultados satisfactorios; en esta línea Blackstone coincide con Rousseau sobre lo dificultoso que sería para un grupo numerosos representantes, cuyas opiniones discrepan entre sí, constituir un sistema legislativo viable. De la misma manera piensa Bagehot, quien rechaza la idea de que las leyes resultantes de una reunión multitudinaria puedan ser coherentes cuando son fruto de una asamblea compuesta de diversos elementos en lo concerniente a lenguaje, naturaleza, intereses, entre otros factores<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup>Cfr. DD, p. 85.

<sup>182</sup>Cfr. Idem, p. 118.

<sup>183</sup>Cfr. Idem, pp. 85-89.

## 2.2-Capacidad representativa

Contra dichas objeciones al Parlamento Waldron elabora una batería de argumentos y comienza por citar las palabras de Nicolás Maquiavelo que, hace cinco siglos atrás, expresaba que era ilusorio pensar que la calma y la solemnidad en las asambleas eran signos de una buena política o que, por el contrario, los gritos eran una patología política. El ex diplomático florentino enseñaba estas palabras:

A mí me parece que aquellos que condenan los tumultos entre los nobles y los plebeyos culpan estas cosas que constituyeron la primera causa para mantener a Roma libre, ellos consideran los ruidos y los gritos que surgirían en tales tumultos más que los buenos efectos que engendraron<sup>184</sup>.

Al respecto, el profesor neozelandés advierte que es un error considerar al Parlamento como una entidad única que produce leyes en un contexto de homogeneidad, sin discrepancias, como lo haría el monarca de Hobbes. En sentido contrario, sostiene que el Parlamento debe ser considerado como un órgano plural y soberano constituido por centenares de personas, cuya función es internalizar el desacuerdo a través de sus representantes a fin de arribar a una solución colectiva. Waldron subraya que los legisladores se encuentran en pie de igualdad en lo concerniente a la creación de leyes, y que comparten experiencias y perspectivas heterogéneas sobre los temas políticos más acuciantes de una sociedad. Por lo que es natural que muchas veces las leyes deriven en discusiones acaloradas en las que cada legislador trata de defender los intereses de su partido político<sup>185</sup>.

En la misma línea, el profesor neozelandés cita las palabras de Mill, quién siendo consciente de las objeciones contra el Parlamento no dejó de expresar el rol necesario de su existencia a los fines de fortalecer la democracia:

Los enemigos de las asambleas representativas les reprochan frecuentemente ser el asiento triunfante de la charlatanería. No sé cómo una Asamblea representativa pueda emplear su tiempo más útilmente que hablando, cuando los asuntos de sus discursos son los grandes intereses públicos, y cada uno de ellos representa la opinión de una clase importante del país o de un individuo en quien una de esas clases ha depositado su confianza. Un congreso en que cada interés, cada matiz de la opinión puede ver sostenida su causa, y sostenida con pasión, en frente del Gobierno y los demás intereses y opiniones, puede hacer que éstos escuchen su voz y digan sí a

---

<sup>184</sup>DL, pp. 34-35, (la traducción es mía).

<sup>185</sup>Cfr. DD, pp. 37-38; Cfr. DL, pp. 61-63.

sus exigencias, o demuestren claramente por qué dicen «no». Es una de las instituciones políticas más importantes del Gobierno libre<sup>186</sup>.

En este sentido, Waldron subraya que el rasgo fundamental que concede autoridad al Parlamento es su legitimidad democrática, la cual descansa en el hecho de que los legisladores deliberan de buena fe en representación de diversos intereses de la sociedad que muchas veces son adversos, tratando así de forjar una acción en común sin dejar de lado sus diferencias, las cuales quedarán reflejadas en una ley<sup>187</sup>. Esta legitimidad parlamentaria no se encontraría directamente relacionada con la participación popular, ya que es un hecho que en las elecciones de representantes participan menos personas que en las de presidente. Tampoco se identificaría con el tamaño del Parlamento ya que, muchas veces, éste no connota la mejor expresión para remplazar a la participación ciudadana directa. Por ende, es meritorio enfatizar que cuando se habla de legitimidad democrática a lo que se hace referencia es al proceso de creación legislativa que conecta un proyecto de ley con una multiplicidad de personas, idiomas, regiones y demás circunstancias diversas a las que, una vez promulgado en ley, ésta deberá aplicarse. Es en este proceso donde convergen los intereses del pueblo, y donde la deliberación democrática deviene en un factor imprescindible que termina por investir de autoridad al producto jurídico de la decisión mayoritaria<sup>188</sup>.

### 2.3-Capacidad deliberativa

Como se señaló en un principio, el método de la decisión mayoritaria no es estático, ya que los representantes del Parlamento no se reducen a votar, sino que también deliberan. En este sentido, lejos de concebir al Parlamento como una caja de resonancia de donde nada bueno puede salir, Waldron procura explicar cuál es

---

<sup>186</sup>DD, p. 85.

<sup>187</sup>Cfr. WALDRON, “Deliberation, disagreement, and...”, pp. 210-215.

<sup>188</sup>Cfr. DD, pp. 66-68. En relación a la democracia es menester subrayar que Waldron se encuentra a favor de una democracia representativa y no de una democracia directa –como podría ser la de Atenas–. Esto se debe a varias razones: la representación permite un nivel de abstracción que hace posible despersonalizar los reclamos, lo que favorece la deliberación y hace posible sancionar leyes generales –no enfocadas en cuestiones particulares. A su vez, permite que las decisiones no se tomen al instante, sino después de una deliberación en la que se hayan sopesado todas las diversas perspectivas. De igual modo, es imposible pensar en una estructura que pueda dar lugar a una deliberación fructífera entre millones de personas. Expresa Waldron citando a Urbinati: «La representación, por su parte, “crea distancia entre los momentos de discurso y decisión y, en ese sentido, posibilita un escrutinio crítico al mismo tiempo que blindo a los ciudadanos del acoso de palabras y pasiones que engendra la política». WALDRON, “Representative Lawmaking”, p. 353. Para una defensa de la democracia representativa, véase: Nadia URBINATI, “Representation as Advocacy: A Study of Democratic Deliberation”, *Political Theory*, Vol. 28 (2000) 758-786.

## CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS

el fundamento de la deliberación en un sistema democrático a través del *argumento aristotélico*, también conocido como *la doctrina de la sabiduría de las multitudes*. A modo de darse a entender, cita la metáfora culinaria del estagirita:

(...) Al igual que sucede en un festón en el cual muchas contribuciones son mejores que una cena provista de un bolsón singular, en una polis, cada individuo tiene una sabiduría y excelencia práctica, que cuando se junta con otros pareciese un solo hombre que tiene muchos pies, muchas manos, y sentido, lo mismo sucede con respecto a su carácter y pensamiento<sup>189</sup>.

Por consiguiente, Waldron explica que si se considera a los individuos en particular, cada uno de ellos será inferior al más sabio entre ellos, pero si se los considera en unidad, como un cuerpo capaz de deliberar colectivamente, sucederán dos peculiaridades diferentes, una consecuencia de la otra: 1-los miembros de la sociedad se beneficiarán y crecerán en experiencia, conocimiento, visión y juicio, ya que compartirán su sabiduría enriqueciéndose mutuamente, a diferencia del hombre más sabio que, por encontrarse aislado, no puede aspirar a este recurso de progresión; 2-y, por consiguiente, dichos miembros que integran un cuerpo colectivo serán capaces de tomar mejores decisiones que cualquier miembro individual de dicho cuerpo, por más erudito que éste sea<sup>190</sup>.

Para que las voces representadas en el Parlamento puedan deliberar de una manera ordenada en aras a forjar una acción colectiva Waldron propone una serie de reglas estrictas a seguir. En este sentido, señala que las ventajas aristotélicas que brotan de una asamblea polifónica como foro para tratar los desacuerdos necesita reglas que versen sobre diversas cuestiones como, por ejemplo: el inicio y finalización de los debates, la regulación de derecho a la palabra en lo que concierne a turno y duración, el derecho a réplica, reglas para evitar el entrecruzamiento de asuntos que hagan perder el foco de la deliberación, la determinación de la agenda en lo concerniente a la materia a tratar y su orden, la forma en que deben elegirse los temas que serán abordados, la forma de tomar las decisiones finales y concreti-

---

<sup>189</sup>DL, pp. 92-93, (la traducción es propia).

<sup>190</sup>Cfr. Idem, pp. 93-94. En este sentido, Gilbert señala que Aristóteles creía que las virtudes humanas solo podían florecer en una comunidad organizada a través del ejercicio de la deliberación pública. Consideraba que una sociedad distinguida por la deliberación no podía ser ajena a las ideas de: ciudadanía como requisito para ser gobernante y gobernado, el ideal del autogobierno de la comunidad como condición insoslayable para forjar una unidad ética entre los ciudadanos y la idea de la necesidad de aspirar al bien común para lograr el florecimiento de cada uno de los individuos. Ideas que solo pueden concretizarse mediante el intercambio respetuoso de conocimientos, experiencias y deseos. Alan GILBERT, "On the Objectivity of Morals: Thoughts on Gilbert's Democratic Individuality", *California Law Review*, 80 (1992) 1361, p. 1384.

zarlas, entre otras. Fundamenta esta necesidad desde el pensamiento de Hannah Arendt:

Los representantes sienten la necesidad de lo que Hannah Arendt ha descrito como el «entresijo de la política»: un conjunto de reglas y procedimientos duraderos de un espacio público, una «estructura secular estable que dará albergue, por así decirlo, a su poder colectivo de acción»<sup>191</sup>.

Por consiguiente, Waldron reconoce la importancia de la deliberación como herramienta para mejorar el método de la decisión mayoritaria y, en línea con Carlos Nino, coincide que «la virtud prima de la democracia deliberativa reside en su capacidad de transformar los intereses y preferencias de las personas a través del mecanismo colectivo de la deliberación»<sup>192</sup>. En este sentido, aparte de la necesidad de aunar los esfuerzos, resalta implícitamente la necesidad de alcanzar un apoyo mayoritario que fortalezca la decisión final –otorgándole eficacia y estabilidad–, es lo que hace que los individuos tomen en cuenta la diversidad de intereses. Sin embargo, Waldron remarca que la deliberación no debe ser vista como un mero medio para arribar a un consenso unánime sobre cuestiones sustanciales, ya que concebir dicho desafío como la lógica interna implicaría desconocer la naturaleza de un sistema democrático en donde reinan las discrepancias y el pluralismo de intereses<sup>193</sup>. También advierte, apartándose en cierto aspecto de Nino, que no es una tarea sencilla discernir con claridad cómo la deliberación transforma y encamina voluntades imparciales –*inputs*– en mejores decisiones resultantes –*outputs*–, resguardando así el interés personal de los votantes. Resalta que, de todas maneras, es una realidad que el desacuerdo persistirá después de la votación aun cuando la autoridad respete la voluntad general sobre el modo en cómo la ley resultante ha sido forjada. En otras palabras, Waldron advierte la existencia de desacuerdos sobre cuestiones de fondo, y resalta la necesidad de dirimir la situación mediante la

---

<sup>191</sup>DD, pp. 92-94.

<sup>192</sup>WALDRON, “Deliberation, disagreement...”, p. 210. Waldron describe las siguientes características de la democracia deliberativa enunciadas por Nino: «La principal virtud de la democracia deliberativa, según Nino, era su capacidad de "transformar los intereses y preferencias de la gente" mediante el mecanismo de deliberación colectiva. El método de diálogo deliberativo y toma de decisiones por mayoría tiene, dijo, “una tendencia mayor de llegar a soluciones imparciales que cualquier otro método de tomar decisiones que afecten al grupo, como el que brinda la reflexión de un individuo aislado”. En una democracia, todo el mundo tiene derecho a una audiencia. En una democracia organizada en torno a la idea de deliberación, el avance de los intereses de uno debe ir acompañado de una explicación de su importancia que posiblemente pueda atraer a otros (es decir, algo que se acerque a una justificación). Y en una democracia deliberativa donde las decisiones se toman por mayoría de votos, todo el mundo tiene interés en maximizar el número de otros que acaban apoyando el punto de vista que está planteando». Ibidem, (la traducción es mía).

<sup>193</sup>Cfr. Idem, p. 219.

deliberación y posterior votación, aunque añade que este aspecto no implica que los individuos deban abandonar sus posiciones y dejar de votar a favor su propio interés<sup>194</sup>.

En este sentido, resalta que un rasgo importante para que la deliberación política sea fructífera se encuentra en la actitud epistémica que los agentes tienen con sus propias creencias y, en particular, con las creencias de los demás. En este aspecto, Waldron vuelve al problema de la existencia de una verdad objetiva, y siendo fiel a su pensamiento emotivista, explica que en la actividad deliberativa es muy importante cómo tratamos las creencias de los demás sobre cuestiones sustanciales en la que no estamos de acuerdo. En sus propias palabras:

El respeto tiene que ver con la manera en que tratamos las creencias de los demás sobre la justicia en circunstancias en las que ninguna de ellas es autojustificativa, y no con cómo consideramos la verdad sobre la justicia misma, que, después de todo, nunca aparece en política *in propria persona*, sino sólo, si es que lo hace, en forma de la creencia controvertible de alguien<sup>195</sup>.

Por consiguiente, el profesor considera que es necesario construir una teoría que explique por qué es razonable requerir a los individuos que se sometan a la decisión mayoritaria, no solo por sus propios intereses, sino también por sus convicciones más profundas en lo concerniente al bien común y la justicia<sup>196</sup>.

En definitiva, la importancia del Parlamento reside en su capacidad de canalizar perspectivas diversas que surgen de culturas diferentes, mediante el debate deliberativo que realizan sus representantes en el marco del desacuerdo, a fin de forjar la voluntad general. De esta manera, la representatividad acompañada por la puesta en común de experiencias heterogéneas deviene en una característica que ningún otro órgano de poder, ni ningún individuo considerado aisladamente, puede equiparar a los efectos de poder materializar el principio de autogobierno. He aquí que el Parlamento se erige como la usina elemental en donde deben tomarse las decisiones fundamentales concernientes al interés general, en aras a reivindicar la

---

<sup>194</sup>Cfr. Idem, pp. 213-214.

<sup>195</sup>DD, p. 134.

<sup>196</sup>Cfr. WALDRON, "Deliberation, disagreement, and...", p. 215.

democracia como la forma de gobierno más respetuosa del crisol de voces que la integran<sup>197</sup>.

#### 2.4-La dignidad de la ley

El árbol se conoce por sus frutos, si el árbol es bueno es de esperarse que sus frutos también lo sean, pero si su albura se encuentra corrompida sus frutos dejarán de ser apetitosos. Lo mismo sucede con el Parlamento y sus leyes, puesto que la labor del Parlamento se materializa en la ley, la legitimidad de esta última se encuentra profundamente imbricada al buen funcionamiento de aquél.

Por eso, aparte de la defensa acérrima del papel que cumple el Parlamento, otro de los rasgos fundamentales del pensamiento político de Waldron es la valoración positiva que le atribuye a la ley como fuente de derecho y desenlace final de la deliberación acaecida en una asamblea polifónica en donde reinan disconformidades políticas. En este sentido, alude a la *dignidad de la legislación* para hacer alusión al fundamento en donde se asienta su autoridad. Sostiene que la autoridad de la ley reside en el logro de haber sido aprobada –y posteriormente promulgada– en una asamblea integrada por ciudadanos que discrepan sobre los problemas sustanciales que existen en una sociedad caracterizada por la pluralidad de perspectivas e intereses. Expresa:

Nuestro respeto por la legislación es en parte el tributo que debemos pagar por el logro de la acción colectiva, concertada, cooperativa o coordinada en las circunstancias de la vida moderna<sup>198</sup>.

Por otra parte, como se mencionó con antelación, el autor enuncia que la *pre-tensión de la ley* no consiste en la necesidad de que la misma sea aprobada por unanimidad, ya que ésta procura tener autoridad sobre todos los ciudadanos y no solamente sobre la mayoría que votó a favor de su aprobación. En este aspecto, la ley es concebida como una acción en conjunto frente a la realidad del desacuerdo y no como un trofeo de la mayoría. Por tanto, puede apreciarse que Waldron se aleja de las corrientes liberales modernas que fundamentan la autoridad de la ley en la *voluntad del Parlamento soberano*, concibiéndola como una especie de contrato social para escapar del estado de naturaleza. Por el contrario, más bien se enfoca en el proceso de construcción de la legislación en el marco de un contexto matizado por

---

<sup>197</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, “Legislating with Integrity”, *Fordham Law Review*, 72 (2003) 373, pp. 383-384.

<sup>198</sup>DD, p. 123.

las circunstancias de la política actual. Por ende, la legitimidad de la ley no se encuentra cimentada sobre un argumento sustancial –como, por ejemplo, en la presunción de que el rey se encuentra revestido de un poder especial que lo hace idóneo para gobernar– sino en un argumento de forma. El modo en que se construye la ley es el factor preponderante que la dota de dignidad y autoridad<sup>199</sup>.

En esta línea, una de las consecuencias que se traslucen en relación con la autoridad de la ley que aspira a gobernar sobre todos los individuos, es la obligación jurídica que despierta en cada ciudadano para participar en el proceso de construcción legislativa. Waldron advierte que, si se concibe una democracia, luego de haber reflexionado y deliberado libremente con sus pares, cada ciudadano puede pensar que su participación es impersonal. Esto se debe a que al finalizar la votación cada voto se confundirá entre los de la multitud, y por ende su implicancia en el resultado final será insignificante, pudiendo considerar, llegado el caso, que la decisión mayoritaria no respeta su elección. Sin embargo, subraya que el voto es verdaderamente relevante por la simple razón que en una sociedad hay objetivos de gran escala que solo pueden ser cumplidos si se actúa en sociedad, es decir, si se actúa a gran escala. Explica que esta no es una concepción reducida a proporciones, sino que, sobre todo, es una cuestión de responsabilidad moral y de valoración del bien público. Señala:

Si el problema afecta a millones de personas, un procedimiento de toma de decisiones respetuoso requiere que millones de personas se escuchen los unos a los otros y acuerden una política común de forma que se tomen en cuenta las opiniones de todos<sup>200</sup>.

En conclusión, la relevancia de la ley reside en que es la expresión popular por antonomasia en virtud de la cual los hombres se gobiernan a sí mismos. En ella se manifiesta la voluntad general que representa la decisión individual de los ciudadanos. Sin embargo, para que goce de autoridad es necesario que el procedimiento de deliberación y aprobación desarrollado en el Parlamento sea respetuoso de las diferentes perspectivas en conflicto. Si esto no sucede, la autoridad de la ley queda menoscabada y no existe fundamento suficiente para que la misma sea respetada por aquellas minorías que votaron en disidencia de su aprobación, a excepción, claro está, de la noción de autoridad hobbesiana. Esta afirma que la autoridad gobierna no por su representatividad sino porque tiene el poder de garantizar el orden público a través de la fuerza. En este último caso, la ley, lejos de ser un pronuncia-

---

<sup>199</sup>Cfr. Idem, pp. 10, 14, 18.

<sup>200</sup>Idem, p. 133.

miento de la democracia, no sería otra cosa que la voluntad individual de un soberano omnímodo<sup>201</sup>.

### III-DIGNIDAD HUMANA Y DESACUERDO

#### 1-LOS FUNDAMENTOS ÚLTIMOS DE LA DEMOCRACIA

##### 1.1-Dignidad humana y capacidad en la toma de decisiones políticas

Waldron considera que una teoría de la democracia basada en derechos debe descansar en una concepción de la dignidad humana que sea coherente con su práctica. Por tanto, en aras a construir una concepción idónea de la democracia, considera que es menester preguntarse por la idea de ser humano. Advierte que, si la imagen del ser humano es la de un animal egoísta que solo aspira a satisfacer su propio interés y que, por ende, no puede levantar la mirada para pensar en el bien de los demás; dicha percepción implicará un menoscabo a la democracia porque en virtud de ella se tratará de reducir la participación del pueblo bajo el argumento de que sus miembros son ineptos para el gobierno de la *res publica*. Por consiguiente, las objeciones de los críticos del poder legislativo volverían a resurgir<sup>202</sup>. El autor considera que una de las consecuencias de sembrar una imagen negativa del hombre es el cercenamiento al poder de los legisladores por considerarlos portadores de los mismos atributos negativos con que se etiqueta al Parlamento –usina de ideas que brotan de la charlatanería–. Explica que esta visión tiene como corolario la legitimación del control de constitucional en poder de los jueces, potestad que se encuentra arraigada al criterio de sabiduría en la toma de decisiones para resolver los

---

<sup>201</sup>Cfr. Idem, pp. 141-142.

<sup>202</sup>Cfr. Idem, p. 264.

problemas de índole general. En esta línea, como se observará en epígrafes posteriores, lo que Waldron quiere tratar de evitar es que las decisiones más fundamentales de una sociedad caigan en manos de un grupo de expertos que, desde su perspectiva, no cuenta con credenciales democráticas suficientes que legitimen su accionar.

Waldron rechaza esta imagen del ser humano y propone una alternativa respetuosa de las circunstancias que caracterizan a la sociedad contemporánea. En este sentido, explica que la concepción de la dignidad humana es un valor fundamental que se encuentra íntimamente vinculado con dos ideas: 1-la idea de igualdad entre las personas, una igualdad que descansa en la idea de que las personas comparten un mismo status o rango social; 2-la idea de derechos humanos, ya que la dignidad es el principio angular que les otorga fundamento, contenido y estructura<sup>203</sup>. Por eso, a fin de comprender su relevancia en el pensamiento político waldroniano es meritorio preguntarse: ¿de qué postulados parte el autor para construir su concepción de la dignidad humana? Bajo este interrogante corresponde mencionar que el profesor neozelandés expresa que la dignidad no necesita ser tratada, en primera instancia, como un ideal aunado con una concepción moral, o como un ideal de carácter cuasi sagrado –como la concibe el realismo moral–, o como una idea moral heredada de la tradición filosófica –desde Cicerón a Kant–, o como se encuentra enunciada en el preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos Civiles y Políticos–. Por ello, es erróneo afirmar que Waldron es un fundacionista puesto que no parte de postulados sustanciales para definir lo que debe entenderse por dignidad humana<sup>204</sup>. Para el autor la falta de una definición canónica de dignidad, incluso dentro del derecho internacional de los derechos humanos, trae como desafío la necesidad de construir argumentos que precisen lo que debe entenderse por dignidad. Del mismo modo, considera que la jurisprudencia tampoco resuelve esta cuestión ya que se encuentra *en progreso*, por lo que su valor dis-

---

<sup>203</sup>Cfr. DR, p. 210.

<sup>204</sup>Waldron expresa que es común que las leyes de derechos humanos –Convenio Internacional de los derechos Civiles y Políticos– sugieran que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos, por ejemplo, «derechos derivados de la dignidad inherente a la persona humana». Sin embargo, el autor prefiere alejarse de una noción de dignidad basada en una moral de raigambre realista y se acerca a Joseph Raz, a quién cita de modelo subrayando su visión constructivista de la dignidad humana, la cual se encuentra dotada de un aspecto funcional. Cfr. Idem, pp. 209, 245. De la misma manera, expresa el profesor neozelandés resaltando la naturaleza constructiva de la dignidad: «(...) incluso si se concibe como una respuesta a los hechos morales objetivos de la dignidad humana inherente, todavía el status legal –la igual dignidad legal– debe entenderse como un artificio humano construido, con toda la fragilidad, mala fe y el carácter destartado de construcciones humanas». Jeremy WALDRON, “How Law Protects Dignity”, *The Cambridge Law Journal*, 71 (2012) 200, p. 215, (en adelante se abreviará con las siglas «HLPD»). (La traducción es mía).

tintivo debe ser discernido por medio de una interacción con otros valores<sup>205</sup>. De este modo, llega a resaltar que así como Juan Pablo II concibió una definición de dignidad humana para el mundo católico, también es necesario pergeñar una concepción que integre los postulados de aquellos que no adhieren a una confesión determinada, una concepción que sea más abarcativa y pueda adecuarse a las exigencias de la democracia<sup>206</sup>.

De este modo, en aras a discernir cómo debe interpretarse la dignidad humana en clave waldroniana, puede observarse que el profesor se aleja de concebirla como el objetivo o fin de los derechos humanos, y prefiere entenderla como un estado normativo *–normative status–* a fin de subrayar la idea de que existen ciertos *status* que deben ser reconocidos en toda persona y tomados en serio mediante la forma en que son reglamentados. Expresa:

Creo que es mucho más sensato sostener que la dignidad es un status normativo y que muchos derechos humanos pueden ser entendidos como manifestaciones de dicho status (la relación entre un status y sus manifestaciones no es idéntica a la relación entre un objetivo y los diversos principios subordinados que lo promueven; es mucho más parecida a la relación entre un grupo y sus elementos)<sup>207</sup>.

A su vez, define al *status* como:

---

<sup>205</sup>Cfr. WALDRON, “Conference: The Distinctive Value of Human Dignity”, pro-manuscrito, pp. 28-30. La presente conferencia fue impartida por Waldron en la Facultad de Derechos de la Universidad de Buenos Aires el día 24 de agosto del 2018 en el marco de las «XXXII Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho: Derecho, Política y Moral».

<sup>206</sup>Cfr. DR, pp. 222-224; Cfr. WALDRON, “Conference: The Distinctive...”, pp. 11-12. Si bien Waldron reconoce la importancia que ha tenido la concepción de dignidad del catolicismo como elemento humanizador de la sociedad, se aparta en identificarla con lo sagrado o el valor. En este aspecto, expresa: «Lo precioso o sagrado de la vida humana no es realmente una idea digna. Sé que en la literatura católica romana y en algunas publicaciones sobre bioética, la dignidad humana se usa solo en este sentido del valor especial o santidad de la vida humana. En mi opinión, el problema con este relato no es que tenga fuertes fundamentos teológicos, sino que se apropia del término "dignidad" para hacer un trabajo en donde "valor" o "valor sagrado" también podría funcionar. Pero hay mucho más que decir –desafortunadamente en otros lugares– sobre algunas de las conexiones indirectas entre este uso de la dignidad y el uso en el que insisto». HLPD, p. 203, (la traducción es mía).

<sup>207</sup>DR, p. 212. La traducción fue obtenida de la obra Jeremy WALDRON, *Democratizar la dignidad: estudios sobre la dignidad humana y derechos*, trad. Vicente F. Benítez R., Javier Gallego Saade, Leonardo García Jaramillo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 48, (en adelante DLD). En dicha obra se encuentra traducida la conferencia de Waldron “Dignity and Rank”. Con palabras más nítidas y resaltando un sentido de igualdad, Waldron expresa: «(...) el término “dignidad” puede ser usado para designar un estatus elevado de orden jurídico, político y social, y que la idea de dignidad humana da cuenta de la asignación de dicho status a todos». Idem, p. 233. (Traducción obtenida de DLD, p. 77).

Condición especial de carácter continuo e institucional, distinta de la posición jurídica de la persona normal, que le confiere la ley (...) Siempre que una persona ocupe un cargo cuya creación, permanencia o cesión y las incidencias del mismo constituyan un asunto de suficiente preocupación social<sup>208</sup>.

A partir de estas definiciones explica que en relación a la dignidad humana puede distinguirse un *status general* y un *status particular* que se identifican con la existencia de ciertas reglas que la protegen. Detalla que el *status* no se reduce a un objetivo, sino que comprende un conjunto determinado de derechos que no pueden concebirse como meros instrumentos. Dichas reglas particulares pueden ser de carácter afirmativo como el Artículo 23 (3) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que expresa «Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social»; y también de carácter negativo como la prohibición del trato inhumano, cruel y degradante legisladas en las distintas Convenciones Internacionales. Enseña que ambas reglas protegen la dignidad humana, aunque deja en claro que esta no se reduce a ellas, ya que la dignidad humana sería un arquetipo y las reglas accidentes que emanan del mismo<sup>209</sup>.

Waldron expresa que la dignidad humana se identifica con un *status* elevado *–high status–*. En este aspecto, expresa que existen ciertos *status* que son bajos y serviles, como la esclavitud o la delincuencia, y que hay otros que son de una altura considerable como la realeza o la nobleza. Por altura *–height–* el autor no se refiere a un peso moral, como sucede en la doctrina de Bentham, sino que refiere a una cuestión de rango en relación a sustantivos como respeto y autoridad<sup>210</sup>. En esta línea, recurre al diccionario de Oxford para darse a entender con mayor claridad, ya que su posición con respecto a la dignidad se identifica con uno de los significados ilustrados en el mismo, más precisamente, el que predica: «acorde con la elevación de aspecto, modales o estilo; (...) majestuosidad, gravedad». Por consiguiente, menciona que sostener que una persona tiene dignidad es expresar, entre otras cosas, que esa persona tiene cierta clase de presencia, rectitud en su forma de ser, control de sí mismo, en otras palabras, que es una persona para ser tenida en cuenta<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup>WALDRON, “*Law & Ethics of Human Rights*”, en *Dignity, Rank, and Rights: The Tanner Lectures on Human Rights*, University of California, Berkeley, (2009) 233, p. 242, (la traducción es mía).

<sup>209</sup>Cfr. DR, pp. 213-215.

<sup>210</sup>Cfr. Idem, p. 215; Cfr. WALDRON, “*Conference: The Distinctive...*”, pp 19-20.

<sup>211</sup>Cfr. DR, p. 216.

En conclusión, el profesor neozelandés expresa que, a los fines de concebir una definición de dignidad humana esta debe poder generar una idea noble de la necesidad inminente de prohibir la humillación y el trato degradante. Esto es lo que el autor trata de hacer al considerar la dignidad como un estado de rango elevado –*high-ranking status*– comparable a un estatus de nobleza el cual es asignado a toda persona con base en la equidad y evitando cualquier discriminación peyorativa. Por eso, la dignidad, a los fines de su concepción, debe ser comprendida en un sentido de realeza, comportamiento y no degradación. En definitiva, Waldron entiende que la dignidad humana es un *status* de nobleza que pasa de estar en cabeza de unos pocos y se vuelve horizontal para integrar a todos los seres humanos<sup>212</sup>. Esto le permite definirlo como un rango o estatus que una persona puede ocupar en la sociedad y que se refleja en su forma de comportarse y manifestarse por medio de sus acciones y discursos<sup>213</sup>.

El ejemplo más notable que refleja lo que Waldron entiende por dignidad es la *ciudadanía ateniense*. De hecho, se podría decir que en términos legales la dignidad se identifica con cómo la ciudadanía era entendida en la antigua Atenas. Los atenienses participaban en pie de igualdad en las asambleas públicas, deliberaban al compás de la clepsidra y al finalizar resolvían sus asuntos mediante el voto. Así, dirimían cuestiones de interés general concernientes al gobierno de la polis. En este aspecto, Waldron cita a Arendt quién explica que los atenienses adoptaban el principio legal de igual trato entre ellos, no por una convicción moral, sino porque dicho principio hacía posible la subsistencia de la comunidad política. A este fin la figura

---

<sup>212</sup>Waldron postula que la perspectiva de la dignidad que él defiende se encuentra relacionada con una democratización horizontal de un rango elevado, el cual en tiempos pasados solo era atribuible a aquellos que pertenecían a cierta clase o ascendencia. Resalta que en la idea de alto rango se encuentra implícita una nota de trascendencia en las personas, explica que posiblemente esa sea la razón por la que hablar de dignidad tenga condimentos religiosos. Remarca que existen ciertos aspectos que son valiosos en las personas que no provienen del mérito y la virtud, sino que, por el contrario, deviene de las capacidades y vulnerabilidades de las personas. Cfr. Leonardo GARCÍA JARAMILLO y Vicente F. BENÍTEZ-R, “El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. Entrevista al profesor Jeremy Waldron”, *Isonomía*, 48 (2018) 171, p. 178.

<sup>213</sup>Cfr. DR, pp. 216-223. Por otra parte, corresponde resaltar que Waldron no concibe, solamente, una dignidad en sentido generalizado para todos los seres humanos como dignos de un *status* de alta nobleza, sino que también dota a su concepción de la dignidad de una cualidad objetiva: la inalienabilidad. En este sentido, detalla que hasta los terroristas más aguerridos comparten una dignidad humana que les debe ser respetada, sin perjuicio de los hechos que hayan cometido. Expresa con esta misma lógica: «Nuestra insistencia en el valor distintivo de igual atraviesa su prueba más severa cuando se enfrenta a aquellos que se sienten tentados a demonizar o bestializar a los malhechores entre nosotros. He escuchado a gente quejarse: “¿De verdad estás diciendo que un terrorista o un nazi tiene la misma dignidad humana que el resto de nosotros?” La respuesta es “Sí”, aunque la dignidad no es de ninguna manera todo lo que hay en una evaluación moral o legal, y es posible que no asegure la decisión en caso de que se esté considerando». WALDRON, “Conference: The Distinctive...”, p. 24, (la traducción es mía).

del ciudadano ateniense cumplía el rol de una persona artificial que participaba de los asuntos públicos presentándose en pie de igualdad en términos políticos. La persona del ciudadano estaba dotada de ciertos atributos artificiales, como el derecho a hablar en público, la equidad en el peso del voto, la igualdad para ser reclutado y formar parte del jurado, entre otros. A su vez, postula que los derechos políticos como la participación en la vida política de la comunidad democrática no eran solo derechos sino también responsabilidades cívicas. He aquí que el profesor neozelandés considera que la dignidad humana tiene que ser entendida como algo similar a la ciudadanía ateniense pero con un sentido mayor de horizontalidad que integre a mujeres, esclavos y niños<sup>214</sup>.

## 1.2-Antedentes de la dignidad como rango

En aras a explicar con mayor detenimiento la dignidad como *status* Waldron analiza los rangos de nobleza que existieron en la antigua Roma y realiza una analogía para echar luz a su concepción. En este sentido, explica que en aquellos tiempos el concepto *dignitas* hacía referencia a ideas relacionadas con el honor y los privilegios que derivaban del rango u oficio que se ocupaba en la sociedad. Así, por ejemplo, la dignidad de Julio César como ciudadano ilustre no solo estaba relacionada a la nobleza de su nacimiento, sino también a sus funciones cívicas, como ser general del ejército y *pontifex maximus*. He aquí que vuelve a resaltar las connotaciones del Diccionario inglés de Oxford que definen la dignidad como *un estado honorable o alto, posición o estimación*, o también como *un oficio honorable, rango o título*<sup>215</sup>. De este modo, explica que los ciudadanos romanos tenían por costumbre

---

<sup>214</sup>Cfr. DR, p. 214; Cfr. Jeremy WALDRON, “Dignity, Rights, and Responsibilities”, *Arizona State Law Journal*, 43 (2001) 1107, pp. 1121-1122. Con un sentido parecido, pero en tiempos modernos, Waldron efectúa la analogía entre dignidad y ciudadanía –*citizenship*– a partir de la interpretación del caso *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). El professor detalla: «Fue un movimiento muy audaz el que hizo la Corte en *Trop v Dulles*, o al menos dos movimientos audaces. En primer lugar, la dignidad fue identificada con un problema de interpretación de “cruel e inusual”, como un recurso interpretativo general para la jurisprudencia de la Octava Enmienda. Y, en segundo lugar, la dignidad se asoció con la ciudadanía. En sí mismo un concepto de estatus (aunque refiriéndose a un estatus moral), la dignidad humana exigió que el status moral del ser humano se le diera realidad en el estatus legal de ciudadanía». WALDRON, “Conference: The Distinctive...”, p. 5, (la traducción es mía).

<sup>215</sup>Cfr. DR, p. 225; Cfr. WALDRON, “Dignity, Rights, and Responsibilities”, pp. 1118-1119. Es interesante la nota al pie de Waldron que explica la diferencia entre una concepción universal de la dignidad de tinte judeo-cristiano- y la de raigambre romanista: «Incluso aquellos que contemplan una oposición fundamental entre la noción de rango de la dignidad y la noción de derechos humanos de dignidad también observan una conexión dinámica. Iglesias, “Bedrock Truths”, p. 120, distingue entre lo que ella denomina la concepción universal” y la “concepción restringida” de la dignidad. Escribe: “Consultando el diccionario encontramos que el término ‘dignidad’ tiene tanto una connotación de ‘superioridad’ como ‘decoro’, en dos sentidos básicos. Uno se refiere a la superioridad de roles, ya sea de

identificar la dignidad con la *dignidad de la realeza*, aunque también enfatiza que ésta se dividía en diferentes clases con diferentes atribuciones y cargas. Así, por ejemplo, ante la ley, no padecían el mismo castigo un noble y un plebeyo. Ante la misma ofensa consumada, la medida del castigo era determinada según la *dignitas* de cada persona. En la misma línea, señala que Kant también diferenciaba una variedad de *dignitas* en función a los títulos nobiliarios –duque, marqués, vizconde, barón– que variaba de acuerdo a la ley<sup>216</sup>.

El profesor neozelandés sostiene que esta forma de comprender la dignidad –ajena a toda equidad– sería una idea errónea con respecto a la visión contemporánea de los derechos humanos, toda vez que en diferentes documentos internacionales de derechos humanos se expresa que todos los hombres comparten una dignidad que es inherente a la condición de persona<sup>217</sup>. No obstante, Waldron expresa que la idea de rangos y *status* en el sentido de *dignitas* todavía ofrece mucha tela que cortar. Por ello, trata de explorar cómo hacer compatible la idea antigua de *status* de nobleza con la concepción igualitaria de dignidad propia de los tiempos presentes<sup>218</sup>.

En este sentido, observa que desde una perspectiva judeocristiana la idea de dignidad hace referencia a una vida sagrada distinta a la concepción de la dignidad como *status*. Indaga que, si bien dicha visión no plantea una diferencia entre los seres humanos en cuanto a dignidad, ya que todos son igualmente dignos ante los ojos de Dios –creados a imagen y semejanza de Él–, tampoco desacredita la idea de rango con respecto a la cadena de las distintas formas de ser. Por tanto, explica que podría realizarse un itinerario con respecto a la medida de dignidad comenzando por considerar que las piedras son inferiores a las plantas, y que las plantas lo son con respecto a los animales, y los animales son inferiores en relación con los huma-

---

rango, oficio, excelencia, poder, etc., que poseen solo algunos seres humanos [...] El otro sentido se refiere a la superioridad del valor intrínseco de todo ser humano que es independiente de condiciones externas como oficio, rango, etc. que les corresponde a todos. En este sentido universal la palabra ‘dignidad’ captura la esencia de lo que es ser humano. Este último sentido, entonces, tiene una relevancia universal e incondicional, en contraste con el primer sentido que es restrictivo y diferenciado por el rol.” Iglesias asocia el sentido restrictivo con el uso del concepto en la cultura Romana clásica y el sentido universal con ideas sobre el valor inherente del ser humano que emergió en la ética del judaísmo y la teología. Pero, aunque como ella dice, “el significado de la dignidad ha quedado marcado históricamente, hasta nuestros días, por una tensión entre sus sentidos universal y restrictivo”, que ha ocurrido es que “históricamente, el sentido restrictivo del *dignitas* romano, vinculado al oficio y al rango, y usado como un criterio legal discriminatorio, comenzó a ser usado en un nuevo sentido de significación universal que captura el igual valor de todos”». DR, p. 227, (la traducción fue obtenida de DLD, p. 65).

<sup>216</sup>Cfr. DR, p. 226.

<sup>217</sup>Cfr. Ibidem

<sup>218</sup>Cfr. Ibidem.

nos, y que los humanos son menos dignos en relación a los ángeles, y que todos juntos son inferiores en dignidad con respecto a Dios<sup>219</sup>. Se puede sopesar que dentro de cada rango todos comparten la misma dignidad, aunque no entre rangos heterogéneos. Waldron considera, haciendo eco de las reflexiones de Locke, que esta noción es un avance muy importante para la comprensión de la equidad humana, ya que a partir de la misma puede discernirse que los seres humanos comparten un mismo rango en el que todos son iguales ante el yugo de Dios<sup>220</sup>.

De esta forma, advierte que a lo largo de la historia se ha suscitado un cambio paradigmático sobre la forma de concebir la dignidad humana. Observa cierta *transvaluación de valores* que acaeció a finales del siglo XVIII, acompañado de un movimiento poético que predicaba la dignidad del hombre asociada no con los rangos superiores de las personas –los cuales consideraban superficiales y vanos–, sino con las personas humildes que sabían disfrutar de una dignidad verdadera. Esta transvaluación ampliada de la dignidad –extendida a las clases humildes– tuvo una gran influencia en la universalización de la dignidad humana, haciéndola extensible a toda la humanidad, no como un privilegio de algunos sino como una ampliación del *status* de nobleza que comprende a todos<sup>221</sup>. Por consiguiente, resalta que la conexión entre las ideas de dignidad y rango no quedó ofuscada con el advenimiento de la visión contemporánea de la igualdad del hombre, más bien expresa que la idea de una dignidad humana en sentido general se asoció con la noción de seres humanos como una especie perteneciente a un rango elevado. De esta manera, extrapola dicha concepción a los tiempos presentes, y arguye que cada persona debe ser considerada como perteneciente a cierta nobleza, criaturas de un alto *status* social. Así, Waldron entiende que el *status* elevado fue generalizado en vez de repudiado<sup>222</sup>. Expresa:

La noción moderna de dignidad humana supone una igualación ascendente de rango, que nos permite ahora intentar otorgarle a cada ser humano algo

---

<sup>219</sup>Cfr. Idem, p. 227.

<sup>220</sup>En este sentido, cita a Locke y expresa: «Locke escribió al comienzo del Segundo Tratado de la Naturaleza Humana que “nada hay más evidente que el que criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades, hayan de ser también iguales entre sí, sin subordinación o sujeción de unas a otras [...] Habiendo sido todos los hombres dotados con las mismas facultades, y al participar todos de una naturaleza común, no puede suponerse que haya entre nosotros una subordinación que nos dé derecho a destruir al prójimo como si éste hubiese sido creado para nuestro uso, igual que ocurre con esas criaturas que son inferiores a nosotros». Idem, p. 228. (Traducción obtenida de DLD, p. 66).

<sup>221</sup>Waldron cita los pasajes líricos de Robert Burns para ilustrar el reverso de la dignidad como rango: «Un príncipe puede hacer un caballero, un marqués, un duque, y todo eso; pero un hombre honrado tiene su voluntad, y buena fe; ¡debe de ser como eso! Por todo eso, y todo eso, su dignidad y todo eso; su sentido común, y orgullo de su valía, son superiores a todo eso». Ibidem. (Traducción obtenida de DLD, p. 67).

<sup>222</sup>Cfr. Idem, p. 229; Cfr. WALDRON, “Dignity, Rights, and Responsibilities”, p. 1119.

parecido a la dignidad, rango, y expectativa de respeto que alguna vez se le reconoció a la nobleza<sup>223</sup>.

El profesor neozelandés advierte que ciertos aspectos de la visión tradicional de lo que antes se entendía por *dignitas* –palabra asociada con los rangos de nobleza–, sigue siendo de gran utilidad para comprender el fundamento último de los derechos humanos en un sistema democrático. Explica que en un pasado ciertos privilegios estaban solo en cabeza de una parte determinada de la sociedad. Por ejemplo, en la Edad Media caracterizada por el sistema de servidumbre, el derecho de participación política solo podía ser ejercido por aquellos que contaban con títulos nobiliarios, ciudadanos que gozaban de un *status* honorífico. A posteriori, luego de distintos cambios políticos y sociales que acontecieron, como la caída de la monarquía en Francia, comenzaron a generalizarse paulatinamente ciertos privilegios otorgando la posibilidad que las voces de todos sean reconocidas y contadas en la organización de la cosa pública. De esta manera, de ser la voz y el voto prerrogativas exclusivas para algunos pasaron a ser derechos piramidales sobre los que se erigieron los sistemas democrático actuales, lo que implicó, claro está, un reconocimiento de la dignidad de cada persona. Así, la idea de dignidad como rango y la idea de derechos humanos en democracia, se encuentran profundamente vinculadas formando la base de un mismo sistema político<sup>224</sup>.

### 1.3-Comparación con los postulados de Kant

Para comprender un poco más la concepción de dignidad de Waldron es meritorio cotejarla con la esgrimida por el filósofo Emanuel Kant. En este sentido, como se describió con anterioridad, Waldron identifica la dignidad con la idea de *status* –*status idea*– a diferencia de Kant que la concibe como un valor –*wurden*–<sup>225</sup>.

El profesor neozelandés compara su noción de dignidad humana con la primera concepción ilustrada por Kant en *Groundwork to the Metaphysics of Morals*, en la cual señala:

En el reino de fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad. La moralidad es la condición bajo la cual un ser ra-

---

<sup>223</sup>DR, p. 229. (Traducción obtenida de DLD, p. 68).

<sup>224</sup>Idem, pp. 231-232.

<sup>225</sup>Cfr. HLPD, p. 202.

cional puede ser un fin en sí mismo (...). Así pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad<sup>226</sup>.

Waldron explica que la palabra que Kant utiliza para hablar de dignidad es *wurden* la cual es más cercana a la palabra *valor* que *dignity*, como bien se entiende en su país. Considera que no existe ninguna razón en particular para identificar la dignidad con las premisas de «valor más allá de todo precio y el valor intrínseco, no negociable, y no fungible que es inherente a todo ser humano en virtud de su capacidad moral»<sup>227</sup>. De hecho, al contrastar las palabras *wurden* y *dignity* expresa que en el pasaje de Kant, *wurden* connota un tipo de valor o un hecho sobre el valor, a diferencia de *dignity* que concierne a la idea de un tipo de *status* que la persona puede tener<sup>228</sup>.

En conclusión, Waldron razona que la visión de dignidad de Kant parece respetar algo existente en la persona, un valor que anida en ella, y no a la persona en sí misma en virtud de sus capacidades personales —como, por ejemplo, poder participar en una asamblea y deliberar con sus pares para forjar una acción en común ante el desacuerdo—.

Por último, el profesor neozelandés detalla que Kant, doce años después de expresar su primera concepción de dignidad como *wurden*, realizó un giro filosófico en relación a dicho concepto. Así, comenzó a concebir a la dignidad con referencia a un *status*, visión a la que él mismo adhiere. En esta línea, señala dejando en claro su propia concepción:

Estoy usando la dignidad como una idea de estatus más que como una idea de valor —como la usa Kant, por ejemplo, en *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, donde se refiere a un cierto tipo de valor precioso y no fungible—. Doce años después de la publicación de *Groundwork*, Kant volvió a escribir sobre la dignidad en *The Doctrine of Virtue*, que es la segunda parte de su obra tardía, *The Metaphysics of Morals*, y allí habló de ella mucho más como una cuestión de estatus: habla del respeto que una persona puede exigir como ser humano a todos los demás, y ese respeto ya no es simplemente el estremecimiento de asombro que despierta en una persona su propia capacidad moral —que es lo que se encuentra en la *Segunda Crítica*, por ejemplo— sino un genuino dar lugar a otro sobre la base de una

---

<sup>226</sup>Idem, p. 217. (La traducción fue obtenida de DLD, p. 55).

<sup>227</sup>DR, p. 218. (Traducción obtenida de DLD, p. 56).

<sup>228</sup>Cfr. Ibidem.

igualdad segura y actuar hacia el otro como si él o ella también fueran uno de los fines últimos a tener en cuenta. La discusión posterior conserva el elemento de valor infinito pero lo presenta mucho más a la luz de esta idea de estatus<sup>229</sup>.

## 2. EL DERECHO COMO ELEMENTO QUE CONCRETIZA LA DIGNIDAD HUMANA

### 2.1-Reconocimiento jurídico de la habilidad personal de autogobierno

Como se mencionó con antelación, Waldron sostiene que la dignidad humana no debe entenderse desde una perspectiva metafísica sino como un *status* normativo en permanente construcción. Por consiguiente, advierte que en este desafío por forjar la igualdad de *status* entre las personas, el derecho cumple un rol preponderante<sup>230</sup>.

En este sentido, Waldron considera una serie de características que el derecho debe reunir para reivindicar la dignidad entendida como rango o *status*<sup>231</sup>.

De este modo, expresa que mediante el derecho, a lo largo de la historia, se ha tratado de salvaguardar la dignidad humana contra posibles imputaciones, como ofensas o diferenciaciones arbitrarias que distinguen clases de rangos entre personas ordinarias –a veces también amparadas en el mismo derecho–<sup>232</sup>. En este sentido, advierte que la forma más nítida mediante la cual el derecho protege la dignidad es proclamando normas específicas que prohíben disposiciones que menoscaban la humanidad de las personas. Algunas normas son por demás de explícitas. Por ejemplo, las normas contra los tratos degradantes –el Tratado Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Artículo 7; o la Convención Europea de Derechos Humanos, Artículo 3–, las protecciones contra los insultos discriminatorios a través de leyes contra el odio racial o étnico –como la Ley de Orden Público del Reino Unido de 1956, parte tercera–; o, en forma más clara, la prohibición de la discriminación entre individuos, flagelo que provoca que un grupo sea desfavorecido y tratado

---

<sup>229</sup>HLPD, p. 202. (La traducción es mía).

<sup>230</sup>Cfr. WALDRON, “Law, Dignity, and...”, p. 245.

<sup>231</sup>Cfr. Idem, p. 233.

<sup>232</sup>Cfr. Ibidem.

como inferior en dignidad —en Sudáfrica, el caso *President of the Republic v. Hugo*, 1997<sup>233</sup>—.

Al mismo tiempo, Waldron subraya que además de estos modos evidentes que tiene el derecho de proteger la dignidad existen otros que se enfocan en la conexión entre la dignidad y los procedimientos establecidos por el derecho para salvaguardarla. Desde una perspectiva formal, el derecho protege la dignidad mediante el reconocimiento de la habilidad que tienen las personas para controlar y regular sus propias acciones en virtud de las cuales las normas le serán aplicables a sus actos. Es decir, el derecho protege la dignidad al entender que las personas son capaces de autocontrolarse, a diferencia de los animales salvajes que se los adiestra por medio de azotes. A su vez, el derecho también salvaguarda la dignidad cuando entiende que, en un sistema democrático, la misma descansa en los derechos que tienen las personas para participar del gobierno mediante la deliberación y subsiguiente votación para resolver sus problemas<sup>234</sup>.

De esta forma, expresa Waldron cuando precisa ciertas habilidades que se desprenden de la dignidad como rango, relacionadas al dominio de sus propios actos y actuación en la esfera políticas:

La dignidad es el estado de una persona que se basa en el hecho de que se le reconoce la capacidad de controlar y regular sus acciones de acuerdo con su propia comprensión de las normas y razones que se aplican a ella; supone que es capaz de dar y tiene derecho a dar cuenta de sí misma —y de la forma en que regula sus acciones y organiza su vida—, una cuenta a la que los demás deben prestar atención; y significa finalmente que tiene los medios para exigir que su agencia y su presencia entre nosotros como ser humano sea tomada en serio y acomodada en la vida de los demás, en las actitudes y acciones de los demás hacia ella, y en la vida social en general<sup>235</sup>.

## 2.2-Principios formales de un procedimiento respetuoso de la dignidad

La proyección en el ámbito jurídico que tiene la idea de dignidad influye sobre algunas características de los procesos judiciales que pueden importarse a las gradas de los Parlamentos<sup>236</sup>. En este sentido, Waldron se inspira en los principios

---

<sup>233</sup>Cfr. Idem, pp. 234-235; Cfr. HLPD, pp. 200-201.

<sup>234</sup>Cfr. HLPD, p. 202.

<sup>235</sup>Ibidem, (la traducción es mía).

<sup>236</sup>Cfr. Idem, p. 203.

formales de la moralidad de Lon Fuller mencionados en *The Morality of Law* – generalidad, prospectividad, publicidad, inteligibilidad, estabilidad, consistencia, factibilidad y congruencia<sup>237</sup> que son concebidos como atributos del derecho para evitar las injusticias sustantivas por medio de procedimientos legítimos que respeten la dignidad humana<sup>238</sup>. De igual modo, Waldron enumera una serie de principios que cree oportunos para los procedimientos a través de los que se busca formar la voluntad general. Estos pueden enumerarse de la siguiente manera:

a-Autoaplicación: es una característica específica del derecho en virtud de la cual las personas aplican las normas promulgadas sobre sus propias conductas sin esperar una intervención coactiva del Estado. En este sentido, el derecho confía en la capacidad del entendimiento práctico de las personas –autocontrol, autosupervisión, entre otros–. Waldron enfatiza que esta característica del derecho es importante porque diferencia al derecho de otros sistemas de reglas que trabajan, en primer lugar, enfocándose en la manipulación o el terror para moderar los comportamientos humanos. He aquí que existe una conexión íntima entre las ideas de dignidad humana y el principio de autocontrol –*self-control*–. De hecho, resalta que autocomando –*self-command*– es una virtud por la cual las personas controlan sus propios comportamientos adaptándose a los parámetros de las normas. Es lo que distingue los seres que necesitan ser conducidos por los azotes y látigos de los que no<sup>239</sup>.

b-El uso de estándares: Waldron señala que aunque a veces el derecho no se presenta en forma expresa esto no priva que no pueda ser aplicado en forma autónoma por las personas. Por consiguiente, indica que el derecho no siempre se representa en modo de reglas que deben ser obedecidas mecánicamente, sino que en ciertas ocasiones requiere la existencia de estándares –por ejemplo, el estándar cuida-

---

<sup>237</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, “Legislation and the Rule of Law”, *Legisprudence*, Vol 1:1 (2007), 91-123.

<sup>238</sup>En esta línea, Waldron destaca las palabras de Lon Fuller sobre la implicancias de los principios morales en la defensa de la dignidad humana: «Embarcarse en la empresa de someter la conducta humana a reglas supone (...) un compromiso con la idea de que el hombre es (...) un agente responsable, capaz de entender y seguir reglas (...) Cualquier desviación de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como agente responsable (...) Juzgar su acción por medio de leyes no públicas o retroactivas, o exigirle ejecutar un acto que es imposible encarna (...) indiferencia frente a sus capacidades de autodeterminación». WALDRON, “Law, Dignity, and...”, p. 237, (traducción obtenida de DLD, p. 83).

<sup>239</sup>En este sentido, Waldron aparte de citar a Lon Fuller también fortalece su argumento atinente al *self-control* con palabras de Joseph Raz: «La observancia del estado de derecho es necesaria para que la ley respete la dignidad humana. Respetar la dignidad humana implica tratar a los seres humanos como personas capaces de planificar y trazar su futuro. Así, respetar la dignidad de las personas incluye respetar su autonomía, su derecho a controlar su futuro». WALDRON, “Law, Dignity, and...”, p. 207, (la traducción es mía).

do responsable –*reasonable care*–, que de alguna manera facilita el cumplimiento de las reglas. Así, los estándares pueden ser necesarios en ciertas áreas del derecho en donde no existe una construcción normativa definitiva. En este sentido, advierte que la ley reconoce la capacidad de las personas para aplicar normas a sus propios comportamientos –por ejemplo, cuando hay niebla deben conducir a una velocidad razonable–. Las personas son capaces de reconocer las normas, aceptarlas y actuar en consecuencia<sup>240</sup>.

c-Audiencia: otro modo mediante el cual el derecho respeta la dignidad de los gobernados es otorgándoles la posibilidad de ser escuchados en los procesos judiciales, para presentar argumentos y evidencias en casos particulares donde se necesite una determinación neutral e imparcial de los derechos y responsabilidades que conciernen a las partes. En este sentido, el derecho reconoce que las personas tienen una perspectiva propia ante la aplicación de normas sociales de conducta. Por consiguiente, es meritorio que el derecho respete la dignidad de las personas mediante el reconocimiento de la capacidad de los gobernados de darse a entender por sí mismos<sup>241</sup>.

d-Argumentación: Waldron señala que el derecho pretende poder ser entendido por las personas. Para eso es necesario que exista una integración entre las normas que componen el sistema de tal manera que del mismo se puede dilucidar su sentido. Esta cualidad de integración y sistematicidad permite que las personas puedan enmarcar sus argumentos acordes a derecho y, por ende, mostrarse respetuosas del espíritu de la ley ante la escucha del tribunal. Por consiguiente, la ley concibe a las personas como seres dotados de inteligencia y razón que pueden relacionar sus acciones y propósitos con los concernientes al Estado<sup>242</sup>.

e-Representación legal: Waldron postula que la herramienta mediante la cual se construye la dignidad equitativa en un Estado de derecho es el patrocinio letrado. Así, las personas pueden participar en el proceso en forma igualitaria, y acceder al acceso al conocimiento del derecho. En este sentido, la dignidad humana requiere que los litigantes sean escuchados porque, en general, para las personas representadas es difícil articular y organizar una defensa eficaz por sí mismas<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup>Cfr. WALDRON, “Law, Dignity, and...”, p. 238; Cfr. HLPD, pp. 207-208.

<sup>241</sup>Cfr. WALDRON, “Law, Dignity, and...”, p. 239; Cfr. HLPD, pp. 208-210.

<sup>242</sup>Cfr. WALDRON, “Law, Dignity, and...”, p. 239; Cfr. HLPD, pp. 239-240.

<sup>243</sup>Waldron resalta las palabras del professor Luban para remarcar la importancia de la representación legal en aras a respetar la dignidad de los litigantes: « La respuesta que, a lo largo de los años, me ha atraído más se basa en un principio declarado por el difunto filósofo Alan Donagan: “No importa cuán poco confiable haya demostrado ser alguien en el pasado, uno no respeta su dignidad

F-Coerción: a diferencia de Lon Fuller que distingue entre leyes que enfatizan la coerción y leyes que enfatizan la dignidad, Waldron considera que con respecto al derecho la dignidad y la coerción no necesariamente corren por sendas distintas. En este sentido, sostiene que el derecho es concretizado mediante el poder, pero que dicho poder tiene que ser canalizado por procesos respetuosos de la dignidad humana: la forma de su aplicación ante su vulneración es lo que marca su correlato o no con la dignidad. El profesor neozelandés precisa que si bien es cierto que la ley obliga a las personas a hacer cosas e ir a lugares que no quieren, esta fuerza coercitiva no tiene que ser ejercida en forma tortuosa como si las personas formasen parte de un ganado. En este sentido, la regla es que las personas respetan el derecho aplicándose a sí mismas –*self-application*–. Por ende, la coerción es un elemento accidental para que, en caso de que sea quebrantado, pueda garantizarse que será obedecido. No obstante, esto no conlleva reducir el derecho a la coerción. Por consiguiente, Waldron establece que el castigo impuesto debe suministrarse de tal forma que la persona pueda soportarlo sin abandonar su humanidad elemental<sup>244</sup>.

En conclusión, el desafío de Waldron consiste en mostrar los medios en virtud de los cuales el derecho reivindica la dignidad humana, tratando de atribuir un status o rango elevado a todas las personas sin discriminaciones arbitrarias. En este

---

como un ser humano si sobre cualquier asunto grave uno se niega, aunque sea provisionalmente, a tratar su testimonio como de buena fe”. Un corolario inmediato de este principio es que los litigantes pueden contar sus historias y argumentar su comprensión de la ley. Un sistema procesal que simplemente amordazara a un litigante y se negara incluso a considerar su versión del caso sería, en efecto, tratar su historia como si no existiera y tratar su punto de vista como si estuviera literalmente por debajo del desprecio. Una vez que aceptamos que la dignidad humana requiere que los litigantes sean escuchados, la justificación del defensor se vuelve clara. Las personas pueden ser malos oradores en público. Pueden ser inarticulados, iletrados, mentalmente desorganizados o simplemente estúpidos. Es posible que no sepan nada de la ley y, por lo tanto, no puedan argumentar su interpretación. Sin conocer la ley, pueden omitir los mismos hechos que fundamentan su caso o centrarse en partes de la historia que son irrelevantes o perjudiciales. Es posible que no puedan utilizar los derechos procesales básicos, como objetar las preguntas principales de su adversario. Sus voces pueden ser clavos en una pizarra o demasiado murmuradas para ser entendidas. Puede que hablen un dialecto o que no sepan inglés. Nada de esto debería importar. La dignidad humana no depende de si uno es estúpido o tranquilo. De ahí la necesidad del abogado. Del mismo modo que se debe proporcionar un intérprete a una persona que no habla inglés, la persona legalmente muda debería tener, en el sentido más fino del término, un portavoz. Por lo tanto, el argumento de Donagan conecta el derecho a un abogado con la dignidad humana en dos pasos: primero, que la dignidad humana requiere que los litigantes sean escuchados, y segundo, que sin un abogado no pueden ser escuchados». HLPD, pp. 215-216, (la traducción es mía).

<sup>244</sup>En este sentido, expresa Waldron: «El derecho no es brutal en su operación; (...) no gobierna a través del miedo o el terror, o quebrando la voluntad de aquellos a quienes confronta. Si el derecho es contundente o coercitivo, cumple su función a través de métodos que respetan antes que mutilan la dignidad y agencia de sus gobernados». WALDRON, “Law, Dignity, and...”, pp. 245-246, (traducción obtenida de DLD, p. 95); Cfr. HLPD, pp. 216-219.

sentido, considera que el derecho debe reunir ciertos atributos para respetar la dignidad de las personas, de manera que, al ser aplicado, puedan reconocerse como dignas. Lo original de esta descripción es que los atributos mencionados que deberían ser respetados en los tribunales de justicia, también pueden exigirse en los Parlamentos en lo que respecta a cómo las personas deliberan y toman las decisiones concernientes a todos. Así, el derecho se erige como una herramienta para imbuir de dignidad a los individuos puesto que posibilita los procedimientos de toma de decisiones políticas para que los individuos puedan desenvolverse de una forma eficaz en términos democráticos. Por consiguiente, en última instancia, el derecho es un posibilitador de la democracia, es aquí en donde reside su carácter normativo.

## RECAPITULACIÓN

En el presente capítulo fueron desarrolladas dos posiciones contrapuestas en relación a qué autoridad se encuentra legitimada para decidir, como última instancia, sobre cuestiones de derechos que conciernen a todos los miembros de la sociedad. Así, por un lado, Dworkin considera que la última palabra en cuestiones de derechos debe descansar en cabeza de los jueces, quienes efectúan el control judicial de constitucionalidad mediante la aplicación de una teoría de la interpretación jurídica. Por otro lado, Waldron, sostiene que la última palabra debe descansar en la voluntad de los legisladores quienes se encuentran legitimados en términos democráticos para tomar decisiones sustanciales mediante la concreción del principio de equidad, según el cual, las cuestiones sustanciales deben ser decididas por el voto de la mayoría parlamentaria previa deliberación. Ambas posiciones se encuentran explicadas y cotejadas a partir del abordaje de tres postulados fuertemente imbricados que sirven para comprender el pensamiento de ambos autores. Estos

son: desacuerdo, teoría interpretación jurídica o teoría de la toma de decisiones políticas –dependiendo del autor– y dignidad humana.

En primer lugar, con respecto al pensamiento jurídico de Dworkin, puede observarse que:

A-Existen desacuerdos teóricos sobre los conceptos morales y políticos que utiliza el intérprete –juez– para resolver sus sentencias. Estos desacuerdos no se reducen a cuestiones empíricas –a comprobar lo que sucede en la realidad material– ni tampoco a desentrañar los criterios lingüísticos de orden semánticos para delimitarlos; sino que más bien son desacuerdos sobre los fundamentos que determinan que ciertas concepciones de valores y derechos sean tenidas como verdaderas y, a su vez, aceptadas por la comunidad. Solo mediante la comprensión del desacuerdo puede discernirse por qué y cómo los individuos discrepan, bajo qué fundamentos y, en particular, qué debe tener en cuenta una teoría de la interpretación por medio de la cual se pretenda resolverlos.

B-Ante la existencia de dichos desacuerdos teóricos que subyacen en toda resolución de sentencias, Dworkin elabora una teoría de la interpretación jurídica. La misma parte del punto de que existen valores de carácter objetivo, identificados en los conceptos interpretativos, que los individuos comparten porque pertenecen a la misma práctica social en la que tales conceptos aparecen. Dicha objetividad no se encuentra fundada en la metafísica, sino en la argumentación, y son compartidos por todos aunque disientan sobre cuál es la mejor forma de entenderlos o cuáles son los mejores argumentos para comprobarlo. En este sentido, la teoría de la interpretación por medio de la cual se elaboran las concepciones de los valores comprometidos, que permite llegar a una sentencia adecuada, se encuentra dividida en tres etapas –preinterpretativa, interpretativa en sentido estricto y postinterpretativa–. Al mismo tiempo, existen ciertas exigencias que el intérprete debe respetar: 1-debe tener en miras la integridad, en virtud de la cual debe elaborar unas concepciones a la luz de otras de tal forma que se fortalezcan mutuamente; 2-debe comprometer sus convicciones personales, es decir, tener la certeza de que las concepciones que elabora son correctas y que, la respuesta a la que llega en virtud de ellas es la mejor a la que se podría haber arribado *all-things-considered* –de allí que sus convicciones también deban ser sopesadas entre sí para que sean congruentes y apartadas de todo egoísmo–. De este modo, un intérprete o juez que procede según dichas etapas interpretativas y cumple con las exigencias mencionadas actúa con *responsabilidad moral*, por eso esta es considerada la epistemología del pensamiento jurídico dworkiniano.

C-Por último, el autor desarrolla una concepción de la dignidad humana que tiene una influencia directa en la elaboración de las demás concepciones de los valores políticos y morales –como la democracia, la igualdad, entre otros–. Esto se debe que todos los valores que pertenecen a la misma familia deben entenderse en forma conectada e interrelacionada como si formasen parte de una red. La dignidad humana se encuentra concebida a partir de los ideales éticos de *vivir bien* y *tener una buena vida*, los cuales se encuentre imbricados. A su vez, exige vivir bien para tener una buena vida, puesto que una vida debe ser vivida con un sentido crítico, adverbial, en forma reflexiva y autoconsciente, como si fuese la ejecución de una obra de arte que aspira a perdurar en el tiempo. En este aspecto, explica dichos ideales mediante los principios de *autorrespeto* y *vida auténtica* que subrayan que toda vida tiene un valor intrínseco en sí misma y que toda persona debe poder elegir cómo proyectarla de una manera responsable en consideración a sus circunstancias personales. Resalta que dichos principios no se reducen a pensar la vida desplegada sobre sí misma sino en el marco de una sociedad, de allí que tengan una dimensión moral. La vida de los demás también debe considerarse valiosa en términos objetivos, por tanto, un proyecto de vida auténtico necesariamente debe tener en cuenta lo que conlleva vivir en comunidad. No se puede ser excéntrico a costa de vulnerar la vida de terceros.

En segundo lugar, con respecto al pensamiento político de Waldron, puede discernirse que:

A-Existen dos clases de desacuerdos. *Desacuerdos de sustancia* sobre qué son los derechos, cuáles son, cuál es su fundamento y qué implica afirmar que una persona es titular de un derecho. Y, a su vez, existen *desacuerdos de forma*, relacionados con cuál es el procedimiento más adecuado en términos democráticos para abordar las cuestiones sustanciales que dividen a los miembros de la sociedad. Ambos desacuerdos parten de la idea de que en un contexto marcado por la pluralidad de intereses y la diversidad cultural es complejo llegar a una solución unívoca, aun ante asuntos que son de una importancia sideral como el de los derechos humanos. De allí que, sea cual sea el nivel de los desacuerdos, es erróneo esperar que desaparezcan puesto que los mismos son una circunstancia natural de la vida política de la que los individuos forman parte.

B-Como consecuencia de la existencia de tales desacuerdos, tanto sustanciales como formales, Waldron elabora una teoría de la toma de decisiones políticas. Esta parte de considerar la irrelevancia de la objetividad moral en cuestiones de valores. Esto es, no niega la objetividad, sino que la considera de una importancia marginal a los fines de llegar a un curso de acción común, puesto que aun, en caso de que exista una respuesta objetiva, nadie tiene la certeza de que los funcionarios actua-

rán en virtud de ella. La misma solo existe para discernir que nadie se encuentra exento de su sano juicio al tratar de buscar una respuesta correcta ante problemas comunes. De allí que lo importante para el autor no se identifica con la certeza de los resultados, sino con la legitimidad democrática de los procedimientos que se utilizan para forjar una acción colectiva que permita dar respuesta a los desacuerdos. En este sentido, la teoría de la toma de decisiones políticas, en virtud de la cual los funcionarios –legisladores– deben tratar de llegar a una respuesta legítima en términos democráticos, se identifica con la concretización del principio de equidad materializado en la regla de la mayoría. Dicho principio exige una deliberación respetuosa y de buena fe entre las diferentes voces cuyos intereses se encuentran comprometidos y, subsiguientemente, una votación por mayoría en la que cada individuo tiene un voto.

C-La dignidad humana es concebida como un *status* normativo. Esta tiene su precedente en la concepción que los atenienses de la griega clásica tenían de la ciudadanía y, a su vez, en la idea de *dignitas* compartida por los pueblos romanos de la antigüedad. En ambos casos, la dignidad refiere a un rango elevado que debe ser reconocido a todo individuo para que pueda vivir en sociedad de una manera armónica y sus derechos sean respetados –en especial, los derechos políticos como la participación cívica–. La dignidad, en este sentido, no es el fundamento de los derechos, no es una ideal metafísico, sino que es un arquetipo normativo que integra un conjunto de derechos. Lo cual conlleva la necesidad de que existan normas jurídicas para que dicho *status* sea reconocido y atribuido a todos los miembros de la sociedad. Esta es la razón por la cual el autor subraya la importancia de lograr una *democratización* u *horizontalidad* de la dignidad humana, lo que no es sino extender dicho *status* normativo a todos los individuos –a diferencia de lo que sucedía en la polis ateniense o pueblos romanos en donde algunos pocos podían gozar de él–.

## **CAPÍTULO II: DERECHOS FUNDAMENTALES**

### **LOS DERECHOS EN EL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN Y JEREMY WALDRON**



## CAPÍTULO II: DERECHOS FUNDAMENTALES

El objeto de este capítulo consiste en explicar las diferentes concepciones de derechos que ambos autores sostienen.

Por un lado, Ronald Dworkin adhiere a una concepción de derecho de carácter sustantiva. Concibe a los derechos como cartas de triunfo que protegen intereses individuales contra los actos de gobierno y de las mayorías parlamentaria. Por esta razón aconseja que deben estar regulados en una Constitución escrita a fin de que cumplan con dicho objetivo. Lo que conlleva, como cuestión anexa, la necesidad de funcionarios especializados –jueces– que tengan por encargo interpretar las cláusulas de derechos cuando existan desacuerdos entre las partes.

Por otra parte, Jeremy Waldron defiende una concepción procedimental de los derechos, puesto que, al partir del desacuerdo sustancial como factor liminar de la vida política, su objetivo es discernir cuál es el procedimiento más adecuado de toma de decisiones para que los legisladores puedan abordar problemas de carácter colectivo –como, por ejemplo, qué son los derechos y cómo deben entenderse–. Por lo que, a diferencia de Dworkin, sostiene que es inviable atrincherar los derechos en una Constitución escrita puesto que existen discrepancias sobre los mismos, las cuales deben ser resueltas por los representantes del pueblo y no por los jueces.



## **PRIMERA PARTE: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN**

### **I-TEORIZACIÓN DE LOS DERECHOS**

#### **1-DERECHOS COMO CARTAS DE TRIUNFO**

##### **1.1-Desacuerdo de derechos**

Antes de sumergirse en el mundo de los derechos fundamentales, Dworkin considera conveniente explicar cuál es el problema de fondo que subyace en las sociedades contemporáneas, en especial, en Estados Unidos. En este sentido, menciona que en su país natal existe una división cultural profunda entre republicanos, que llevan la bandera roja como estandarte, y los demócratas, que adhieren al color azul. Explica que dicha bifurcación social imprime la huella del desacuerdo en una diversidad de tópicos que se puede resumir en preguntas como: ¿debe la religión influir en los asuntos públicos? ¿Deben los ricos pagar impuestos más altos en virtud de la equidad social? ¿Cuál es el límite para que los impuestos no generen la ruina económica de los empleadores? ¿Debe ampliarse la libertad sexual en todos los ambientes de la arena pública? ¿Las políticas económicas deben tener en cuenta el impacto del calentamiento global? ¿Debe restringirse el trato coactivo a los terroristas que representan un grave peligro para el país? ¿Deben cerrarse las puertas a los inmigrantes? Entre otros temas en los que ambas culturas discrepan. El autor detalla que las diferencias interculturales son un reflejo de la diversidad de conviccio-

nes, actitudes y gustos de los miembros de la sociedad, y subraya la existencia de una profunda división entre dos *zeitgeist* opuestos que compiten por una dominación de carácter nacional<sup>245</sup>.

Es aquí que, como se mencionó en un principio, uno de los rasgos característicos en el pensamiento del profesor norteamericano que se desprende de las preguntas mencionadas en el párrafo anterior, es la existencia de discrepancias profundas entre los miembros de una sociedad sobre cuál es la mejor forma de interpretar los conceptos políticos y morales, en particular, los derechos individuales. En esta línea, Dworkin explica que los derechos humanos son utilizados en diferentes sentidos, y muchas veces de una manera arbitraria, por lo que se disiente en lo que verdaderamente son. Así, dentro de las coyunturas políticas, los derechos pueden ser utilizados con un sentido utilitarista, por ejemplo, como recurso de deslegitimación contra un gobierno democrático mediante la demostración de que se violan los derechos humanos. De igual modo, en el ámbito internacional, la transigencia de los derechos humanos suele ser utilizada para justificar sanciones económicas o invasiones a otros países, aunque no tenga como objeto teleológico el respeto de la dignidad humana sino más bien la obtención de recursos naturales<sup>246</sup>.

En esta línea, Dworkin afirma que los ciudadanos discrepan sobre qué son los derechos y cuáles deben encasillarse entre los mismos. Detalla que tratan de discernir con esmero, qué clases de derechos tienen contra el Estado, como así también, si existen intereses personales que por su importancia merezcan ser protegidos contra decisiones políticas tendientes al bienestar general. Por consiguiente, ante dicha realidad, enfatiza que el gobierno tiene la responsabilidad de tomarse los derechos en serio si lo que pretende es que los miembros de la sociedad puedan desarrollarse como ciudadanos de bien mediante una convivencia pacífica<sup>247</sup>.

En conclusión, conviene detallar que, ante la existencia de desacuerdos sobre los derechos, la posición que toma Dworkin no es meramente descriptiva. Sino que más bien postula una forma determinada de concebirlos, de tal manera que pueda efectuarse un abordaje idóneo ante las discrepancias existentes. Por consiguiente, para lograr su cometido ahonda en cuestiones concernientes a la naturaleza de los derechos, su objetividad y los principios idóneos bajo los cuáles es loable interpre-

---

<sup>245</sup>Cfr. Ronald DWORKIN, *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, trad. Ernest Wikert, Paidós, 2008, pp. 15-16, (en adelante se abreviará con las siglas DP).

<sup>246</sup>Cfr. Idem, pp. 24-45.

<sup>247</sup>Cfr. Idem, pp. 33, 47-48; Cfr. JE, pp. 400-401; Cfr. DS, pp. 266, 277, 278, 384.

tarlos. Al mismo tiempo, plantea críticas a las teorías conflictivistas de derechos y, también, explica el rol preponderante que los derechos tienen para la democracia.

### 1.2-¿Qué son las cartas de triunfo?

En la obra *Taking Rights Seriously* Dworkin explica que las cartas de triunfo se identifican con los derechos que los individuos tienen y pueden hacer valer contra los actos de gobierno<sup>248</sup>. Detalla que los derechos actúan como instrumentos por medio de las cuales los individuos protegen intereses legítimos y personales<sup>249</sup>. Por ende, es en dicha tutela donde reside el fin de los derechos, siendo ésta una de las premisas más importante del pensamiento dworkiniano que es menester comprender como punto de partida<sup>250</sup>.

El profesor norteamericano detalla que dichos derechos son de carácter moral por lo que prexisten a las leyes positivas y demás sentencias judiciales. Subraya que existen ciertos derechos que no se encuentran necesariamente enmarcados en los textos constitucionales y que, aun así, pueden oponerse a las decisiones de determinados agentes institucionales en aras a salvaguardar la dignidad humana<sup>251</sup>. En este mismo aspecto, razona que los derechos morales pueden convertirse en jurídicos mediante los procedimientos legislativos y jurisdiccionales propios de cada sistema político y, con las siguientes palabras, enseña que la locución en *términos morales* debe entenderse en *sentido fuerte*:

---

<sup>248</sup>Cfr. DS, pp. 36-37, 219, 276-277, 285; Cfr. CP, p. 252.

<sup>249</sup>Cfr. JE, p. 400; Cfr. DS, p. 266. El autor considera que es una actividad compleja discernir cuáles serían esos intereses y que, siendo los derechos individuales en cierta medida abstractos, concierne a la responsabilidad moral de los jueces y legisladores desentrañarlos y acotarlos. Para abordar dicho desafío el autor enfatiza que la potestad moral para restringir los intereses descansa en el respeto del principio de igual consideración y respeto a los individuos, el cual es concebido como la fuente abstracta de los derechos. Cfr. DS, pp. 41, 56.

<sup>250</sup>Cfr. DS, pp. 37, 41; Cfr. JE, pp. 401-402; Cfr. DP, p. 50; Cfr. Paul YOWELL, "A Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights", *The American Journal of Jurisprudence*, 52 (2007) 93, p. 95. Un ejemplo práctico de este razonamiento en el pensamiento de Dworkin reside en el desconocimiento del derecho a la vida de los *nasciturus* bajo el argumento de que no tienen un interés que puedan hacer valer por sí mismos. En palabras del profesor: «He argumentado en otro lugar que el feto no tiene intereses propios. Ninguna criatura tiene intereses a no ser que haya tenido una vida psíquica capaz de generarlos (...) Las criaturas que nunca han sentido dolor, o jamás han hecho planes, o no han creado vínculos de ningún tipo, tampoco han desarrollado intereses que puedan realizarse o frustrarse. Por tanto, no creo que los fetos inmaduros tengan derechos ni que el aborto sea un asesinato, y por ello no creo que el Tribunal Supremo acertó al sostener que criminalizar el aborto temprano es incoherente con el respeto a la responsabilidad personal». DP, pp. 104-105.

<sup>251</sup>Cfr. DS, pp. 276-277; Cfr. Rafael Enrique AGUILERA PORTALES, "Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunitaria y liberal en Ronald Dworkin", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 9 (2015) 377, pp. 401-402; Cfr. YOWELL, "A Critical Examination...", p. 94.

Dije que en los Estados Unidos se supone que los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales en contra de su gobierno, ciertos derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos. Si esta idea algo significa y merece que se haga alarde de ella, estos deben ser derechos en sentido fuerte (...) <sup>252</sup>.

Es aquí que para comprender la funcionalidad de los derechos como cartas de triunfo corresponde responder al interrogante: ¿qué significa entender a los derechos en *sentido fuerte*? Dworkin explica que, debido a la confusión existente sobre el significado de los derechos en el debate político, considerarlos en un *sentido fuerte* implica entender que los individuos están legitimados para hacerlos valer cuando los mismos se encuentran fundamentados en virtud de principios, convicciones o, sin ir más lejos, en la propia conciencia personal <sup>253</sup>. En segundo lugar, advierte que en el campo práctico adquiere relevancia sostener que una persona tiene un derecho en *sentido fuerte* contra el gobierno, cuando su tutela es necesaria para salvaguardar el trato equitativo como sujeto que merece igual consideración y respeto <sup>254</sup>. Esta característica de los derechos morales conlleva a que el Estado o la colectividad social comprometida deba respetar el ejercicio de los mismos aun cuando disientan con respecto a su aplicación, sea porque contrastan con directrices de carácter político o por otros motivos no legítimos para restringirlos <sup>255</sup>.

En esta línea, dado que los derechos protegen intereses legítimos de los individuos, Dworkin detalla que en el campo práctico los mismos adquieren especial importancia cuando son vulnerados con base en objetivos colectivos. Siguiendo este razonamiento, describe:

Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuantos indivi-

---

<sup>252</sup>Cfr. DS, p. 284. Corresponde destacar que según Dworkin «No todos los derechos jurídicos, ni siquiera los derechos constitucionales, representan derechos morales en contra del gobierno. Actualmente, tengo el derecho jurídico de conducir en ambas direcciones por la calle Cincuenta y Siete (de Nueva York) pero el Gobierno no haría mal en convertirla en calle de dirección única si considerase que así se favorece el interés general». Idem, p. 285.

<sup>253</sup>Cfr. Idem, pp. 282-283.

<sup>254</sup>Cfr. Idem, p. 295.

<sup>255</sup>Cfr. Idem, p. 283. Dworkin indica «llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios diversos)». Idem, p. 72.

duos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio<sup>256</sup>.

Por consiguiente, se desprende que, en principio, el gobierno no puede restringir las cartas de triunfo con base en objetivos colectivos<sup>257</sup>. Es por eso que el profesor se opone a las corrientes utilitaristas que supeditan los derechos individuales a metas colectivas, como podría ser el bienestar general o la seguridad social. Dworkin analiza el pensamiento de Bentham, quien considera que afirmar que los derechos son preexistentes a las leyes es un *disparate con zancos*, ignorando así las tesis respetuosas de derechos según la cual estos deben ser tomados en serio por los juristas<sup>258</sup>. El profesor explica que, si bien las teorías utilitaristas modernas no niegan los derechos de los individuos, no los conciben como entidades necesarias para una convivencia armónica, toda vez que condicionan su importancia a la contribución de estados de cosas considerados como provechosos para la sociedad en términos agregativos, con prescindencia de toda elección individual<sup>259</sup>. Por consiguiente, en esta línea, el beneficio general –aunque conlleve un mayor respeto a la ley– es el costo que debe pagarse para garantizar los derechos individuales<sup>260</sup>.

En este sentido, Dworkin advierte que, si bien en un sistema democrático las personas tienen el poder de deliberar y decidir cuestiones sustanciales de gobierno mediante el voto, subraya que los derechos individuales tampoco pueden ser vulnerados bajo el argumento de respetar la decisión de las mayorías, independientemente de que la misma se identifique o no con fines colectivos. Explica:

La existencia de derechos en contra del Gobierno se vería amenazada si el Gobierno pudiera vulnerar uno de esos derechos apelando al derecho de una mayoría democrática a imponer su voluntad. Un derecho contra Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que

---

<sup>256</sup>Idem, p. 37; Cfr. Jacob WEINRIB, “When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality”, *Ratio Juris*, 30 (2017) 341, pp. 342-343. Ronald Dworkin también explica que «el concepto de los derechos y, especialmente, el concepto de los derechos contra el Gobierno, encuentra su uso más natural cuando una sociedad política está dividida y cuando las llamadas a la cooperación o a un objetivo común no encuentra eco». DS, p. 276

<sup>257</sup>Dworkin sostiene que «un estado de cosas es un objetivo dentro de una teoría política determinada si, dentro de esa teoría, el que un acto político favorezca o preserve ese estado de cosas cuenta en favor de dicho acto, y el que lo retarde o lo amenace cuenta en contra de él. Los objetivos pueden ser relativamente específicos, como el pleno empleo o el respeto a la autoridad, o relativamente abstractos, como el mejoramiento del bienestar general, el fomento del poder de una nación determinada o la creación de una sociedad utópica que se ajuste a un concepto determinado de la bondad humana o de lo que es vivir bien». DS, Idem, p. 258.

<sup>258</sup>Cfr. Idem, pp. 34-36.

<sup>259</sup>Cfr. Idem, p. 261.

<sup>260</sup>Cfr. Idem, p. 288; Cfr. Jacob WEINRIB, “When Trumps Clash...”, p. 343.

hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese algo se haga<sup>261</sup>.

Es aquí que Dworkin postula que la institución de los derechos es de vital importancia porque conlleva el compromiso de que la mayoría respetará la dignidad de las minorías, en especial, en aquellos contextos en donde las divisiones entre grupos sean acérrimas y la cooperación escasa<sup>262</sup>. Del mismo modo, argumenta que sería inequitativo que las cuestiones concernientes a derechos que afectan a todos se decidieran por el voto de la voluntad general, puesto que la mayoría sería juez en su propia causa. Siendo esto contrario a la democracia entendida como un conjunto de miembros que se esmeran por salvaguardar el principio de igual consideración y respeto a cada uno de sus miembros<sup>263</sup>. La consecuencia que se desprende de este razonamiento es que, en determinadas circunstancias, cuando los individuos actúan en virtud de sus convicciones legítimas, tienen derecho a quebrantar la ley en *sentido fuerte* a fin de proteger sus derechos fundamentales<sup>264</sup>.

Por último, a modo de corolario, corresponde mencionar que ante el interrogante: ¿por qué tomarnos los derechos en serio? Dworkin menciona las siguientes palabras que derivan de entender a los derechos individuales como cartas de triunfo:

Al comenzar este ensayo dije que quería demostrar lo que debe hacer un gobierno que haga profesión de reconocer los derechos individuales. 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 modo tal que queden aislados por supuestas razones del bien general. Cuando un gobierno se enfrenta con aspereza a la desobediencia civil o hace campaña en contra de la protesta verbal se puede, por ende, considerar que tales actitudes desmienten su sinceridad<sup>265</sup>.

---

<sup>261</sup>DS, p. 289.

<sup>262</sup>Cfr. Idem, pp. 276, 303.

<sup>263</sup>Cfr. Idem, p. 223.

<sup>264</sup>Cfr. Idem, pp. 283, 286, 287.

<sup>265</sup>Idem, p. 302. Antes de finalizar con dicho epígrafe corresponde mencionar que Richard Pildes distingue dos concepciones diferentes de justificación y estructuración de los derechos en el pensamiento de Dworkin: 1-la concepción de la inmunidad; 2-la concepción estructural. Y reconoce que la concepción principal de las cartas de triunfo se relaciona con la primera, aunque advierte que también pueden encontrarse rastros de la segunda a lo largo de las obras del autor. Explica Pildes: «Contrasté dos concepciones generales de los derechos constitucionales. En el primero, el punto de vista de las inmunidades, los derechos emanan de alguna concepción del yo; los derechos demarcan esferas de creencias y conductas aisladas de las preferencias mayoritarias para permitir que se desarrollen los

## 1.3-Excepciones a las cartas de triunfo

Como se indicó con anterioridad para Dworkin los derechos morales son cartas de triunfos que los individuos pueden esgrimir contra las decisiones del Estado. Por lo que corresponde preguntar si esos derechos son de carácter absoluto o, si más bien, existen determinadas ocasiones en las que el Estado puede restringirlos.

En este sentido, el principio general es que el Estado no puede comprometer los derechos individuales cuando estos son ejercidos en un *sentido fuerte*, es decir, ejercidos por los individuos con convicción y en salvaguarda de la dignidad humana<sup>266</sup>. No obstante, también debe indicarse que, puesto que Dworkin no fundamenta su concepción de las cartas de triunfo con postulados metafísicos, no existen dentro de su esquema interpretativo derechos que sean de carácter absoluto en sentido estricto, sino que los mismos se encuentran respaldados por otras concepciones de derechos que se entrelazan entre sí. Por consiguiente, su fortalecimiento se encuentra en el campo de la argumentación, la cual debe ser íntegra y auténtica pero no necesariamente irrefutable. Por lo que, en este aspecto, existe un límite de carácter epistemológico que concierne a cómo construir concepciones de derechos. Así, se deduce que, como los derechos no son absolutos, los mismos encuentran su límite en la labor interpretativa<sup>267</sup>.

Por otra parte, partiendo del punto de que las cartas de triunfo no son absolutas, también corresponde mencionar que existen determinadas circunstancias excepcionales, en las que, según Dworkin, el respeto de los derechos puede encontrarse supeditado a otros intereses. En este sentido, expresa:

---

atributos fundamentales de ese yo. Ofrecí pasajes en Dworkin como un ejemplo de esta concepción antiutilitarista y también noté su amplia aceptación entre los filósofos políticos del liberalismo de derecha, tanto amigos como críticos. (...) Llamo a la segunda visión la concepción estructural de los derechos. Desde este punto de vista, los derechos no se justifican como escudos polivalentes que permiten a las personas hacer lo que quieran, independientemente de los juicios mayoritarios; en cambio, los derechos le niegan al Estado el poder de infringir intereses individuales sobre la base de ciertas razones, pero permiten la infracción por otros motivos. Los derechos no dan derecho a las personas, sino que canalizan los tipos de razones sobre las cuales el estado puede actuar constitucionalmente en diversos contextos institucionales y de otro tipo. Concebidos de esta manera, los derechos todavía se justifican en última instancia sobre la base de los intereses individuales que promueven, pero estos intereses son distintos o se promueven en la concepción de las inmunidades. No existe un deber estatal general de no interferir con tales derechos, pero el deber de no interferir por ciertas razones». Richard H. PILDES, "Dworkin's Two Conceptions of Rights", *University of Chicago Press, The Journal of Legal Studies*, 29 (2000) 309, pp. 311-312, (la traducción es mía).

<sup>266</sup>Cfr. DS, p. 282.

<sup>267</sup>Cfr. Idem, pp. 247-249; Cfr. JE, p. 403.

Quien afirme que los ciudadanos tienen un derecho en contra del Gobierno no necesita ir tan lejos que diga que el Estado no tiene nunca justificación para invalidar ese derecho. Podría decir, por ejemplo, que aunque los ciudadanos tengan derecho a la libertad de expresión, el gobierno puede invalidar ese derecho cuando es necesario para proteger los derechos de otros, o para impedir una catástrofe o incluso para obtener un mayor beneficio público claro e importante —aunque si reconociera esto último como justificación posible no estaría colocando al derecho en cuestión entre los más importantes o fundamentales—. Lo que no puede hacer es decir que el gobierno está justificado para invalidar un derecho basándose en los fundamentos mínimos que sería suficientes si tal derecho no existiera<sup>268</sup>.

Por consiguiente, el profesor expresa que, en caso de que el Estado deba realizar una restricción de los derechos morales, la misma debe efectuarse con responsabilidad, alegando justificaciones que sean pertinentes y que no estén basadas en meras cuestiones de interés general; caso contrario, los derechos perderían su razón de ser<sup>269</sup>. Así, por ejemplo, los ciudadanos tienen el derecho moral a la libertad de expresión y, por ende, también tienen el derecho moral de infringir una ley injusta que sea restrictiva del mismo, es decir, tienen derecho a desobedecer la ley. Pero, ¿pueden ejercer ese derecho de manera aislada como si fuese el único? ¿Pueden, por ejemplo, usar la libertad de expresión para promover discursos antisemitas que generen disturbios dañando así el honor o el derecho de propiedad de otros? En este sentido, aunque el derecho a la libertad de expresión sea una carta de triunfo, la misma debe entenderse en su *correcta medida*. Por eso, Dworkin expresa que es responsabilidad de los jueces y legisladores determinar la medida de los derechos. Este es un límite que es necesario recordar para comprender el rol y los efectos de las cartas de triunfo<sup>270</sup>. Toda vez que los derechos protegen y describen

---

<sup>268</sup>DS, pp. 285-286. De la misma manera, Dworkin señala la necesidad inminente de que las restricciones a los derechos sean auténticamente justificadas, en particular: «Sin embargo, la esencia de la libertad no es un acuerdo sobre casos particulares difíciles, sino una actitud: que las libertades tradicionales son tan cruciales para la dignidad humana que las cuestiones difíciles deben decidirse a su favor en la medida de lo posible, que se debe construir una cerca alrededor y a cierta distancia del corazón de la libertad de expresión, la privacidad y el proceso penal justo, ese gobierno debe asumir la responsabilidad de demostrar que cualquier interferencia con cualquier parte de las libertades fundamentales es realmente necesaria para asegurar algún objetivo esencial». RONALD DWORKIN, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto and Windus, London, 1990, p. 11, (la traducción es mía).

<sup>269</sup>Cfr. DS, p. 284. Conviene mencionar que, según Dworkin, el concepto concerniente a *tener una razón* es de carácter interpretativo. Explica que para dar razones coherentes es necesario construir una estructura compuesta por diferentes conceptos, que justifique lo que es tener una razón. Cfr. JE, p. 73.

<sup>270</sup>Cfr. DS, pp. 283-284.

valores, y puesto que los valores deben entenderse como integrantes de una cápsula geodésica, los derechos no pueden concebirse de manera aislada como si fuesen cartas de triunfo huérfanas. Por eso, antes de discernir si el gobierno se encuentra legitimado en términos democráticos para vulnerar las cartas de triunfo, lo primero que debe determinarse es qué debe entenderse por cartas de triunfo. Así, puesto que las mismas no son absolutas ni divinas, los ciudadanos que se apartan haciendo un uso arbitrario y extensivo de ellas, actúan al margen del derecho, por lo que las autoridades se encuentran legitimadas en restringir el abuso del derecho de los ciudadanos en salvaguarda de la dignidad humana.

Por consiguiente, este razonamiento lleva a indagar sobre el otro lado de la cuestión. Y es que el ejercicio respetuoso de las cartas de triunfo por parte de los ciudadanos, sí limita al Estado en su legitimidad para restringirlos, en especial, bajo el argumento de bienestar general. Lo que, como se advirtió, otorga el derecho a rebelarse contra las leyes que sean injustas y menoscaben su ejercicio, haciendo posible la desobediencia civil. Es por eso que una sociedad que pretenda ser democrática y respetuosa de los derechos morales tiene que reconocer que existen determinados casos en los que el deber de respetar la ley puede ser infringido. Así, por ejemplo, puesto que los individuos tienen derecho a expresarse libremente, el Estado actuaría mal en impedirles expresarse por medio de la censura previa y, lo que es una obviedad, también actuaría en realizarlo cuando su ejercicio se encuentra dentro de los márgenes del derecho<sup>271</sup>. En este sentido, expresa el profesor norteamericano con respecto a las decisiones gubernamentales que se basan en el interés general para limitar los derechos:

La perspectiva de logros utilitarios no puede justificar que se impida a un hombre hacer lo que tiene derecho a hacer, y las supuestas ganancias por el respeto a la ley son simplemente logros utilitarios. Ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciemos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resulten inconvenientes. De modo que el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos, ni siquiera cuando el beneficio en cuestión sea un incremento del respeto por la ley<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup>Cfr. DS, pp. 286-287, 291.

<sup>272</sup>DS, p. 288.

Dworkin, explica que un argumento común que suele utilizarse para recurrir a la limitación de los derechos individuales, sin alegar el ideal colectivo del bienestar general, es aducir que *existen derechos concurrentes*, lo que sucede, en primer lugar, cuando los derechos personales de los individuos entran en conflicto –así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión colisiona con el derecho al honor–. También acontece cuando un derecho personal entra en colisión con un derecho de la mayoría –por ejemplo, cuando el derecho de la libertad de expresión compromete el derecho de la mayoría a la seguridad social–. En primer lugar, considera que, con respecto al conflicto de derechos individuales, si se entiende los derechos a la luz de la indivisibilidad del valor, el conflicto solo puede ocurrir a partir de concepciones erróneas de los derechos, es decir, concepciones que no se respaldan mutuamente, sino que entran en colisión. En este sentido, queda en manos del intérprete construir concepciones adecuadas de los derechos involucrados, dando prevalencia a un derecho sobre el otro, sin menospreciar al segundo sino interpretándolos de tal manera que ambos se fortalezcan<sup>273</sup>. En segundo lugar, subraya que los derechos individuales sí pueden entrar en conflicto con los derechos de la mayoría. No obstante, advierte que en dichos casos es erróneo hablar de derechos concurrentes ya que los derechos de la mayoría no pueden ser tomados como razones legítimas para que el Estado vulnere derechos individuales, ya que en principio –y salvo circunstancias excepcionales como una emergencia social– las cartas de triunfo se encuentran por encima de la voluntad del mayor número, caso contrario, se caería en el error de hacer prevalecer el interés general por sobre los derechos morales. El autor añade que se debe evitar confundir los derechos de la sociedad con los derechos del individuo; caso contrario, aquellos no serían derechos sino objetivos colectivos, y se aniquilarían los derechos individuales<sup>274</sup>. Así, explica que solo deben ser considerados derechos concurrentes aquellos que tienen lugar entre individuos<sup>275</sup>. Expresa:

Alguien tiene un derecho concurrente a ser protegido, que debe ser evaluado frente a un derecho individual a actuar, si esa persona está autorizada para exigir tal protección de su gobierno por cuenta propia, como individuo,

---

<sup>273</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>274</sup>Cfr. Idem, p. 296. Expresa Yowell interpretando a Dworkin: «Un derecho es fundamental si es necesario para proteger la dignidad de una persona, o su posición como igualmente merecedora de preocupación y respeto, o algún otro valor personal de consecuencia similar. Los valores protegidos por los derechos fundamentales aparentemente tienen un carácter objetivo ligado al principio de igualdad, pero Dworkin no define con precisión su base normativa». YOWELL, “A Critical Examination...”, p. 96, (la traducción es mía).

<sup>275</sup>Cfr. DS, p. 289.

sin tener en cuenta si la mayoría de sus conciudadanos se unen a la demanda<sup>276</sup>.

Siguiendo esta vena, sumado al límite de la integridad que exige comprender los derechos individuales de una manera coherente y entrelazada con los demás derechos de la misma familia, Dworkin enseña que existen otros límites que en determinadas ocasiones pueden enarbolarse para legitimar la restricción de derechos por parte del gobierno. Así, menciona como ejemplo situaciones de emergencia social, catástrofes, entre otras, siempre y cuando las mismas sean auténticas y no excusas para dejar de cumplir con el respeto de los derechos. Indica:

Podría argumentar que un gobierno puede estar justificado para recortar derechos personales de sus ciudadanos en una emergencia, o cuando así se puede evitar una pérdida muy grande, o quizá cuando es obvio que puede asegurarse algún importante beneficio. Si la nación está en guerra, es posible que se justifique una política de censura, aunque pueda invadir el derecho a decir lo que uno piensa sobre temas políticamente controvertidos. Pero la emergencia debe ser auténtica. Debe darse lo que Oliver Holmes describía como un peligro claro y presente, y además el peligro debe ser de magnitud<sup>277</sup>.

En conclusión, pueden señalarse tres límites a las cartas de triunfo. El primero, un límite epistemológico –subjetivo– que se encuentra supeditado a la labor del intérprete que tiene el desafío de construir concepciones de derecho que sean coherentes entre sí. El segundo, un límite que concierne al bienestar general –a la decisión de las mayorías– siempre y cuando su restricción se encuentre legítimamente fundamentada y los derechos individuales no estén siendo ejercidos en sentido fuerte. Y, el tercero, un límite circunstancial, según el cual el gobierno puede dejar de lado las cartas de triunfo cuando acontecen circunstancias excepcionales y auténticas que lo ameriten como guerras, catástrofes y emergencias sociales.

---

<sup>276</sup>Ibidem.

<sup>277</sup>Idem, p. 290.

## 2-ENFOQUE FILOSÓFICO DE LAS CARTAS DE TRIUNFO

## 2.1-Fundamentos de las cartas de triunfo

Antes de tratar de desentrañar los fundamentos filosóficos que subyacen en la noción de las cartas de triunfo en el pensamiento dworkiniano, conviene identificar la corriente contra la cual el autor se revela: *el escepticismo*. En esta línea, el profesor explica que dicha vertiente parte de premisas radicales como el desconocimiento de los derechos morales que los individuos pueden interponer contra el Estado<sup>278</sup>. Por consiguiente, el escepticismo solo acepta aquellos derechos de carácter jurídico que la Constitución escrita reconoce, los cuáles protegen intereses personales de las violaciones evidentes que vulneran la moralidad pública y que fueron tenidos en cuenta por los constituyentes o que han sido reconocidos por medio de los precedentes a lo largo de la historia. En este sentido, el profesor norteamericano cita el pensamiento escéptico de Learned Hand –discípulo de Oliver Holmes–, quién sostenía que los derechos morales se identifican con las preferencias de aquellos que los formulan. Por ende, si los jueces sentencian con base en derechos morales y no en derecho positivos, estarían usurpando el lugar de los legisladores, que son los responsables de decidir los estándares por los cuales el pueblo elije gobernarse<sup>279</sup>.

Por lo que, Dworkin se encarga de explicar cuál sería el precio a pagar en caso de que no se reconozcan los derechos de carácter moral:

Es claro que si los hombres no tienen derecho en contra de la mayoría, si la decisión política es simplemente cuestión de cuáles han de ser las preferencias que prevalezcan, entonces la democracia ofrece efectivamente una buena razón para dejar esa decisión en manos de instituciones más demo-

---

<sup>278</sup>Cfr. Idem, p. 218.

<sup>279</sup>Cfr. Idem, pp. 218-219. Dworkin sostiene los siguientes argumentos que podrían alegar los escépticos de los derechos morales: «El escéptico que quiera discutir la posibilidad misma de esta clase de derechos contra el Estado está en una posición difícil. Creo que debe apoyarse en una de estas tres posiciones generales: a) Podría esgrimir un escepticismo moral más amplio, sosteniendo que ni siquiera tiene sentido hablar de la bondad o maldad moral de un acto. Si ningún acto es moralmente malo, entonces el gobierno de Carolina del Norte no actúa mal si niega el transporte escolar a los niños. B) Podría sostener una forma extrema de utilitarismo, que supone que la única razón que tenemos para considerar bueno o malo un acto es la influencia que éste tiene sobre el interés general. Según esta teoría, sería incongruente decir que el transporte pueda ser una exigencia moral, aun cuando no beneficie a la comunidad en general. C) Podría aceptar alguna forma de teoría totalitaria que funda los intereses del individuo con el bien de la comunidad en general y de esa manera niegue que ambos puedan entrar en conflicto». Idem, p. 220.

críticas que los tribunales, aun cuando tales instituciones escojan opciones que repugnan a los propios jueces (...)»<sup>280</sup>.

Por consiguiente, considera de tal relevancia el rol de los derechos morales, que la vulneración de los mismos por parte de los jueces implica desconocer la legitimidad que tienen para resolver sobre ellos, pasando dicha función al fuero de los legisladores. Por lo que los derechos, no solo son instrumentos que protegen los intereses de los individuos contra los actos del gobierno, sino que también actúan como elementos de legitimación de las decisiones políticas que se tomen al respecto<sup>281</sup>.

Siguiendo esta vena, luego de mencionado el problema que conlleva ignorar la importancia de los derechos morales, corresponde desentrañar cuál es la naturaleza que Dworkin les reconoce. En este sentido, como se mencionó en un principio, el profesor norteamericano se diferencia del escepticismo al sostener que existen derechos morales que preexisten a los textos legislativos y que, por ende, pueden ser receptados por las leyes ordinarias y la Constitución, adquiriendo así carácter jurídico. Asimismo, es meritorio mencionar que el hecho de que el autor reconozca que existen derechos con prescindencia de la legislación, no lo enmarca dentro de las teorías iusnaturalistas, toda vez que él mismo rechaza las concepciones que se fundan en la metafísica para fundamentar sus postulados<sup>282</sup>. En esta línea, Dworkin explica los pormenores de su teoría de derechos:

Muchos de los abogados se resisten a hablar de derechos morales, aunque les resulta fácil hablar de lo que está bien o mal que haga el gobierno, porque suponen que los derechos, si es que existen, son una especie de cosas fantasmales que los hombres y las mujeres tienen de manera muy semejante a como tienen otras cosas nada fantasmales, como las amígdalas. Pero el sentido en que yo me propongo hablar de derechos no hace ese tipo de supuestos ontológicos: simplemente, demuestra que una afirmación de derecho es una clase especial –en el sentido de restringida– de juicio referente a lo que está bien o está mal que hagan los gobiernos<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup>Idem, p. 221.

<sup>281</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>282</sup>Cfr. Idem, pp. 36-37, 276; Cfr. JT, pp. 283-284.

<sup>283</sup>DS, p. 219. Sostiene Dworkin con respecto a los derechos naturales al referirse a posición original de Rawls: «Parece adecuado suponer, pues, que la teoría profunda que respalda la posición original debe ser de algún tipo de teoría basada en derechos. Hay otra manera de expresarlo, que hasta ahora he venido evitando. Debe ser una teoría que se base en los conceptos de derechos que son naturales, en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético. Si he evitado esta formulación es porque, para muchas personas, tiene asociaciones metafísicas que la

Por consiguiente, cuando Dworkin se refiere a los derechos naturales, no lo hace en un sentido metafísico como si fuesen atributos espectrales o amuletos que son receptados por las leyes para evitar caer en tiranías. Sino que, por el contrario –y esto se aprecia cuando describe el constructivismo de Rawls– considera que los derechos naturales enmarcados dentro de un programa político exigen que se trate con seriedad la protección de ciertas opciones fundamentales de los individuos que no pueden estar supeditadas a deberes o directrices políticas. El profesor enfatiza que dichos derechos no son meramente consecuencia de un acto legislativo o de la costumbre social propia de una comunidad. Explica que su carácter natural deriva de su capacidad para unificar en forma congruente nuestras convicciones políticas, por lo que afirma que concierne a un supuesto de hecho que apela a un examen de coherencia basado en la experiencia. En este sentido, se desprende que cuando el autor explica los derechos naturales –según su propia concepción– está analizando los derechos morales que preexisten a la legislación<sup>284</sup>.

Sin embargo, para entender con nitidez su concepción de los derechos, puesto que como bien se advirtió la misma no se apoya en ningún postulado metafísico, conviene interrogar: ¿cuál es el fundamento último de los derechos en el universo dworkiniano? La respuesta puede dilucidarse a partir del siguiente párrafo redactado en su obra *Justice for Hedgehogs*, que expresa:

La moral en general tiene una estructura de árbol: el derecho es una rama de la moral política, que a su vez es una rama de la moral personal más general, y esta, a su turno, es una rama de una teoría aún más general de lo que es vivir bien<sup>285</sup>.

De estas líneas se entiende que para el autor el derecho es una rama de la moral política. Por ende, como los derechos individuales son parte del mundo del derecho, aquellos también se fundamentan en la moral. En este sentido, el profesor

---

descalifican. Tales personas piensan que los derechos naturales son atributos espectrales que los primitivos usaban de manera de amuletos y que se incorporan a la civilización para mantener a raya a las tiranías». Y, a renglón seguido, postula: «Pero dentro del modelo constructivo, por lo menos, el supuesto de los derechos naturales no es metafísico ni ambicioso. No exige más que la hipótesis de que el mejor programa político, dentro del sentido de dicho modelo, es el que considere fundamental la protección de ciertas opciones individuales, que no es adecuado subordinar a ningún objetivo o deber o combinación de ellos». Idem, p. 267.

<sup>284</sup>Cfr. Idem, p. 268. En palabras de Dworkin –refiriéndose al constructivismo de Rawls–, sería: «En el modelo constructivo, el supuesto de que los derechos son naturales en este sentido es, simplemente, dado su poder para unificar y explicar nuestras convicciones políticas, un supuesto que hay que hacer y examinar, una decisión programática básica que se ha de someter a esta prueba de coherencia y experiencia». Ibidem.

<sup>285</sup>JE, p. 20.

explica que, no sólo el derecho deriva de la moral, sino que ambos integran un único sistema. En este aspecto, se diferencia del positivismo legalista de Hart que considera al derecho y la moral como dos sistemas antagónicos en virtud de la tesis de las fuentes. Y, de igual modo, también se distancia de Bentham quien menosprecia la moral por ser un dominio de textura abierta que no permite salvaguardar la seguridad jurídica. He aquí que es imposible desentrañar el interrogante liminar sobre la naturaleza de los derechos sin comprender cómo Dworkin entendía a la moral<sup>286</sup>.

En este sentido, según el profesor norteamericano, la moral es un dominio independiente de pensamiento<sup>287</sup>. Premisa que extrae a partir de su interpretación *sui generis* del *principio de Hume* que alega que no puede derivarse un deber ser a partir de un ser<sup>288</sup>. De esta manera, a diferencia de los escépticos que entienden que las personas por sí mismas no tienen ninguna forma fehaciente de descubrir si sus convicciones morales son o no auténticas, Dworkin postula que la regla de Hume, si es bien entendida, no menoscaba la autenticidad de las convicciones. Esto se debe a que los juicios pueden fundarse en razones morales, es decir, en argumentos que integran el mismo reino de la moral y que, por ende, están imbuidos de fuerza deóntica, sin necesidad de surcar hacia el universo del ser para encontrar razones legitimantes<sup>289</sup>. Este razonamiento predice una segunda característica de la moral, para Dworkin «el reino de la moral es el reino del argumento, no del hecho crudo y

---

<sup>286</sup>Este razonamiento integrativo entre el derecho y la moral se encuentra en línea con la estructura que debe tener una tesis de los derechos mediante la cual se intente fundamentar la adjudicación judicial a fin de tomar decisiones justas que salvaguarden los derechos individuales, estructura que contiene un aspecto normativo y otro descriptivo. En este sentido, Dworkin enseña que el *aspecto descriptivo* de una tesis de derechos que trata de explicar la estructura de la adjudicación consiste en una indagación sociológica en virtud de la cual el juez intenta comprender mediante la observación cómo se utilizan y ejercen los derechos en la sociedad. Explica que luego de dicha tarea, realizará su observación como si fuese un participante de la práctica social para poder entender de una manera plausible las creencias y actitudes de las protagonistas que valoran los derechos. Por otra parte, con respecto al *aspecto normativo*, detalla que consiste en justificar la estructura de la adjudicación; por lo que el juez tratará de construir una teoría sobre los derechos que le permita justificar las creencias que los miembros de la comunidad efectúan mediante el ejercicio de los derechos en tela de juicio. De esta manera, analizará la moralidad tradicional que se refleja en la historia institucional de los derechos y la sopesará con su propia moral personal, es decir, con sus convicciones y creencias, a fin de formular juicios que sean congruentes con los principios fundamentales en los que se basan las instituciones. Cfr. DS, pp. 198-199, 204-205.

<sup>287</sup>Cfr. JE, p. 129.

<sup>288</sup>Cfr. Idem, p. 34. Corresponde mencionar que Dworkin también postula que es imposible escapar del reino de la moral y que, de hecho, el mismísimo principio de Hume es de carácter moral. Cfr. Idem, pp. 59, 130.

<sup>289</sup>Cfr. Idem, p. 34.

en bruto»<sup>290</sup>. Por lo que, según él, la moral no se basa en ningún fundamento metafísico, ni en ninguna categoría realista, sino en argumentos morales adecuados<sup>291</sup>.

Siguiendo esta vena, Dworkin enseña que, con respecto a cuestiones de moralidad, la fundamentación con base en argumentos imbuye de *verdad* a los juicios morales. En este sentido, la integridad es el nervio de la verdad. Por lo que la autenticidad de los juicios morales descansa en argumentos que sean coherentes entre sí. El profesor advierte que en cualquier empresa interpretativa –como la de derechos y valores– hay una *verdad por conquistar*<sup>292</sup>, y que ésta es la meta intrínseca que persigue el intérprete en su ambición por construir concepciones genuinas, puesto que sin la verdad nadie haría un mayor esfuerzo por indagar, y lo que es aún peor, las propuestas más apasionadas y fervorosas serían las que terminarían por remplazar a la verdad<sup>293</sup>.

Es de aquí que en el pensamiento de Dworkin los derechos individuales se basan en una construcción que efectúan los jueces a través del lente de la moral, la cual, a su vez, se fundamenta en la aplicación de un método constructivo. Es en esta construcción congruente en donde descansa la objetividad de los derechos, una objetividad procedimental, ya que depende del proceso que sigue el intérprete para elaborar sus concepciones de derecho. Por consiguiente, en el pensamiento del autor la moral depende de la interpretación o, más precisamente, de la aplicación de la teoría de la interpretación integrativa<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup>Idem, p. 27.

<sup>291</sup>Cfr. Idem, p. 26. Así, por ejemplo, en la premisa *torturar bebés es incorrecto* subyace un argumento moral que la fundamenta. Cfr. Idem, pp. 24-25, 45-46.

<sup>292</sup>Cfr. Idem, p. 196.

<sup>293</sup>Cfr. Idem, p. 193; Cfr. JT, pp. 283-284; Cfr. DP, p. 66. Conviene recordar que según Dworkin, en la interpretación, a diferencia de la ciencia, la búsqueda de la verdad –meta intrínseca– y la alegación de argumentos –meta justificativa– se encuentran unidas. Expresa el autor: «Al contrario de lo que sucede con las afirmaciones científicas, las proposiciones interpretativas no pueden ser meramente verdaderas: solo pueden ser verdaderas en virtud de una justificación interpretativa que se base en un complejo de valores, ninguno de los cuales puede tampoco ser meramente verdadero». JE, p. 194.

<sup>294</sup>Expresa Rafael Aguilera que «En su famosa obra *Taking Rights Seriously*, publicada en 1977, Dworkin sostiene una visión clara de los derechos humanos como derechos fundamentales de los ciudadanos, como triunfos políticos ante cualquier decisión arbitraria o abusiva del poder político. Nuestro pensador ha insistido mucho en su teoría político-jurídica en los principios que tienen su origen no tanto en alguna decisión particular de algún legislador, sino en convicciones, prácticas, intuiciones profesionales y populares entendidas en sentido amplio. Y además los principios tienen una peculiaridad: “son proposiciones que describen derechos”. Los derechos se imponen en particular a las “directrices políticas” (*policies*) definidas en términos utilitaristas. Un derecho es algo que debe ser respetado y satisfecho, aun cuando su respeto y satisfacción vayan contra la directriz política a favor del interés general. Los derechos, que son descritos a través de los principios pertenecen en parte, no al sistema normativo jurídico, sino a la vida y la cultura: es decir, a la moralidad de una determinada comunidad». AGUILERA PORTALES, “Los derechos humanos...”, p. 398.

## 2.2-La teoría de la interpretación como herramienta de construcción

Ante este desafío, Dworkin se propone elaborar una teoría que explique la estructura que deben tener los argumentos para que las concepciones que se construyan puedan ser auténticas. En este aspecto, indica que no aspira a construir una metafísica sino un método a través del cual se puedan comprender los conceptos morales, los cuales se expresan a través de concepciones que son resultados de juicios morales basados en convicciones personales. En este sentido, actuar de manera responsable consiste en interpretar los conceptos de una forma coherente, es decir, buscando que las concepciones que se construyan sean armónicas entre sí, ya que el reino de la moral es indivisible, no existe conflicto de valores sino respaldo mutuo<sup>295</sup>. En este sentido, afirma que «la verdad solo puede ser reivindicada por una integración exitosa»<sup>296</sup>. Por consiguiente, el autor remarca que la responsabilidad, es decir, la virtud consistente en abordar los conceptos morales por medio de un holismo interpretativo, es su epistemología moral, una epistemología integrada<sup>297</sup>. Señala «la moral es una empresa interpretativa»<sup>298</sup>, y subiendo un peldaño más enfatiza que «la moral política depende de la interpretación y la interpretación depende del valor»<sup>299</sup>. Expresa:

La fe del erizo es que todos los valores verdaderos forman una red interconectada y en cada una de nuestras convicciones sobre lo que es bueno, correcto o bello tiene algún papel a la hora de respaldar cada una de nuestras demás convicciones en cada uno de esos dominios de valor. Podemos buscar la verdad sobre la moral solo si perseguimos la coherencia respaldada de la convicción<sup>300</sup>.

En esta línea, advierte que probablemente dos personas que se esmeran por razonar de una manera responsable lleguen a resultados distintos sobre lo que es correcto o incorrecto hacer en relación a un caso concreto. Sin embargo, ambos compartirán la creencia que hay una forma virtuosa de proceder para indagar sobre lo que es moralmente correcto<sup>301</sup>. Por eso, ante interpretaciones diferentes dos personas pueden discrepar, pero, aun así, ante este desacuerdo todavía queda algo por hacer. Los intérpretes pueden demostrar que han actuado de una manera res-

---

<sup>295</sup>Cfr. JE, p. 59.

<sup>296</sup>Idem, p. 32.

<sup>297</sup>Cfr. Idem, pp. 28, 129-130.

<sup>298</sup>Idem, p. 28.

<sup>299</sup>Idem, p. 22.

<sup>300</sup>Idem, p. 155.

<sup>301</sup>Cfr. Idem, p. 156.

ponsable en la construcción de las mismas, pueden demostrar que siguieron el mismo método, un método coherente para arribar a sus conclusiones<sup>302</sup>.

No se puede dejar de mencionar una característica funcional que se desprende de la teoría de la interpretación dworkiniana, es el hecho de que la misma sólo sirve para comprender los conceptos que sean de carácter interpretativo –morales y políticos– que describen valores como la igualdad, la libertad, la democracia o los derechos que los protegen<sup>303</sup>. Estos se caracterizan porque no tienen un contenido preciso, no se encuentran limitados por la metafísica ni la ciencia científica, sino que su uso correcto depende de la interpretación que se realice de ellos. De este modo si la interpretación que se efectúa de valores que pertenecen a la misma familia –como la benevolencia y la honestidad– es conflictiva, dichas interpretaciones carecerán de coherencia<sup>304</sup>. Como se indicó previamente, estos conceptos son compartidos por los miembros de una sociedad porque comparten las prácticas y experiencias en la que los mismos son utilizados. En otras palabras, porque adhieren a las mismas tradiciones interpretativas, es aquí que se discrepa sobre cuál es la mejor interpretación de dichas prácticas y, por consiguiente, cuál es la mejor forma de expresar dichos valores<sup>305</sup>. No por nada, Dworkin enseña que la interpretación es un fenómeno social, puesto que las concepciones se producen en comunidad y, a medida que los miembros van formando concepciones de distintos valores, también construyen su personalidad<sup>306</sup>. Dworkin sugiere que, así como para un director teatral existe una mejor manera de escenificar a Hamlet que es más fiel y veraz en comparación a otras interpretaciones con respecto a la obra original, también existe una forma de interpretar un valor que es mejor que otras. La misma se logra acudiendo a otros valores de la misma familia para evitar así caer en una circularidad, por lo que los conceptos deben integrarse unos con otros para que pueda arribarse a concepciones armónicas y convincentes<sup>307</sup>. Por eso, para que pueda existir una interpretación adecuada es necesario aceptar la creencia de que existe una verdad objetiva en el valor, una verdad que merece ser construida y que descansa en la inte-

---

<sup>302</sup>Cfr. Idem, pp. 130-131.

<sup>303</sup>Cfr. Idem, pp. 199-201.

<sup>304</sup>Cfr. Idem, p. 154; Cfr. JT, pp. 283-284.

<sup>305</sup>Cfr. Idem, pp. 21, 167, 198, 199.

<sup>306</sup>Cfr. Idem, p. 198.

<sup>307</sup>Cfr. Idem, pp. 161, 22.

gración de los valores –y no necesariamente en la correspondencia con la realidad–  
 308.

Por último, ahondando un poco más, como se expresó previamente, Dworkin explica que las personas moralmente responsables se esmeran por actuar con base en convicciones y principios<sup>309</sup>. Es aquí que estos elementos son significantes para el intérprete al momento de elaborar sus concepciones de los valores. En este sentido, enseña que el juicio moral se basa en convicciones que se encuentran respaldadas por alegaciones morales y causadas por la historia personal<sup>310</sup>. En su afán por describir los fundamentos del valor, explica:

No hay hechos morales desnudos: el razonamiento moral, como he dicho, implica recurrir a una serie encastrada de convicciones sobre el valor, cada una de las cuales podría a su turno recurrir a otras de ellas<sup>311</sup>.

En esta línea, no sólo destaca la importancia de las convicciones en lo concerniente a la construcción de concepciones adecuadas sobre el valor, sino que también resalta que hay una manera apropiada de analizarlas. Explica que las convicciones influyen sobre la voluntad en la toma de decisiones, por eso detalla la necesidad de discriminar entre convicciones efectivas y convicciones insinceras e irracionales las cuales conducen a tomar decisiones erróneas. Al mismo tiempo, señala que las convicciones no se encuentran en un compartimiento aislado de la personalidad, sino que conviven con una diversidad de actitudes e inclinaciones –emociones, preferencias, prejuicios, entre otras– que también influyen en la decisión a tomar. Así, la virtud de la responsabilidad moral exige al intérprete construir concepciones de valores políticos coherentes a partir de sus convicciones efectivas de manera que formen entre sí un filtro lo suficientemente sólido como para soportar las presiones de los elementos perjudiciales que emanan de su historia personal, sin perder de vista los ideales de la integridad y la búsqueda de la verdad<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup>Cfr. Idem, pp. 191-192. Dworkin señala que debe respetarse que existe una distancia entre la verdad y la responsabilidad. Por ende, una interpretación adecuada no garantiza una verdad moral. Cfr. Idem, p. 59.

<sup>309</sup>Cfr. Idem, p. 144.

<sup>310</sup>Cfr. Idem, pp. 115-116, 69.

<sup>311</sup>Idem, p. 152.

<sup>312</sup>Cfr. Idem, pp. 139-140. Haciendo referencia al modelo constructivo de Rawls y en relación a las convicciones que deben guiar a un funcionario, Dworkin expresa: «(...) Su motor es una doctrina de la responsabilidad que reclama a los hombres que integren sus intenciones y que, cuando es necesario, subordinen algunas de ellas a esa responsabilidad que reclama a los hombres que integren sus intuiciones y que, cuando es necesario, subordinen algunas de ellas a esa responsabilidad. Presupone que para cualquier concepción de la justicia es esencial una coherencia expresa, y que las decisiones se

Siguiendo esta línea, aparte de las convicciones, como se expresó previamente, el intérprete también razona con base en principios. Esto se debe a que para Dworkin el reino de la moral es de carácter indivisible, en su labor constructiva el intérprete debe respetar el principio de moralidad máximo conocido como el principio de igual consideración y respeto, en el cual se subsume la dignidad humana<sup>313</sup>. En esta línea, el autor resalta la necesidad de atesorar la dignidad, y toda vez que la dignidad es uno de los tantos valores que integran la red interconectada de valores, el mismo no puede quedar afuera en la construcción de las concepciones que se efectúan de los demás valores bajo el riesgo de devenir arbitrarias. Es por eso que las interpretaciones que se efectúan tienen que realizarse a través del lente de la dignidad, en línea con el principio troncal de igual consideración y respeto<sup>314</sup>.

### 2.3-Balance sobre las cartas de triunfo

Después de esta explicación sobre los lineamientos fundamentales en el pensamiento dworkiniano, es posible proceder a un análisis más pormenorizado de los derechos morales.

En este sentido, se detalló que mediante la *imagen de árbol* Dworkin explica que la moral es un reino independiente e indivisible y que el derecho es una rama de la misma. Ambos elementos componen un único sistema, otorgando la moral fundamento al derecho. También se detalló que en cuestiones de moralidad hay una verdad que merece ser conquistada, es decir, hay un norte que el intérprete debe seguir en su actividad interpretativa. Así, puesto que la moral es una empresa interpretativa, la manera que tiene el intérprete de aspirar a la verdad es construyendo concepciones de valores que se fortalezcan entre sí como si entre ellas formasen una cápsula geodésica. También se indicó que las concepciones descansan en convicciones que deben entenderse de una manera adecuada como si formasen un filtro lo suficientemente denso para purificarlas de los motivos de la personalidad – preferencias, gustos, prejuicios, entre otros– que impiden construir concepciones íntegras y auténticas. Al mismo tiempo, se expresó que las concepciones se encuen-

---

tomen de acuerdo con un programa que se pueda hacer público y seguir mientras no se cambie (...). Y, en la siguiente página, añade: «(...) El modelo constructivo exige, pues, coherencia por razones independientes de moralidad política; toma como datos las convicciones sostenidas con la necesaria sinceridad, y procura imponer condiciones a los actos de los que tales intuiciones se podrían considerar garantía. Si el modelo constructivo ha de construir una moralidad, en cualquiera de los sentidos que he distinguido, estas razones independientes de moralidad políticas constituyen el núcleo de nuestras teorías políticas». DS, pp. 249-250.

<sup>313</sup>Cfr. JE, p. 402.

<sup>314</sup>Cfr. Idem, pp. 29, 400-403; Cfr. DS, pp. 40-41.

tran respaldadas por argumentos, aspecto que se encuentra en línea con la premisa de que la verdad es argumentativa y, por ende, no descansa en postulados metafísicos. Por último, se detalló que hay un valor que es fundamental, la dignidad humana, que se encuentra cimentado en el principio de igual consideración y respeto, el cual exige que las concepciones de los valores que se elaboren tengan que respetarlo para que sean coherentes.

Por lo que luego de esta sucinta síntesis corresponde interrogar: ¿Cuál es la relación que existe entre estas afirmaciones y los derechos morales? Desde ya, la respuesta no es sencilla, pero Dworkin describe la siguiente idea que ilumina la realidad de los derechos:

Nuestros juicios morales son interpretaciones de conceptos morales básicos, y examinamos esas interpretaciones situándolas en un marco valorativo más amplio a fin de ver si encajan con las que consideramos mejores concepciones de otros conceptos y son respaldadas por ellas. Vale decir que generalizamos el enfoque interpretativo que he descripto. Debemos abordar con ese enfoque todos nuestros conceptos morales y políticos. La moral en su conjunto, y no solo la moral política es una empresa interpretativa<sup>315</sup>.

Es aquí que para su análisis es necesario partir del punto de que los derechos individuales identifican valores y que, al mismo tiempo, deben ser abordados desde un enfoque interpretativo. Esto se debe a que, dentro del esquema dworkiniano, los derechos son conceptos morales y políticos y, por ende, conceptos interpretativos. En este aspecto, el corolario *los derechos individuales son conceptos interpretativos*, es vital para comprender cómo los derechos interactúan entre sí. Y que, por tanto, las personas que los comparten lo hacen porque participan de las prácticas sociales y experiencias en las que los mismos se encuentran involucrados, lo que conlleva que puedan comprender el contenido de lo que se encuentran debatiendo cuando se refieren a un derecho determinado que describe un valor. Dworkin explica que los miembros de la sociedad que comparten las mismas prácticas discrepan sobre cuál es la mejor concepción del derecho en tela de juicio, discrepan en cuál debería ser su extensión y cómo los mismos deberían aplicarse en forma correcta. Sin embargo, como se advirtió, también expresa que existe una concepción que es mejor que las demás. De este modo, afirma que existe una única verdad que debe ser respaldada por argumentos coherentes. Esto lleva a la conclusión de que sería erróneo suponer un conflicto entre derechos, porque, puesto que estos protegen e identifican valores, sería incoherente aceptar la existencia de fisuras dentro del reino del valor. El

---

<sup>315</sup>JE, p. 28.

desafío, una vez más, consiste en elaborar concepciones de los derechos individuales que sean congruentes entre sí, de tal manera que parezcan auténticas en sí mismas. Esta es la meta a la que el intérprete se propone llegar. Por eso, con respecto a la objetividad en los derechos, la misma se encuentra subordinada al método que el intérprete sigue para construir sus concepciones de derecho, es decir, al abordaje que efectúa a través de una teoría de la interpretación basada en la integridad y en el argumento<sup>316</sup>.

En esta línea, Dworkin resalta, a modo crítico, que existe una verdad insobornable, y es que los juicios mediante los que se construyen las distintas interpretaciones, se encuentran supeditados a una diversidad de factores, sean culturales, económicos, políticos, históricos, entre otros. También advierte que el principio de moralidad más abstracto –principio de igual consideración y respeto– en el cual se funda la dignidad y entrelaza a todos los valores y derechos, es de carácter objetivo independientemente de los factores materiales<sup>317</sup>. En esta línea, es meritorio señalar que los derechos individuales participan de la misma objetividad que el principio del cual derivan. Esta premisa permite entender la naturaleza interpretativa de los mismos, ya que son producto del razonamiento moral, es decir, de la actividad intelectual del intérprete que se esmera por construir concepciones coherentes a partir de un principio básico –también llamado por Dworkin como *derecho abstracto*–. El autor expresa a modo introductorio en *Taking Rights Seriously*:

El libro sugiere, no obstante, una forma preferida de defensa de los derechos políticos, que es la derivación de derechos particulares a partir del derecho abstracto a igual consideración y respeto, que se toma fundamental y axiomático<sup>318</sup>.

Dworkin explica que este principio es de carácter objetivo y, puesto que los derechos políticos derivan de él, las concepciones que se establezcan deben respetar dicho principio para que sean auténticos y sirvan como verdaderas cartas de triunfo. Así, puede entenderse que los derechos son producto de una construcción racional que debe ser coherente en sí misma y que, por ende, la naturaleza de los mismos es necesariamente constructiva. Las concepciones que se elaboren de ellos solo adquieren sentido dentro de un esquema íntegro llamado por el profesor *red interconectada de valores*. En este sentido, el respeto de los derechos hace que las decisiones políticas de gobierno sean legítimas. Es aquí que indica que el poder político

---

<sup>316</sup>Cfr. Idem, pp. 20-22, 27-28.

<sup>317</sup>Cfr. DS, pp. 40-42; Cfr. JE, pp. 402, 412.

<sup>318</sup>DS, p. 41.

de una comunidad para imponer obligaciones a sus miembros radica en tratarlos con igual consideración y respeto<sup>319</sup>.

## II-COLISIÓN Y ARMONIZACIÓN DE DERECHOS

### 1-¿CONFLICTO DE DERECHOS?

#### 1.1-Indivisibilidad del reino del valor

En virtud del contenido explicado hasta aquí y en aras de abordar más detenidamente el presente epígrafe, es meritorio enunciar a modo de síntesis los siguientes corolarios del pensamiento de Dworkin:

- El derecho es una subdivisión de la moral –ambos conforman un sistema único<sup>320</sup>.

---

<sup>319</sup>Cfr. JE, pp. 402, 412-413. Puede observarse que el modelo de Dworkin se asemeja al modelo constructivista de Rawls. En este sentido, expresa Dworkin al referirse a dicho modelo: «El segundo modelo es muy diferente. No trata las intuiciones de la justicia como indicios de la existencia de principios independientes, sino más bien como rasgos estipulados de una teoría general por construir, como si un escultor se propusiera esculpir el animal que mejor se adecue a una pila de huesos que ha encontrado casualmente. Este modelo “constructivo” no supone, como el modelo natural, que los principios de justicia tengan ninguna existencia fija y objetiva, de modo que las descripciones de tales principios deban ser verdaderas o falsas de alguna manera estándar. No supone que el animal que hace coincidir con los huesos exista realmente. Establece el supuesto, diferente y en ciertos sentidos más complejo, de que hombres y mujeres tienen la responsabilidad de organizar los juicios particulares sobre cuya base actúan en un programa de acción coherente o, por lo menos, que ése es el tipo de responsabilidad que tienen los funcionarios que ejercen el poder sobre otros hombres». DS, p. 247.

<sup>320</sup>Cfr. JE, p. 491; Cfr. JT, pp. 44-45.

- A su vez, la moral pertenece a un reino más grande, el reino del valor, el cual es indivisible<sup>321</sup>.
- Y, por último, los derechos protegen e identifican valores<sup>322</sup>.

Mediante el análisis holístico de la doctrina de Dworkin sería incorrecto aducir que pueda existir un conflicto de derechos. En este sentido, las cartas de triunfo no colisionan entre sí, sino que, como se explicó, las mismas protegen valores que pertenecen a un mismo reino, el reino del valor, el cual no admite divisiones. Es aquí que el desafío del intérprete, si en verdad actúa con responsabilidad, es construir mediante el razonamiento moral —en el cual entran en juego sus convicciones— concepciones de los derechos afectados que sean coherentes entre sí. Es decir, que no confronten y que al mismo tiempo se refuercen las unas con las otras. Señala Dworkin:

La filosofía política, que pretende entender mejor los valores políticos, debe ubicar su propio trabajo dentro de esta gran estructura. El objetivo debe ser, primero, construir concepciones o interpretaciones de cada uno de estos valores que refuercen al resto, una concepción de la democracia, por ejemplo, que sea útil para la igualdad y la libertad, y concepciones de cada uno de estos valores que sean también útiles para la democracia así entendida. Debe tener además la pretensión estas concepciones políticas como parte de una estructura de valor aún más inclusiva que conecte la estructura política no sólo con la moralidad en términos generales, sino también con la ética<sup>323</sup>.

La forma de demostrar dicha idea es mediante argumentos que expliquen la idoneidad de las interpretaciones efectuadas, de manera que éstas puedan ser tomadas como auténticas. Esto se debe a que, como se observó, la verdad en Dworkin es argumentativa y, por ende, es ilusorio pensar en concepciones alejas del argumento. Asimismo, un dato no menor es que las concepciones de los derechos —y cualquier otro valor interpretativo— deben cumplir con un presupuesto básico, las mismas deben ser diseñadas a la luz del principio de la dignidad humana consistente en la igual consideración y respeto de los miembros de una comunidad política. Tal presupuesto, de alguna manera, contribuye a otorgar un carácter objetivo a las concepciones resultantes, ya que los intérpretes deben perseguir un mismo obje-

---

<sup>321</sup>Cfr. JE, pp. 20, 491.

<sup>322</sup>Cfr. DP, pp. 49-50; Cfr. JE, pp. 21-22, 202-204, 400-401; Cfr. DS, pp. 266, 277, 278, 384.

<sup>323</sup>JT, p. 179.

tivo, velar por la dignidad en un sistema democrático en donde las discrepancias con respecto a cómo deben entenderse los derechos concretos es un rasgo común.

El profesor explica este enfoque en diálogo con Isaiah Berlin al abordar las concepciones de los valores de la igualdad y la libertad. Menciona que estas deben cumplir con las exigencias mencionadas. Detalla:

La manera más económica de producir una teoría sustantiva de los derechos políticos consiste en construir y defender concepciones de estos conceptos interpretativos centrales –libertad e igualdad–. Esto es lo que intento hacer en los próximos capítulos. Apuntamos, recuérdese, a interpretar los dos principios fundamentales de la dignidad humana a fin de que no sea necesario ningún compromiso entre ambos y de que cada uno complemente y refuerce al otro. Así, debemos rechazar la opinión hoy popular entre los filósofos políticos en el sentido de que la libertad y la igualdad son valores en conflicto. Esperamos definir las juntas: no solo como compatibles, sino en su entrelazamiento<sup>324</sup>.

Asimismo, corresponde mencionar cuál es el modelo filosófico de trasfondo que utiliza Dworkin para legitimar su interpretación holística de los valores y, de igual modo, de las cartas de triunfo. En este sentido, como también se detalló en el capítulo anterior, el profesor legitima su postura a partir de los postulados de los filósofos de la Antigua Grecia. Según Dworkin estos interpretaban las virtudes, no analizándolas en forma aislada como si cada una estuviese en un compartimiento estanco, sino que más bien trataban de hacerlo desde un enfoque interrelacional<sup>325</sup>. De esta manera, conceptualizaban a las virtudes contrastándolas unas con otras de tal modo que se refuerzan entre sí, formando entre ellas una red interconectada. Explica que así fundían la moral con la ética. Por un lado, la moral que se pregunta por el modo de vida más íntegro que puede elegir un individuo para desarrollarse –es decir, fomentando sus virtudes–. Por el otro, la ética, que se pregunta por los individuos en relación con los demás. Así, resalta la necesidad de crear una comunidad en la que sea posible alcanzar la felicidad –*eudemonia*–, mediante la práctica de virtudes sociales –como la amistad– que se encuentran vinculadas, en forma recíproca, con las virtudes individuales<sup>326</sup>.

---

<sup>324</sup>JE, p. 403.

<sup>325</sup>Cfr. JE, pp. 32, 132.

<sup>326</sup>Cfr. Idem, pp. 230-231.

## 1.2-Crítica a la filosofía arquimédica

Para poder comprender los derechos en el pensamiento de Dworkin es necesario indagar sobre la naturaleza de los valores, ya que estos son protegidos por aquellos. En este sentido, si bien este tema ha sido abordado en el capítulo anterior, conviene recordar la crítica que Dworkin efectúa a los filósofos Herbert Hart e Isaiah Berlin, la cual se identifica con una reacción a la forma que tienen de entender los valores. Esto se debe a que, según Dworkin, los abordan como si fuesen neutrales y descriptivos, prescindiendo de la aceptación de que los valores poseen un carácter normativo. Por tanto, los intérpretes y jueces no toman una posición marginal y desinteresada cuando resuelven sobre ellos, sino más bien comprometida con sus convicciones.

En esta línea, objeta la concepción iusfilosófica de Hart, la cual se enmarca dentro del positivismo y muestra determinadas características. En primer lugar, el autor positivista sostiene que el procedimiento para identificar el derecho y considerarlo como válido es de carácter descriptivo, no evaluativo –sea moral o ético–; es decir, el derecho se analiza desde afuera –desde los ojos de un sociólogo– sin participar activamente de la práctica social. En segundo lugar, aduce que su procedimiento pretende analizar el derecho desde un enfoque filosófico más que jurídico<sup>327</sup>. El profesor norteamericano rechaza ambas características del modelo hartiano. Afirma:

Defendí que una teoría general sobre cómo identificar el derecho válido, como es la propia teoría de Hart, no es una descripción neutral de la práctica jurídica sino una interpretación de esta práctica que pretende justificarla y no meramente describirla, para mostrar por qué la práctica es valiosa y cómo debería funcionar para proteger y desarrollar ese valor<sup>328</sup>.

En este sentido, Dworkin señala que una teoría de la interpretación jurídica se fundamenta en convicciones y, al mismo tiempo, en juicios éticos y morales; aspecto que se encuentra en línea con la labor procedimental que debe seguir un juez para resolver qué es el derecho en un caso concreto. Desafío para el cual es necesario interpretar una norma anterior a fin de discernir cuáles son los principios que la justifican y, en virtud de ellos, discernir qué requieren como respuesta<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup>Cfr. JT, p. 159.

<sup>328</sup>JT, p. 160.

<sup>329</sup>Cfr. Ibidem.

El profesor norteamericano detalla que el argumento que utiliza Hart para afirmar que su análisis no es normativo es común en la filosofía contemporánea, y lo identifica con el nombre de *filosofía arquimédica*. Menciona que los filósofos que adhieren a dicha corriente distinguen dos clases de discursos. Por un lado, discursos de primer orden, que son los discursos del mundo corriente que indaga sobre qué es lo correcto o incorrecto, lo verdadero o falso. Y por el otro, discursos de segundo orden –meta discursos–, que incumben sobre los anteriores y son propios de los filósofos que se esmeran por examinar los conceptos de primer orden, clasificando los argumentos que los fundan con base en categorías filosóficas. Dworkin detalla que la filosofía arquimédica más relevante es la *metaética*, que se caracteriza por indagar sobre el estatus lógico de los distintos juicios valorativos que los individuos del mundo corriente realizan –por ejemplo: la eutanasia es moralmente incorrecta, la discriminación inversa es inmoral–. De este modo, detalla que dentro del enfoque metaético hay corrientes que señalan, por un lado, que los juicios valorativos son objetivos y verdaderos puesto que describen un hecho moral independiente, es decir, con prescindencia de la subjetividad. O, por el otro, que hay corrientes que identifican a los juicios morales con expresiones subjetivas como emociones, preferencias, gustos personales, entre otros. Menciona que ambas posiciones arquimédicas coinciden en que las premisas que efectúan sobre los juicios valorativos –tanto objetivas como subjetivas–, no son en sí mismas juicios de valor, sino que más bien son conceptuales y descriptivas.<sup>330</sup>

No obstante, a pesar de dicha defensa propia de las teorías metaéticas, Dworkin insiste en que las mismas se identifican con juicios morales de carácter abstracto o general. Detalla que las teorías arquimédicas –como la de Hart que pretende ser sólo descriptiva–, suelen postular como estrategia argumentativa, para evitar ser catalogadas como morales y/o valorativas, la distinción que se efectuó precedentemente sobre los distintos niveles de discurso. Esto es, el discurso comprometido de los ciudadanos y el discurso neutral de los filósofos<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup>Cfr. Idem, pp. 160-161.

<sup>331</sup>Cfr. Idem, pp. 161-162. Dworkin expresa al referirse a los niveles del discurso que los filósofos arquimédicos distinguen entre: 1-juicios de primer orden –juicios sustantivos– que son propios de los individuos comunes, y se reflejan cuando explican sus posiciones con respecto a la democracia, la libertad, la justicia y demás ideales políticos; 2-y los análisis filosóficos, de segundo orden, que también se explayan sobre los ideales políticos aunque desde un enfoque neutral. Por consiguiente, mientras las personas comunes entran discrepan al tratar de discernir qué debería exigir la democracia o la justicia; los filósofos tratan de examinar qué es realmente la democracia o la justicia y por qué se producen desacuerdos en el primer nivel, sin inmiscuirse en cuestiones como qué valor debería ser considerado preponderante o dejado de lado según circunstancias determinadas. Cfr. Ibidem.

Ante dichas teorías la posición de Dworkin es clara: el arquimedismo es una posición sustantiva, comprometida y normativa. Es por eso que señala la siguiente posición que tratará de demostrar:

Esta versión del arquimedismo es también errónea. Defenderé que las definiciones o análisis de conceptos como el de igualdad, libertad o derecho son tan sustantivos, normativos y comprometidos como cualquiera de las opiniones en pugna en las apasionadas batallas políticas sobre estos valores<sup>332</sup>.

## 2-DISCREPANCIAS ENTRE DWORKIN Y BERLIN

### 2.1-Objeción al pluralismo valorativo de Isaiah Berlin

Como bien se indicó en varias oportunidades la idea principal del esquema interpretativo de Dworkin es que los valores deben interpretarse de una manera armónica de tal forma que se refuercen entre sí. Esta noción contrasta con la concepción de los valores defendida por el politólogo Berlin, quien sostiene que los valores pueden colisionar, aunque esto no implica que algunos valores sean falsos y otros verdaderos, sino que a veces el intérprete se encuentra obligado a elegir unos en detrimento de otros. En este sentido, cita la siguiente afirmación de Berlin:

Lo que resulta claro es que los valores pueden colisionar. Los valores pueden fácilmente estar en conflicto dentro del seno de un mismo individuo. Y de ahí no se sigue que algunos deban ser verdaderos y otros falsos. Tanto la libertad como la igualdad forman parte de los bienes primarios perseguidos por los seres humanos desde hace muchos siglos. Pero la libertad plena para los lobos es la muerte para los corderos. Estas colisiones de valor son la esencia de lo que son y de lo que somos<sup>333</sup>.

Y, a reglón seguido, agrega:

Si nos cuentan que estas contradicciones serán resueltas en algún mundo perfecto donde todo lo bueno está en armonía de principio, deberemos entonces responder a los que realizan esta afirmación que los significados que asignan a los nombres para nosotros denotan los valores en conflicto no son

---

<sup>332</sup>Idem, p. 162.

<sup>333</sup>Idem, p. 123.

los nuestros. Si son transformados, lo son dentro de concepciones absolutamente desconocidas para nosotros. La noción del conjunto perfecto, la solución final en la que todas las cosas buenas coexisten no me parece solamente inalcanzable –esto es un truismo– sino algo conceptualmente incoherente. Algunos de los bienes más grandes no pueden vivir juntos, y cada elección puede comportar una pérdida irreparable<sup>334</sup>.

En adición a esta visión antagónica de los valores, Berlin condena el ideal holístico dworkiniano y considera que las teorías que alegan la existencia de un conjunto perfecto de valores son falsas y peligrosas.<sup>335</sup> Por su parte, el profesor norteamericano resalta que es verdad que a lo largo de la historia han existido príncipes tiranos que trataron de justificar crímenes atroces apelando a ideales morales y políticos que se complementaban armónicamente –como los cadáveres del estalinismo–. No obstante, también afirma que hubo príncipes zorrunos que cometieron crímenes sosteniendo ideas contrarias, como el conflicto de valores según el cual ninguna elección puede ser interpretada como única y verdadera –por ejemplo, podría mencionarse el liberalismo exacerbado de Norteamérica en relación a las guerras por el petróleo o la caída del imperio romano de occidente a causa de los excesos de sus ciudadanos–. Por ende, tanto en el erizo como en el zorro, existen riesgos que son ineludibles<sup>336</sup>.

Por otra parte, Dworkin destaca que si bien Berlin no considera la existencia de un entretejido complejo de valores, tampoco acepta la tesis escéptica que considera un sinsentido la existencia de valores objetivos. Por lo tanto, resalta que Berlin sostiene que existen valores objetivos y que hay un conflicto inevitable entre ellos. En este sentido, Berlin considera que las personas están en desacuerdo sobre cuál es la verdad, lo que refleja la existencia de un conflicto dentro del seno de la verdad, pues este desacuerdo existe en el interior de cada persona y se proyecta al exterior. Por ende, los valores colisionan de una manera profunda. Así, piensa que el ideal de la integridad entre valores es inalcanzable toda vez que abrazar un valor para protegerlo implicaría comprometer otro valor. Así, por ejemplo, una persona podría creer que una vida de lujos, placeres y ostentación sería efectivamente espléndida, pero también, podría pensar que la prudencia acerca del buen vivir,

---

<sup>334</sup>Ibidem.

<sup>335</sup>Cfr. Idem, pp. 153-154; Cfr. JR, pp. 123-124; Cfr. WINTER, “Justice for Hedgehogs...”, p. 467. Del pensamiento de Dworkin se desprende que una interpretación conflictiva de los valores es una interpretación errónea, por lo que es necesario reinterpretar los valores con vistas a lograr una integridad de fortalecimiento mutuo entre ellos, el intérprete debe encaminar su pensamiento hacia la unidad, no hacia la fragmentación. Cfr. JE, pp. 20-22, 27-28.

<sup>336</sup>Cfr. JT, pp. 123-124.

atendiendo las necesidades de los demás, sería una vida maravillosa. En definitiva, la persona tendría que elegir qué valores seguir, ya que combinar los dos sería un auténtico caos<sup>337</sup>.

Siguiendo esta vena, Dworkin resalta que un dato importante a considerar es que Berlin plantea que el conflicto personal también se produce en la esfera política. Entiende que, desde esta perspectiva conflictiva, las políticas del gobierno benefician a algunos ciudadanos y perjudican a otros según qué valores decidan proteger. Así, arguye que es normal que exista un conflicto entre la igualdad y la libertad, si se considera, por un lado, que la igualdad es un valor y, por el otro, que cada ciudadano tiene derecho a la asistencia médica decente. Por consiguiente, se deduce que si el Estado no garantiza dicho servicio a todos los ciudadanos les estaría causando un daño. Sin embargo, si se considerase que la libertad también es un valor, el Estado la estaría menoscabando cuando requiere a los ciudadanos ricos que paguen impuestos para cubrir los gastos de servicios de salud para personas de condición humilde. De esta manera, aceptar que la libertad y la igualdad son valores conlleva la consecuencia de tener que comprometer uno en beneficio del otro, implica pensar que una comunidad política trasgrede sus responsabilidades, sea para unos o para otros ciudadanos, según qué valor elija respetar. Desde este enfoque el conflicto de valores políticos sería inevitable<sup>338</sup>.

En palabras de Dworkin, la postura de Berlin se puede describir en dos aspectos: el primero, que el argumento utilizado para sustentar la tesis del conflicto de valores es de carácter positivo, existen valores que colisionan y se comprometen entre sí. En segundo lugar, que esta perspectiva está lejos de relacionarse con el problema de la incertidumbre, el cual aparece cuando las personas no tienen una postura segura sobre asuntos de índole política y, por ende, la indecisión envuelve cualquier elección. En consecuencia, Berlin no sustenta su tesis de la irresolubilidad del conflicto bajo el argumento de que las personas ignoran cuál es la decisión

---

<sup>337</sup>Cfr. Idem, pp. 125-126; Cfr. JE, pp. 151-154. Dworkin explica su concepción de los valores mediante el contraste con los desiderátums. Enseña, por un lado, que los valores tienen fuerza de juicio. Así, por ejemplo, las personas deberían portarse honestamente y no cruelmente, comportarse en forma cruel sería comportarse mal; por otra parte, los desiderátums se identifican con lo que las personas quieren, por lo que no hace mal no tenerlos. En este sentido, el profesor norteamericano distingue una diferencia importante entre los desiderátums y los valores: sostiene que los desiderátums suelen estar en conflicto entre sí, por ejemplo, un catedrático X quiere visitar la Universidad de la Sorbona y la Universidad Austral pero solo tiene dinero para concretar una de las dos visitas; en cambio, los valores no entran en conflicto entre sí, sino que debe buscarse un equilibrio reflexivo entre ellos toda vez que no existen principios axiomáticos que establezcan una prioridad de unos sobre otros. Cfr. Ibidem.

<sup>338</sup>Cfr. JT, p. 127.

correcta, más bien, afirma positivamente que de dos decisiones opuestas puede que ninguna sea correcta, como si no existiese una escapatoria posible<sup>339</sup>.

En este aspecto, el profesor norteamericano disiente con el pensamiento de Berlin y sostiene que su conflicto axiológico es producto de considerar a cada uno de los valores como soberanos rivales e independientes. De esta manera, considera que sería ilusorio, por ejemplo, sostener en forma simultánea que una persona tiene derecho a no recibir insultos raciales pero que otra sí tiene derecho a efectuar insultos raciales con base en la libertad de expresión, como si fuesen dos derechos que colisionan irremediabilmente porque pertenecen a soberanías distintas. Por consiguiente, considera que lo mismo sucedería con los valores de la libertad y la igualdad: uno debe prevalecer sobre el otro<sup>340</sup>.

En esta línea, Dworkin advierte que la raíz del problema consiste en desentrañar qué se entiende por libertad e igualdad. De esta forma, objeta el pensamiento de Berlin porque entiende a la libertad en sentido amplio, es decir, como la libertad de una persona frente a la interferencia de terceros en los actos que esa persona podría desear. Una libertad sin restricciones que muy probablemente signifique la muerte de los corderos. Por consiguiente, es imposible que esta concepción de la libertad no colisione con el valor de la igualdad, por más reducida que sea su concepción. El profesor norteamericano advierte que hay un modo de entender la libertad en forma respetuosa con los demás valores. Considera que puede concebírsele como la libertad para realizar lo que se desee bajo la condición de que se respeten los derechos morales de las demás personas. Enfatiza que esta es una definición que evidentemente contentaría al cordero. Así, por ejemplo, si los impuestos que se les requiere a las personas acaudaladas tienen por objeto proporcionar a los ciudadanos de condición humilde lo que el valor de la igualdad les reconoce como derecho a tener, nadie podría objetar en su sano juicio que el pago de dichos impuestos sea una violación a la propiedad privada porque, efectivamente, el monto que se les exige no les pertenece en forma legítima<sup>341</sup>.

Siguiendo esta línea, se desprende que el conflicto de valores que Berlin defiende plantea un problema concerniente a si los valores políticos deben considerarse en forma independiente o, si más bien, son interdependientes y, por ende, deben interpretarse de manera armónica, unos a la luz de otros, para que con ellos puedan construirse concepciones que se fortalezcan entre sí y no rivalicen. En este sen-

---

<sup>339</sup>Cfr. Idem, p. 128.

<sup>340</sup>Cfr. Idem, p. 129.

<sup>341</sup>Cfr. Idem, p. 130; Cfr. JE, p. 353; Cfr. DP, p. 26.

tido, advierte que todas las personas apoyarían *en abstracto* valores como la igualdad, la libertad, la democracia, la justicia y que el consenso de esos valores sería realmente importante. Sin embargo, la dificultad se presentaría al momento de construir concepciones más precisas para demostrar qué significa realmente el valor a identificar. Es ahí donde surgirían los desacuerdos. Por eso, Dworkin considera que es de vital necesidad defender concepciones que de alguna manera reflejen el valor abstracto primigenio de igual consideración y respeto para poder construir así interpretaciones armónicas de los mismos<sup>342</sup>.

Por último, Dworkin trata de demostrar la incoherencia del pluralismo de valores sostenido por Berlin mediante un ejemplo que lleva su hipótesis al extremo. Así, formula el caso de un investigador que quiere matar a sus críticos, pero el derecho se lo impide y, por consiguiente, su libertad es restringida. La justificación sería que la restricción de la libertad de matar, aunque ocasione un daño personal, se fundamenta en que impide un daño mayor en otras personas. Por ende, el valor de la vida de esas personas debe prevalecer por sobre el de la libertad del investigador. Dworkin advierte que este ejemplo prueba que si no existiese nada malo en la persona del investigador al restringir su libertad de matar no habría una razón coherente para adoptar una concepción amplia de la libertad, ya que no habría en sí una libertad que pueda ser sacrificada. Por lo tanto, no se realizaría nada incorrecto cuando se le impide matar. En conclusión, advierte que negar la importancia que tiene la moral para argumentar favorablemente sobre los valores puede conducir a la construcción de conflictos artificiales que no tiene ningún asidero de racionalidad<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup>Cfr. JT, pp. 131-132.

<sup>343</sup>Cfr. Idem, pp. 133-134; Cfr. JE, pp. 151-154; Cfr. Ronald DWORKIN, "Response", *Boston University Law Review*, 90 (2010) 1059, pp. 1065-1066. En respuesta a Richard Fallon, Dworkin explica un ejemplo particular: un amigo pide a otro que comente un borrador de un libro de su autoría, el cual es evidentemente malo, la situación sería incómoda para el primero, ya que por un lado sería cruel si fuese franco y, por el otro, sería deshonesto en no hacerlo. Por lo que pareciera que hay dos valores en conflicto, la honestidad y la benevolencia. Sin embargo, según Dworkin hay una respuesta correcta ante esta aparente disyuntiva, considera que se puede evitar el conflicto por medio de un equilibrio reflexivo, por lo que no es necesario adoptar una prioridad de valores o un conjunto de principios que comprometan ciertos valores en casos particulares. Dworkin sostiene que no existe un conflicto genuino en el campo de los valores y añade que la responsabilidad moral nunca está completa, sino que constantemente las personas reinterpretan los conceptos que utilizan tratando de lograr una integración armoniosa entre ellos. Los conceptos deben ser reinterpretados en aras a dirigir el pensamiento compartido hacia la unidad, no hacia la fragmentación.

### III-CARTAS DE TRIUNFO Y DEMOCRACIA

#### 1-PRINCIPIOS LIMINARES DE LA DEMOCRACIA

Ante la existencia de desacuerdos sustanciales sobre los más variados tópicos que bifurcan la política de los Estados Unidos entre conservadores y liberales, Dworkin trata de llegar a una solución. Así, reflexiona que la única forma de que la democracia se convierta en una herramienta saludable, y no en una tiranía de los números, es desentrañando los fundamentos comunes que ambas culturas comparten y los argumentos políticos que las legitiman. Enfatiza que, más allá de que no se llegue a un consenso en ciertas cuestiones controversiales, lo importante es desarrollar una *cultura del debate*, puesto que sin argumentos genuinos la grieta cultural será insuperable. Expresa:

Con todo, la consecuencia más seria de asumir la existencia de una brecha cultural infranqueable y completa no es la visión estereotipada, ni siquiera el desprecio que se muestran recíprocamente las partes, sino la falta de un debate decente en la vida política norteamericana<sup>344</sup>.

Dworkin advierte que para lograrlo es necesario encontrar una forma loable de abordar los conflictos. Considera que es de vital importancia desarrollar una *cultura del debate* que sea respetuosa de las partes en pugna, y resalta que la misma sólo puede realizarse mediante la construcción de una base común cimentada en principios que sean compartidos por los miembros de ambas culturas antagónicas. Estos se identifican con los principios de la dignidad humana, lo cuales fueron explicados en el capítulo primero pero no desde una perspectiva política –vinculada con la democracia–<sup>345</sup>.

En este sentido, plantea la necesidad de encontrar principios que reúnan dos características. Primero, que sean lo suficientemente generales y profundos como para establecer una base común sobre la que ambas posiciones culturales divergen-

---

<sup>344</sup>DP, p. 19.

<sup>345</sup>Cfr. Idem, pp. 19-20; Cfr. JT, p. 88.

tes –conservadores y demócratas– puedan entablar diálogos que lleven a buen puerto y terminen por deshacer las diferencias radicales que la política que genera. Segundo, que sean lo suficientemente sustanciales para permitir debatir con coherencia sobre las interpretaciones y las consecuencias que producen en las instituciones gubernamentales, como así también en la toma de decisiones políticas<sup>346</sup>. De este modo, advierte que ambos bandos, a pesar de sus diferencias, aceptarían dos principios generales, cuyas concepciones pueden ser aplicadas para abordar los problemas concretos que inquietan a la sociedad y provocan una gran división – como los conflictos concernientes a derechos humanos, justicia social, democracia y religión en la esfera pública–. Estos son, el *principio del valor intrínseco* y el *principio de responsabilidad personal*<sup>347</sup>.

Dworkin explica que ambas máximas son compartidas por un gran número de personas a nivel mundial, en particular, por aquellas sociedades que pertenecen a democracias maduras como la de Estados Unidos. Detalla que la coincidencia sobre dichos principios puede implicar el desacuerdo entre las concepciones particulares que se construyan sobre los mismos, lo cual es una realidad esperada. No obstante, subraya que lo importante es que los argumentos de ambas interpretaciones puedan ser expuestos de una manera coherente, para que a partir de dichas discrepancias pueda llegarse a un desacuerdo genuino por medio del cual pueda discernirse, en virtud de las razones esgrimidas, qué interpretación de los principios es mejor o más idónea<sup>348</sup>. Así, por ejemplo, menciona que todos coincidirían en que es arbitrario aprisionar al editor de un diario porque critica los actos del gobierno. Estima que en el campo práctico hay principios concretos –como la libertad de expresión– a los que todos adherirán. Sin embargo, advierte que para encontrar fundamentos compartidos que permitan ayudarnos a vislumbrar qué es lo que divide a los miembros de la sociedad son necesarios principios abstractos –no concretos–, principios que vayan más allá de las distinciones políticas o morales y permitan identificar el valor abstracto en la dignidad humana. En otras palabras, principios que hagan posible un debate saludable y eviten el desarrollo de una política de la división y la inmoralidad. Por consiguiente, luego de aclaradas dichas características generales de los principios, Dworkin se detiene a analizarlos en forma individual<sup>349</sup>.

En esta línea, como se mencionó, el primer principio que identifica es el principio del valor intrínseco, el cual sostiene que toda vida humana tiene un tipo espe-

---

<sup>346</sup>Cfr. DP, p. 21.

<sup>347</sup>Cfr. Idem, p. 24.

<sup>348</sup>Cfr. Idem, pp. 22-23.

<sup>349</sup>Ibidem.

cial y objetivo. Afirma que una vez que la vida humana comenzó ésta tiene un valor potencial y adquiere importancia cómo la misma se desarrolla. Es aquí que lo bueno en términos éticos surge cuando su potencial se realiza, y lo malo cuando tal realización fracasa y su potencial se pierde. Así, por ejemplo, señala que todos coincidiríamos en que es malo desperdiciar la vida, sea nuestra o la de los demás. Enfatiza que esta realidad es un problema verdaderamente objetivo, no subjetivo, ya que el éxito o fracaso de una vida no es solo relevante porque la persona titular de la misma así lo cree, sino que por el contrario, es importante en sí misma<sup>350</sup>.

Por otra parte, menciona que el segundo principio se conoce como el principio de la responsabilidad personal, el cual sostiene que toda persona –en forma individual– tiene la responsabilidad especial de realizar el éxito en su propia vida. Esta responsabilidad conlleva a que la persona efectúe su juicio sobre qué clase de vida será exitosa para su proyecto personal. Asimismo, advierte que sería erróneo y vulneraría dicho principio si son otros quienes imponen los valores sobre cómo debe ser vivida, menguando así su consentimiento. En este sentido, señala que si una persona desea adherir a las formas de vida propuesta por una religión determinada, o una comunidad específica, debe ser ella, mediante un juicio reflexivo, la que decida adherir o no a dichos estándares. Pero nunca puede diferir los juicios de su proyecto personal a terceros, eso sería un acto irresponsable que atentaría contra el éxito de su propia vida<sup>351</sup>.

En este sentido, Dworkin señala que ambos principios –que toda vida humana tiene un valor intrínseco y que toda persona tiene la responsabilidad de realizar tal valor en su vida– constituyen las dimensiones sobre los que se cimenta la dignidad humana. También resalta que ambos principios tienen un doble sentido. Por un lado, son individualistas puesto que atribuyen valores e imponen responsabilidades en cada persona en particular. Y, por otro lado, son solidarios, puesto que una buena comprensión de los mismos no conlleva a que el éxito de la vida de un individuo pueda alcanzarse en forma aislada del éxito de la comunidad a la que pertenece. Esto se debe a que es a partir de la misma en virtud de la cual el individuo identifica los valores que acepta o rechaza para la realización de su proyecto personal. Así, enfatiza que el desafío que tienen las comunidades políticas es lograr concepciones de ambos principios que sean complementarias, de tal manera que una devenga en un aspecto de la otra<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup>Cfr. *Idem*, pp. 24-25.

<sup>351</sup>Cfr. *Idem*, pp. 25-26.

<sup>352</sup>*Ibidem*.

## 2-LOS DERECHOS EN UN SISTEMA DEMOCRÁTICO

## 2.1-La democracia como presupuesto de las cartas de triunfo

Al igual que se mencionó en un principio, existen ciertos valores que son de carácter interpretativo como la libertad, la igualdad y la dignidad humana, que conllevan un desafío para el intérprete puesto que debe actuar con responsabilidad al momento de construir concepciones coherentes de ellos. Por otra parte, como también se detalló, los valores se encuentran protegidos por derechos morales, también llamados cartas de triunfo, cuyo objeto es actuar como límite contra los actos de gobierno que pongan en peligro la dignidad. Ahora bien, para que los derechos puedan ser ejercidos de una manera plena es necesario un sistema de gobierno en el cual los ciudadanos puedan actuar libremente y en conjunto, es en este punto en donde los derechos y la democracia se encuentran vinculados<sup>353</sup>.

En este aspecto, corresponde aclarar que cuando Dworkin explica su concepción de la democracia, la aborda como si fuese un concepto interpretativo, al igual que lo hace con los valores de la libertad e igualdad. Por ende, detalla que las personas discrepan sobre cuál es la mejor forma de concebirla. Sin embargo, el profesor norteamericano enfatiza que hay una forma plausible de entenderla que es mejor que otras, y es bajo esta premisa que efectúa su propia interpretación de democracia bajo el nombre de *democracia asociativa* –en contraposición de democracia mayoritaria– cuyo respeto otorga legitimidad al gobierno en sus decisiones políticas<sup>354</sup>.

Por consiguiente, el autor señala que los derechos fundamentales quedarían reducidos a meras ilusiones si no existiese un sistema democrático que los reconozca, defienda y permita que sean tomados en serio. Por eso, es importante discernir qué entiende Dworkin por *democracia asociativa*. En este sentido, el autor sostiene que la misma se identifica con el gobierno del pueblo concebido en forma conjunta, no con la voluntad de la mayoría que impone su autoridad sobre las minorías me-

---

<sup>353</sup>Dworkin señala que los Estados Unidos nacieron comprometidos con la siguiente idea de democracia: «(...) La democracia no es lo mismo que el gobierno de la mayoría, y que en la democracia real la libertad y las minorías tienen protección legal en la forma de una Constitución escrita que ni siquiera el Parlamento puede modificar para adaptarse a su capricho o política. Bajo esa visión de la democracia, una declaración de derechos constitucionales individuales es parte de la ley fundamental, y los jueces, que no son elegidos y que, por lo tanto, están alejados de las presiones de la política partidista, son responsables de interpretar y hacer cumplir esa Declaración de Derechos tal como son para todas las demás partes del sistema legal». DWORKIN, *A Bill of...*, p. 13, (la traducción es mía).

<sup>354</sup>Cfr. JE, p. 464; Cfr. AGUILERA PORTALES, “Los derechos...”, pp. 386-387.

dianter una justificación aritmética. Es decir, como si sus miembros fuesen los integrantes de una orquesta en la que actúan en forma coordinada para lograr un mismo fin. Lo cual no significa que los miembros estén de acuerdo en modo unánime sobre una cuestión determinada, circunstancia que es poco probable que suceda en comunidades políticas marcadas por la diversidad de creencias. Así, aunque sus miembros discrepen sobre cuestiones concretas, lo fundamental es que entre todos decidan las cuestiones que les compete con igual respeto y consideración para sí y para los demás<sup>355</sup>. Expresa Dworkin:

La concepción mayoritaria de la democracia es defectuosa, ya que no puede explicar por sí misma qué es lo bueno de la democracia. El mero peso de los números por sí solo no aporta ningún valor a una decisión política. Necesitamos una aproximación más profunda y más elaborada que nos diga qué condiciones deben cumplirse y protegerse en una comunidad política antes de que la mayoría sea apropiada para dicha comunidad<sup>356</sup>.

Es aquí que dicha concepción de la democracia requiere que los miembros se pregunten por cuáles son las exigencias de la dignidad humana. La misma no se reduce a un procedimiento de decisión en el cual todos puedan participar, sino que indaga en los presupuestos liminares que un sistema democrático debe considerar para proteger los intereses de cada ciudadano de tal manera que sea considerado como miembro de una misma empresa. Esto se debe a que en una democracia la atención mutua y el respeto son imprescindibles para forjar una asociación de individuos. Este enfoque dista de concebir a los miembros de la sociedad que tienen ideas contradictorias como enemigos u obstáculos para lograr el consenso. Por consiguiente, su concepción de la democracia es sustantiva<sup>357</sup>.

La consecuencia práctica de concebir a la democracia desde una perspectiva asociativa que tiene en cuenta la dignidad de sus miembros, es que si por alguna razón la decisión de las mayorías conlleva el desarrollo de políticas injustas – caracterizadas por no tratar a los ciudadanos con debido respeto– las mismas se tornarían ilegítimas. En este sentido, devienen en no democráticas puesto que, como se mencionó, la democracia es sustancial –observa el trato digno hacia los sujetos–, no se reduce a lo procedimental. En esta línea, Dworkin cree que es necesario construir una teoría de la asociación equitativa mediante la cual pueda discernirse qué

---

<sup>355</sup>Cfr. FL, pp. 19-20.

<sup>356</sup>DP, p. 181.

<sup>357</sup>Cfr. JE, pp. 465-466; Cfr. DP, pp. 167-169.

decisiones y actos son democráticos y, al mismo tiempo, qué concepciones de equidad, justicia y libertad serían adecuadas a la luz de la misma<sup>358</sup>.

En aras a determinar la estructura de una institución democrática, Dworkin describe los efectos que los principios de la dignidad humana producen.

- Igual respeto: indica que una consecuencia que se desprende del primer principio de la dignidad humana es que una comunidad política debe mostrar igual respeto *—equal concern—* por la vida de cada uno de sus miembros. Es aquí que las autoridades políticas deben asegurar dicho trato con todos los individuos, evitando privilegios arbitrarios para determinados grupos sociales. Lo que conlleva dejar de lado las políticas utilitarias que busquen el beneficio del mayor número de personas a costa de perjudicar a las minorías. Por eso, considera que una de las formas de brindar a cada uno de los miembros un respeto digno, evitando asimismo abusos políticos, es por medio de la constitucionalización de derechos. De este modo, la constitucionalización escrita convierte a los derechos en cartas de triunfo y les otorga un carácter supremo que los gobernantes no puedan vulnerar bajo perjuicio de que sus decisiones devengan ilegítimas<sup>359</sup>. En este sentido, Dworkin enfatiza que es arbitrario separar la justicia equitativa de la justicia sustancial. Lo que puede producirse si se considera, por un lado, arreglos políticos que respeten la equidad en la distribución del poder político y, por el otro, acuerdos que respeten la equidad en la distribución de los recursos y oportunidades. Menciona que más bien ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta en lo que respecta a la consideración equitativa de la vida de los ciudadanos. En este sentido, negar a un ciudadano su derecho al voto y, como consecuencia, su poder político, o ignorar las necesidades básicas de los miembros menos favorecidos de la sociedad, es no respetar el primer principio de dignidad humana<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup>Cfr. DP, p. 172.

<sup>359</sup>Cfr. Idem, pp. 182-183.

<sup>360</sup>Cfr. Idem, pp. 183-184. Dworkin explica que un gobierno representativo debe reunir dos condiciones para que sea legítimo. En este sentido, expresa: «La legitimidad requiere una distribución del poder político que refleje la igualdad de consideración y respeto que la comunidad debe tener por todos y cada uno de los ciudadanos. Ese requerimiento fija un estándar por defecto: cualquier diferencia significativa en el impacto político de los votos de distintos ciudadanos es antidemocrática e incorrecta a menos que cumpla dos condiciones, una negativa y otra positiva. Primero, no debe señalar ni presuponer que algunas personas nacen para gobernar a otras. No debe haber aristocracia de nacimiento, la cual incluye una aristocracia de género, casta, raza o etnia, y tampoco debe haber aristocracia de riqueza o talento. Segundo, debe ser plausible suponer que el ordenamiento constitucional que crea la diferencia de impacto mejora la legitimidad de la comunidad». JE, p. 476.

- Autogobierno: por otra parte, Dworkin también advierte que los acuerdos políticos deben respetar el principio de la responsabilidad personal que exige a los individuos identificar los valores mediante los cuales proyectarán sus vidas. En este sentido, advierte que como la democracia concierne a la forma en la que el pueblo se gobierna a sí mismo, esta premisa supone que el ciudadano compromete su dignidad cuando su voluntad se encuentra supeditada a la autoridad de terceros. En sentido contrario, su dignidad no se encuentra comprometida si participa de la decisión, siempre y cuando, el trato recibido sea equitativo y respetuoso. Es por eso que la democracia asociativa debe garantizar que las mayorías respeten las cartas de triunfo, de manera que la libertad de los individuos –en especial de quienes discrepan– se encuentre salvaguardada para realizar elecciones éticas. Considera que esta explicación es el nervio de la democracia asociativa y también de su legitimidad<sup>361</sup>.

En este sentido, Dworkin subraya la importancia de que la dignidad de los ciudadanos sea considerada relevante por el gobierno democrático. Advierte que un corolario que se desprende de dicha máxima es cómo debe concebirse la igualdad política para que la misma sea tomada en serio. Así, enseña que la igualdad política no se identifica exclusivamente con una igualdad de influencia, esto es, con que todos los ciudadanos tengan igual poder y posibilidades para influir sobre las decisiones políticas a fin de persuadir a otros y que sus decisiones se conviertan en ley. Ni tampoco se refiere a una igualdad de impacto sobre el proceso político, como sería que las decisiones de cada individuo tengan igual peso que la de sus pares en las decisiones que toma la comunidad, con prescindencia de que éstos estén convencidos de la opinión de aquél. Sino que, más bien, Dworkin resalta que la igualdad política se refiere a que, como todos comparten la misma dignidad humana, ningún ciudadano adulto puede tener menos impacto político que otros por motivos que menoscaban su dignidad. En esta línea, Dworkin explica que la igualdad política concierne a una *cuestión de actitud*, demanda que los gobernantes dividan el poder político de manera que se trate a cada uno de los ciudadanos como iguales, lo cual no necesariamente conlleva a una igualdad aritmética, es decir, a dividir el poder en partes iguales<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup>Cfr. DP, pp. 183-184.

<sup>362</sup>Cfr. JE, pp. 470- 471; Cfr. AGUILERA PORTALES, “Los derechos...”, p. 388.

## 2.2-¿Constitucionalizar las cartas de triunfo?

La constitucionalización de los derechos morales es uno de los puntos más polémicos y neurálgicos del pensamiento dworkiniano. El mismo se encuentra vinculado a dos cuestiones liminares. En primer lugar, a qué debe entenderse por democracia, ya que los derechos, en el pensamiento del profesor norteamericano, otorgan un reconocimiento individual y respetuoso a cada miembro de la sociedad – característica que solo puede darse en una democracia asociativa–. En segundo lugar, la constitucionalización plantea la necesidad de agentes –jueces– que puedan resolver los desacuerdos sobre derechos al interpretar los enunciados receptados en la Constitución, lo que conlleva a preguntarse por la legitimidad de su investidura para resolver problemas que conciernen a todos los miembros de una comunidad.

Siguiendo esta línea, como fundamento de su posición a favor de la constitucionalización, Dworkin sostiene que, en aras a proteger los derechos individuales, es necesario otorgarles una protección especial. En este sentido, considera que positivizar los derechos en una Constitución implica salvaguardar los intereses particulares de los individuos y, por ende, tomarse los derechos con seriedad, ya que los mismos no podrán ser modificados o suprimidos por la simple voluntad de las mayorías como sucede con las leyes ordinarias<sup>363</sup>.

Al mismo tiempo, Dworkin es consciente de una objeción que suele efectuarse a su pensamiento. Así, para pensadores como Waldron atrincherar los derechos en una Constitución escrita conlleva a que el pueblo no pueda decidir cómo gobernarse a sí mismo. Por lo cual, pareciera que el presupuesto básico de la democracia según el cual los miembros de la comunidad deciden las cuestiones sobre qué leyes proyectar sus vidas se encuentra menoscabado. Por consiguiente, en principio, puede observarse que en la postura del profesor norteamericano existe cierta desconfianza con el poder que tienen los habitantes de resolver cuestiones de bien común. Sin embargo, como se advirtió en el primer párrafo, Dworkin postula que dicha crítica es consecuencia de la visión que se tiene de democracia. Así, si se parte de la concepción de *una democracia asociativa*, en la cual los derechos individuales se encuentran supeditado a la voluntad de las masas, la crítica sería legítima pero el precio a pagar elevado. Esto se debe a que las condiciones básicas de la democracia, independientemente de que integran o no la voluntad de las mayorías, se verían vulneradas y, por tanto, no sería una auténtica democracia. Es aquí que el autor postula que la constitucionalización de los derechos solo tiene coherencia y se vuelve fundamental cuando se piensa a la democracia en forma distinta, es decir, como

---

<sup>363</sup>Cfr. DP, pp. 172, 185, 194-195.

una democracia asociativa, la cual se encuentra cimentada sobre los principios de igual consideración y respeto. En este sentido, hay presupuestos básicos que en una democracia deben ser respetados para que la misma no devenga en una mera ilusión, o lo que es peor, una forma antidemocrática, como podría ser la tiranía de las mayorías<sup>364</sup>.

Por otra parte, como se advirtió en el primer párrafo, la constitucionalización de los derechos morales exige la existencia de funcionarios públicos que interpreten los derechos en caso de discrepancias sobre su mejor entendimiento. Esto conlleva a requerir una teoría de la autoridad, es decir, a preguntarse por las instituciones responsables de velar y decidir sobre las cuestiones de derecho. Desafío que, según su teoría de la democracia asociativa y en línea con *Marbury v. Madison*<sup>365</sup>, descansa en cabeza de los jueces quienes son los encargados de fundar sus sentencias con base en argumentos de principios, a diferencia de los legisladores que, según Dworkin, sancionan leyes en virtud de argumentos políticos<sup>366</sup>. Asimismo, también aclara que en un sistema democrático coherente las decisiones de derecho no pueden recaer en manos de la voluntad de las mayorías. Esto se debe a que quienes los vulneran no pueden ser los mismos que resuelvan el problema, caso contrario se violaría el principio según el cual nadie puede ser juez en su propia causa. Por ende, se necesitan órganos que sean idóneos, neutrales e imparciales<sup>367</sup>.

En este sentido, puede observarse que la instauración de un control de constitucionalidad fuerte en cabeza de los jueces, es contraria a la noción de democracia de la mayoría que plantean pensadores liberales como Waldron. Esto se debe a que consideran que las cuestiones sustanciales deben ser decididas por el pueblo mediante la deliberación y el voto de los legisladores, puesto que son ellos los verdaderos representantes del pueblo. Por consiguiente, bajo esta noción de democracia que se encuentra supeditada a la voluntad de las mayorías, la investidura de los jueces se encuentra menoscabada bajo el argumento de que no cuentan con credenciales democráticas suficientes que los legitimen para decidir sobre cuestiones de interés común<sup>368</sup>.

En definitiva, puede observarse cómo la constitucionalización de los derechos se encuentra conectada en forma de trípode con una concepción determinada de la democracia y una teoría de la autoridad que fundamente quién debe tener la últi-

---

<sup>364</sup>Cfr. Idem, pp. 171-172.

<sup>365</sup>Cfr. DS, p. 224; Cfr. CP, p. 53; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>366</sup>Cfr. DS, p. 149.

<sup>367</sup>Cfr. JE, pp. 467-467.

<sup>368</sup>Cfr. Idem, pp. 468-469, 483-484; Cfr. DP, pp. 171-172; Cfr. CP, pp. 36, 42-44.

ma palabra en asuntos en donde las cartas de triunfo se encuentran involucradas. Por ende, la pregunta sobre su constitucionalización tiene un rol preponderante que amerita ser respondido para poder avizorar quién se encuentra en mejores condiciones para abordar los conflictos de derechos. Desafío que, desde el pensamiento de Dworkin, se abordará en los siguientes epígrafes.

### 3-DERECHOS HUMANOS

#### 3.1-Derechos humanos: conceptos y marco clasificatorio

Dworkin explica que los derechos humanos son utilizados en diferentes sentidos y muchas veces de una manera arbitraria, por lo que se discrepa en lo que verdaderamente son<sup>369</sup>. Afirma que las personas discrepan sobre qué son los derechos humanos y cuáles deben entenderse como tales. Enfatiza que es dificultoso discernir por medio de un test o un standard criterial qué derechos deben ser considerados parte del mundo jurídico. Es aquí que intenta dar una respuesta comenzando por distinguir los derechos legales –que incluye derechos constitucionales– de los derechos políticos básicos<sup>370</sup>. En este sentido, enseña que los derechos legales son creados por el gobierno por diferentes razones. Así, por ejemplo, para que un Estado tenga una economía saludable son necesarias leyes que protejan los derechos sobre la propiedad, de este modo las personas podrán retener lo que ganan en su trabajo. Al mismo tiempo, subraya que existen ciertos derechos legales que se encuentran dotados de una fuerza especial, los llamados derechos constitucionales. Estos restringen al gobierno de aprobar ciertas leyes o llevar adelante políticas que pudiesen atentar contra los mismos. Así, por ejemplo, la Primera Enmienda de los Estados Unidos protege el derecho de expresión –*the right to speech*–, el cual no puede ser modificado por el gobierno mediante leyes ordinarias ni políticas que cercenen su ejercicio, aunque las mismas sean adecuadas en términos de bienestar general. Por otra parte, Dworkin explica que los derechos morales son especiales porque tienen por objetos interponerse contra actos de gobierno y no contra actos de los ciudadanos considerados en forma individual, he aquí que llama a estos con el nombre de *derechos políticos*, y añade que las personas tienen el derecho moral de

---

<sup>369</sup>Cfr. DP, pp. 44-45.

<sup>370</sup>Cfr. Idem, p. 48.

que estos se conviertan en derechos constitucionales a fin de que adquieren una protección sólida<sup>371</sup>.

En este sentido, Dworkin explica que los actos de gobierno comprometen intereses de las personas, beneficiando a algunas y perjudicando a otras. Actos que tienen por objeto mejorar la comunidad como un todo. Así, por ejemplo, cuando un gobierno decide construir un aeropuerto en una zona colindante con barrios residenciales, beneficia a un sector determinado de la economía pero perjudica a otros debido a la contaminación sonora. No obstante, a pesar de estos efectos en la toma de decisiones que no benefician a todos por igual señala que existen ciertos intereses que son tan importantes para las personas que sería moralmente incorrecto dejarlos de lado para priorizar el beneficio general. Los derechos políticos especiales son los que protegen dichos intereses individuales que pueden encontrarse comprometidos<sup>372</sup>. A modo ilustrativo, enseña que la Constitución de los Estados Unidos establece derechos legales que garantizan el debido proceso y el juicio justo en caso de ser acusado por algún crimen. Se trata de derechos legales que se justifican porque las personas tienen –antes que la aprobación de la ley– el derecho político a no ser encarceladas sin un juicio justo, aun cuando el encarcelamiento sería acorde al interés general<sup>373</sup>. Es aquí que Dworkin expresa con breves palabras la siguiente premisa relacionada con los derechos políticos:

Apelamos a los derechos políticos no solo para explicar y justificar los derechos legales de esta manera, sino también para criticar al gobierno por no adoptar los derechos legales que creemos que debería adoptar<sup>374</sup>.

### 3.2-Fundamento de los derechos humanos

Dworkin señala que para comprender la concepción de los derechos humanos como derechos políticos especiales es menester ahondar en sus fundamentos<sup>375</sup>. Advierte que es necesario justificar por qué los intereses individuales prevalecen ante

---

<sup>371</sup>Cfr. Idem, pp. 48-49; Cfr. Kai MÖLLER, “Dworkin's Theory of Rights in the Age of Proportionality”, *Law & Ethics of Human Rights*, N° 11 (2018) 281, pp. 283-284.

<sup>372</sup>Cfr. DP, pp. 48-49; Cfr. YOWELL, “A Critical Examination...”, p. 95.

<sup>373</sup>Cfr. DP, p. 49.

<sup>374</sup>Ibidem, (la traducción es mía).

<sup>375</sup>Dworkin señala que los derechos humanos son derechos políticos especiales, y que la diferencia entre derechos humanos y derechos políticos ordinaria se observa en la práctica. Así, la vulneración de un derecho político ordinario no conlleva invadir al Estado que los efectúa –por ejemplo, en Alemania, la encarcelación de aquellos que señalan que el holocausto fue una invención–; por otra parte, la vulneración de los derechos humanos –por ejemplo, tortura sistemática hacia grupos minoritarios– sí puede implicar una invasión de otros Estados y/o sanciones graves. Cfr. Idem, pp. 51-52.

el bienestar general de la comunidad. Explica que la justificación puede encontrarse en los dos principios de la dignidad humana mencionados con anterioridad. En este sentido, describe que las personas tienen derechos políticos a que se salvaguarde el respeto a la igual importancia de sus vidas y la responsabilidad soberana de identificar y decidir qué valores elegir para proyectar su propia vida. Así, por ejemplo, las personas tienen derechos políticos a que no se las discrimine por su raza o a expresarse libremente sobre cuestiones políticas controversiales, entre otros. En esta línea, advierte que en los Estados Unidos las Cortes han hecho un trabajo inestimable en identificar y proteger los derechos políticos que se deducen de los dos principios fundamentales de la dignidad humana y, de este modo, han ayudado a transformarlos en derechos legales<sup>376</sup>.

En este aspecto, señala que aún los países que comparten una misma cultura política discrepan sobre qué derechos políticos deben ser reconocidos como derechos legales. Así, por ejemplo, con respecto a los discursos del odio, ciertos países europeos reconocen el derecho de las personas a no ser increpadas públicamente en virtud de categorías odiosas, como la raza. Por el contrario, en Estados Unidos, las personas tienen el derecho constitucional de realizar publicaciones, aun cuando las mismas tengan un contenido odioso sin perjuicio de que produzcan un menoscabo a ciertos grupos étnicos, siendo el único límite la no provocación para cometer actos ilícitos. Esta diferencia conlleva a formas distintas de entender los dos principios de la dignidad humana<sup>377</sup>.

Esta diferenciación cultural sobre el reconocimiento de los derechos humanos en la esfera política plantea la necesidad de discernir cómo debemos entender los derechos humanos para poder justificar la afirmación compartida de que los mismos son derechos políticos que tienen un carácter especial. A fin de responder qué diferencia los derechos humanos de los derechos políticos ordinarios, Dworkin comienza por criticar dos posiciones filosóficas. La primera, aquella que recomienda un test empírico, en virtud del cual los derechos humanos serían aquellos derechos políticos que son ampliamente reconocidos en las prácticas sociales en las que se desenvuelven las principales religiones y culturas políticas. Sin embargo, advierte que éste enfoque no sería del todo válido ya que en ciertas tradiciones los derechos de las minorías, niños o mujeres, se encuentran menoscabados. Por otra parte, también se opone a aquellos filósofos que sostienen que los derechos humanos difieren de los derechos políticos porque son más importantes para la vida de las personas. Sin embargo, explica que todos estos son relevantes para los individuos, puesto

---

<sup>376</sup>Cfr. Idem, p. 50; Cfr. MÖLLER, "Dworkin's Theory of...", pp. 284-285.

<sup>377</sup>Cfr. DP, p. 51.

que son cartas de triunfos contra los actos de gobierno, y violarlos implica vulnerar alguno de los principios de la dignidad humana. Es por eso que se pregunta: ¿puede existir alguna justificación que sea más importante para diferenciar ambas clases de derechos?<sup>378</sup>

Siguiendo esta línea, Dworkin postula que, para explicar la idea de los derechos humanos, debe dejarse de lado el grado de daño que los actos de gobierno infligen a las personas como consecuencia de sus errores. Al mismo tiempo, agrega que debe prestarse mayor atención en observar la buena fe que subyace en los errores que el gobierno comete en aras a respetar los principios de humanidad. Estos errores deben distinguirse de aquellos que son consecuencia de la indiferencia hacia la dignidad humana. Dworkin menciona que el derecho más importante de las personas es el derecho a ser tratado con cierta actitud –*the right to be treated with a certain attitude*–, y resalta que dicha actitud consiste en la comprensión de que cada persona es un ser humano cuya dignidad merece ser respetada. Expresa:

El más básico de los derechos humanos es el derecho a ser tratado por parte del gobierno con una determinada actitud, cual es el respeto debido a todo ser humano. Hemos estado considerando los derechos humanos primordiales: aquellos derechos más concretos que toda nación debe respetar independientemente de su cultura o tradición<sup>379</sup>.

De este razonamiento se desprende que, el gobierno puede respetar los derechos humanos aun cuando se equivoque en identificar las políticas concretas más respetuosas de los mismos, siempre que dicha equivocación sea producto de una actitud sincera y honesta. Una actitud que, en otras palabras, respete el derecho más básico de todos que se desprende de los dos principios fundamentales, el derecho de ser tratado por el gobierno de una manera que sea coherente con el valor intrínseco de la vida, lo que conlleva respetar la responsabilidad personal de elegir y realizar los valores que considera convenientes para su desarrollo<sup>380</sup>. Esto implica respetar ciertos límites que el gobierno no puede vulnerar. Así, por ejemplo, la buena fe no ampara crímenes como el genocidio o el trato esclavizante a grupos determinados con el ánimo de exterminarlos, aunque el argumento pueda ser la esperanza de que abracen la fe para alcanzar los jardines del cielo. Conocer la dignidad humana de

---

<sup>378</sup>Cfr. Idem, pp. 52-53.

<sup>379</sup>Idem, p. 62.

<sup>380</sup>Cfr. Idem, p. 62

las personas implica excluir dichos actos. Las personas se encuentran a cargo de decidir que valores elegir<sup>381</sup>.

Dworkin subraya que esta concepción de los derechos humanos puede resultar abstracta por lo que es necesario explicar sus pormenores. En este sentido, explica que el derecho a ser tratado con una determinada actitud se observa cuando el Estado reconoce a sus miembros como personas cuya dignidad es importante valorar<sup>382</sup>. Por eso, enseña que el gobierno demuestra su aprecio por la dignidad humana en dos aspectos que en la práctica adquieren relevancia. Primero, el reconocimiento y respeto a los derechos concretos llamados *baseline human rights* –como el derecho a no ser torturado– que establecen límites a los actos del gobierno, los cuales son tan importantes que su vulneración no puede ser justificada bajo ninguna interpretación respetuosa de los principios de la dignidad humana<sup>383</sup>. Resalta que muchos de estos derechos especiales se encuentran identificados en los Tratados y Convenciones Internacionales de derechos humanos. En segundo lugar, y en sintonía con el segundo principio de la dignidad humana, detalla que el respeto de los derechos humanos lleva consigo la prohibición de que el gobierno realice actos que impliquen un menoscabo a la interpretación de los valores que efectúan los individuos. Por lo que, el reconocimiento de los derechos no consiste solo en respetarlos de una forma objetiva, sino también en comprender la concepción que los propios individuos tienen de ellos<sup>384</sup>.

### 3.3-Derechos fundamentales –*baseline rights*–

Dworkin resalta que las personas pueden discrepar de buena fe sobre la mejor interpretación de los principios de la dignidad humana, y una muestra de esto es el hecho de que en sus legislaciones reconozcan diferentes derechos políticos. Así, por ejemplo, la libertad de expresión con respecto a cuestiones relacionadas con el genocidio nazi es más amplia que la concebida en Alemania. Sin embargo, expresa

---

<sup>381</sup>Cfr. Idem, pp. 62-63.

<sup>382</sup>Cfr. Idem, p. 65.

<sup>383</sup>Enuncia Dworkin con respecto a los *Baseline Rights* el autor: «La obligación básica de todo gobierno cual es el respeto por la dignidad humana opera de dos formas que, desde un punto de vista práctico, es muy importante distinguir. En primer lugar, esta obligación fundamental es la fuente de lo que podríamos denominar derechos humanos primordiales *baseline human rights*: los derechos concretos, como el derecho a no ser torturado, que limitan el tipo de acciones que los gobiernos pueden realizar. Estos derechos prohíben actos que no justificaría ninguna interpretación inteligible de la idea de que las vidas de la gente tienen un igual valor intrínseco y la de que tienen una responsabilidad personal sobre sus vidas. Éstos son los derechos concretos que los diversos tratados y convenios sobre derechos humanos intentan identificar». Idem, p. 54.

<sup>384</sup>Cfr. Idem, pp. 61-62.

que ciertas concepciones de derechos no pueden ser legitimadas mediante ninguna interpretación inteligible de los principios de humanidad puesto que resultarían ultrajantes contra la dignidad de las personas. Aunque también señala que siguen existiendo desacuerdos sobre cuál es la línea que limita las concepciones correctas de las incorrectas<sup>385</sup>.

En este sentido, destaca que con respecto al primer principio que reconoce el valor objetivamente intrínseco de toda vida humana existen ciertos actos que no pueden justificarse bajo ningún aspecto. Así, los actos de flagrante discriminación, como reconocer una raza como superior a otra, o la consumación de actos de violación, humillación, tortura, entre otros, se encuentran prohibidos en razón al principio mencionado. Por otra parte, con respecto al segundo principio, que reconoce la responsabilidad de los individuos para identificar y elegir los valores que determinarán el éxito de sus vidas, advierte que existen ciertos derechos que son pilares del liberalismo. De este modo, menciona la libertad de expresión, de consciencia, de religión y política, que son legislados de manera diferente según los distintos países y culturas. Así, por ejemplo, pueden aceptarse ciertas formas de paternalismo por parte del Estado, como la imposición de la educación obligatoria para niños y adolescentes, o la obligación de utilizar casco o cinturón al conducir, puesto que dichos actos fortalecen la capacidad de las personas y ayudan a que puedan conseguir sus objetivos de vida. Sin embargo, también se da el caso de ciertas inferencias del Estado que terminan por negar la responsabilidad personal, por ejemplo, los gobiernos que prohíben la práctica de ciertas religiones, o restringen la libertad de expresión a límites excesivos, castigando blasfemias y discursos que sean contrarios a los intereses del partido político de turno. Así, mediante estas formas el Estado reemplaza los juicios de las personas sobre qué valores deben adoptar para erigir sus proyectos personales<sup>386</sup>.

En esta línea, con respecto a los desacuerdos que pueden presentarse en relación a dónde se encuentra el límite de los actos de gobierno –hasta dónde puede restringirse para no vulnerar los derechos humanos–, Dworkin enumera algunos ejemplos. Cita el derecho de no ser torturado como el primero de una lista de derechos humanos, y advierte que en ciertas ocasiones la tortura es utilizada de una

---

<sup>385</sup>Cfr. Idem, pp. 62-63. Dworkin menciona que la obligación liminar de todo gobierno consiste en *respetar la dignidad humana*, la cual desde la práctica opera de dos formas: 1-como fuente de los derechos humanos fundamentales –*baseline human rights*, entre los cuales Dworkin menciona como ejemplo el derecho a no ser torturado–; 2-como prohibición al gobierno en consumir actos que puedan vulnerar la interpretación propia que efectúan los individuos de los principios de la dignidad. Cfr. Idem, p. 54.

<sup>386</sup>Cfr. Idem, p. 57.

manera estratégica en defensa de la seguridad. Una muestra de ellos son las interrogaciones coercitivas contra terroristas para que brinden información certera que ayude a reducir el peligro al que se encuentran sujetas las posibles víctimas de ataques. En estos casos, enuncia que los filósofos discrepan en si dichos actos son violatorios de derechos humanos, aunque resalta que para él son incorrectos y violatorios de la dignidad humana porque restringen el poder que tienen las personas de decidir por sí mismas. Esto se debe a que son obligadas a consumir actos en contra de sus convicciones, sin dejarlos sopesar los costos y consecuencias de sus decisiones. De la misma manera, señala que otro caso problemático es el de la pena capital. Dworkin cree que la misma es cruel, moralmente incorrecta y también inconstitucional, porque viola los lineamientos de la Octava Enmienda de la Constitución. Sin embargo, a pesar de esto pregunta: ¿debe considerarse como contraria a los derechos humanos? El profesor norteamericano considera que dicho interrogante se encuentra inconcluso. Algunos piensan que la pena de muerte es un elemento disuasivo para evitar la consumación de crímenes, aunque resalta que dicho corolario no se encuentra comprobado. Otros piensan que la misma se encuentra justificada porque someter a un asesino a la pena capital es una forma de cerrar las heridas de los parientes de las víctimas y la sociedad toda. Por lo que, pareciera que en la sociedad todavía hay que decidir si la misma vulnera o no los derechos humanos —*baseline rights*—<sup>387</sup>. A la misma conclusión llega con respecto a las detenciones arbitrarias de personas que pueden ser potencialmente peligrosas, que no se les informa sobre las pruebas que existen contra ellas, y tampoco se les reconoce un derecho de defensa, ni un juicio justo puesto que quienes las imponen no son imparciales, ya que son los militares que actúan como jurado, demandante y juez. El fundamento de no concederles garantías judiciales se debe al riesgo de que queden en libertad y puedan provocar daños irreparables en la vida de los demás, como muchas veces sucede. Por ende, no se los considera como sujetos que merecen procedimientos ordinarios de justicia. De este modo, el interrogante de si estas políticas violan los derechos humanos de los prisioneros es un tema que se encuentra inconcluso entre los filósofos, aunque a título personal Dworkin advierte que dichas manifestaciones son violaciones claras de derechos. En definitiva, señala que estos actos seguirán aconteciendo hasta que no se reconozca en forma certera los principios de la dignidad humana<sup>388</sup>.

---

<sup>387</sup>Cfr. Idem, pp. 57-59. Corresponde recordar que la expresión *baseline rights* se hace referencia a los derechos concretos que toda nación se encuentra obligada en respetar con prescindencia de su tradición, idiosincrasia o cultura. Por *baseline violations* se entiende a aquellas violaciones de derechos humanos que son malintencionadas. Cfr. Idem, pp. 54, 62.

<sup>388</sup>Cfr. Idem, pp. 60-62.

## SEGUNDA PARTE: DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PENSAMIENTO DE JEREMY WALDRON

### I-TEORIZACIÓN DE LOS DERECHOS

#### 1-DERECHOS COMO USINA DE DESACUERDOS

##### 1.1-Desacuerdo de derechos

El desacuerdo en cuestiones políticas es el punto de partida del pensamiento de Jeremy Waldron, el problema real que los filósofos deben intentar resolver. De hecho, como se explicó previamente, el profesor lo considera una de las circunstancias de la política moderna junto con la necesidad de arribar a una acción colectiva que pueda dar respuesta a los problemas. En esta línea, y más específicamente, en lo que respecta a los derechos, el desacuerdo se erige como un factor que no puede ser ignorado si lo que se pretende realizar es un análisis serio<sup>389</sup>.

---

<sup>389</sup>Es meritorio mencionar que la existencia de desacuerdos se encuentra en línea con la crítica que Waldron efectúa al comunitarismo, puesto que para el autor, en las sociedades modernas no existe algo como «esto es especial porque es parte de nuestra identidad cultural e histórica que los miembros de la comunidad comparten y que los hace ser lo que son». Más bien subraya que no existe un consenso de valores, ni una sociedad homogénea y no controversial en cuestiones de cultura y tradición, por ende, describe que no existe una moralidad especial. Por el contrario, señala que existe una diversidad de moralidades y que la moral de una sociedad reside en saber adaptarse a los cambios, caso contrario, si se acepta una visión estática de la misma, al cambiar ésta se caerá en el absurdo de que la sociedad ha cambiado. Señala Waldron: «Cuando hablamos de las normas morales de una comunidad, es tentador pensar en un consenso moral relativamente simple, uno que forme una base homogénea, duradera, no controvertida y relativamente irreflexiva para nuestras vidas, cultura y

En este sentido, Waldron señala que en relación a los derechos existen desacuerdos en tres niveles distintos: en primer lugar, en un sentido ontológico que trata de responder qué son los derechos y cuál es su fundamento. Así, por ejemplo, hay quienes identifican a los mismos con absolutos morales, otros con preferencias subjetivas y otros con pretensiones de la mayoría. En segundo lugar, también advierte que existe un desacuerdo que concierne a una falta de avenencia sobre los derechos que efectivamente tienen las personas. En tercer lugar, detalla que existe un desacuerdo teleológico-práctico, puesto que aun cuando exista un conjunto de derechos legislados en Constituciones escritas, Tratados Internacionales y leyes ordinarias, las personas seguirán discrepando sobre los efectos que conlleva la formalización de los mismos en la práctica concreta<sup>390</sup>.

Por consiguiente, como consecuencia de que existen desacuerdos sustanciales en materia de derechos, Waldron –a diferencia de Dworkin– toma como estrategia abordar dicho desafío, no desde lo sustancial, sino desde lo procedimental. De esta manera, se esmera, no en responder qué son los derechos, cuáles deben ser considerados como tales o dónde subyace su fundamento último, sino que, más bien, se enfoca en tratar de discernir la respuesta al siguiente interrogante: ¿cómo resolver los desacuerdos de derechos en un contexto en donde las discrepancias sobre cuestiones sustanciales parecieren no tener solución? Es decir, se pregunta por el cómo y no por el qué, en otras palabras, se pregunta por el proceso y no por la sustancia del problema. Pretende analizar la legitimidad de las decisiones que conciernen a los problemas sustanciales a fin de buscar una respuesta adecuada, independientemente de si la misma es la correcta en términos de moralidad –aspecto que se encuentra vinculado con su concepción sobre la irrelevancia de la objetividad moral–<sup>391</sup>.

---

tradiciones. Pero no cabe duda de que tal imagen no es realista, al menos para una comunidad en el mundo moderno. No hay nada que podamos llamar la moralidad de una comunidad moderna que no exhiba características como el cambio, la diversidad, la controversia y la autoconciencia. Cualquier teoría construida sobre la particularidad de nuestras tradiciones o las de cualquier otra sociedad existente debe tener en cuenta esto». Jeremy WALDRON, “Particular Values and Critical Morality”, *California Law Review*, N° 77 (1989) 561, pp. 581-582. (La traducción es mía).

<sup>390</sup>Cfr. DD, pp. 19-20; Cfr. Jeremy WALDRON, “Introduction: Disagreements on Justice and Rights”, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 6 (2002) 5, pp. 5-6.

<sup>391</sup>Cfr. DD, pp. 189-190. Es meritorio subrayar que Waldron, aparte de los desacuerdos de sustancia, también reconoce la existencia de desacuerdos sobre los procedimientos idóneos para abordar las cuestiones de fondo; aunque, como se explicó en el primer capítulo reconoce la decisión de las mayorías, previa deliberación como método más eficaz de resolución de problemas. Expresa: «Ahora, como dije, hay desacuerdo sobre qué hace que la vida valga la pena, hay desacuerdo sobre los derechos, también hay desacuerdo entre nosotros sobre los procedimientos apropiados a utilizar. Tengo una opinión particular sobre los procedimientos políticos, que es la que esboqué hace un momento: un con-

Esta posición sobre los derechos se encuentra en línea con los postulados epistemológicos a los que Waldron adhiere. A su juicio, puesto que no es posible discernir a ciencia cierta si existe una objetividad con respecto a los derechos, el procedimiento mayoritario de toma de decisiones que involucra a los miembros del Parlamento deviene en la vía más idónea para abordar los desacuerdos sobre tales derechos, toda vez que concede mayor legitimidad democrática al resultado final. Este presupuesto básico, relativo a la inviabilidad de solucionar el desacuerdo de derechos, lo lleva incluso a afirmar que dicho problema tampoco se soluciona mediante la cristalización de los derechos en una Constitución escrita. Para Waldron, puesto que existen discrepancias con respecto a los mismos, atrincherarlos en un documento escrito dificulta su modificación para adecuarlos a la realidad, lo único que logra es obstaculizar su tratamiento por los representantes del pueblo<sup>392</sup>. Expresa:

Una de las circunstancias más importantes de la política en Estados Unidos –creo que es una de las circunstancias más importantes de la política en general– es que la gente no está de acuerdo con la justicia y los derechos. La intratabilidad de este desacuerdo, y el entendimiento de que es un desacuerdo razonable y de buena fe, es el trasfondo del argumento general que he presentado contra el empoderamiento de los jueces para tomar decisiones finales sobre los derechos. He argumentado que si hay desacuerdo sobre los derechos en la sociedad, entonces los derechos como tales no pueden triunfar sobre procedimientos como la decisión de la mayoría, que podría tener que ser apelada para determinar la posición social sobre los derechos que se mantendrá en a pesar de tal desacuerdo. No podemos jugar las cartas si no estamos de acuerdo con los palos de la baraja. Necesitamos derechos legales determinados, y necesitamos procedimientos políticos para determinar cuáles serán (...) <sup>393</sup>.

En definitiva, como consecuencia de la existencia de discrepancias sustanciales sobre derechos, y puesto que *los desacuerdo siempre persistirán*, Waldron aconseja tomarse en serio los procesos en virtud de los cuales los miembros de la socie-

---

junto deseable de procedimientos políticos es aquel que se forma y elabora de manera que se dé el mismo peso a las preferencias y opiniones a los millones habitantes del país cuyos derechos se cuestionan. Y creo que necesitamos argumentos extremadamente fuertes para alejarnos de alguna forma de deliberación y voto mayoritario que trate las opiniones de esos ciudadanos como iguales». WALDRON, “Disagreements on Justice...”, pp. 8-9, (la traducción es mía).

<sup>392</sup>Cfr. DD, pp. 18-21.

<sup>393</sup>MTJR, p. 77, (la traducción es mía). Véase que cuando Waldron habla de *trumps –o cards of triumphs–* al remitirse a los derechos, se refiere a la regulación de los mismos en una Constitución escrita.

dad abordarán las cuestiones de fondo. Por eso advierte sobre la necesidad de construir una teoría de la autoridad que permita abordar los conflictos, en especial, cuando existe incertidumbre e imposibilidad de discernir cuál decisión es la adecuada —razón por la cual postula la regla de las mayorías previa deliberación para abordar los problemas comunes—<sup>394</sup>.

## 1.2-¿Una definición de derechos?

A diferencia de Dworkin que sostiene que los derechos son cartas de triunfo que pueden ser impuestos contra los actos de gobierno, Waldron es reticente a dar una definición puesto que considera que existen desacuerdos sobre qué son los derechos. No obstante, no adhiere a una posición escéptica ya que, más allá de los desacuerdos, sostiene que los derechos son valiosos para la democracia. De hecho, admite que entre los miembros de una sociedad, a pesar de las discrepancias que puedan suscitarse, existe un consenso sobre ellos: los individuos comparten un mismo compromiso sobre los derechos puesto que los consideran relevantes para el ejercicio del autogobierno aunque difieran sobre su naturaleza y objetividad intrínseca. En otras palabras, Waldron señala que en una sociedad liberal —como por ejemplo la de los Estados Unidos— existe una anuencia generalizada sobre la importancia de respetar los derechos de los individuos y, en especial, de las minorías<sup>395</sup>. En este sentido, al referirse al compromiso que tienen los ciudadanos de no menoscabar los derechos como consecuencia de la persecución de metas utilitarias, sostiene:

Asumo que este compromiso es un consenso vivo, que se desarrolla y evoluciona a medida que los defensores de los derechos se comunican entre sí sobre los derechos que tienen y lo que esos derechos implican. Supongo que el compromiso con los derechos no es una mera palabrería y que los miembros de la sociedad se toman los derechos en serio: se preocupan por ellos, mantienen sus puntos de vista y los de los demás sobre los derechos bajo constante consideración y vivo debate, y están atentos a cuestiones de de-

---

<sup>394</sup>Cfr. DD, p. 253.

<sup>395</sup>Cfr. CCAJR, p. 1365. Corresponde mencionar que si bien Waldron no menciona una definición de derechos que sea unívoca, sino que más bien asiente que las conceptualizaciones forman parte del desacuerdo, sí detalla que existen ciertos derechos políticos que tienen una estructura dual *derechos-responsabilidades* —por ejemplo, el derecho a la participación política—. Cfr. WALDRON, “Dignity, Rights and...”, p. 1114.

rechos con respecto a todas las decisiones sociales que se sondean o discuten entre ellos<sup>396</sup>.

Por consiguiente, Waldron plantea que, aunque en la política moderna existan desacuerdos de derechos sobre los más variados problemas –acción afirmativa, aborto, tolerancia religiosa, libertad de expresión, entre otros–, esto no es razón para negar la existencia de un consenso primigenio y generalizado sobre la importancia de tomarse los derechos en serio. Por el contrario, sostiene que dichas discrepancias son una prueba de que los ciudadanos los consideran como algo valioso<sup>397</sup>.

En la misma línea, conviene agregar que, partiendo de dicho compromiso valorativo sobre los derechos, Waldron también indaga sobre las razones por las que los derechos son importantes para los ciudadanos que aspiran a vivir en democracia y resolver sus problemas en armonía. Respuesta que se encuentra en sintonía con la expresada por Dworkin en *Taking Rights Seriously*. Así, del pensamiento de Waldron se desprende que los derechos son valiosos por dos razones: una teleológica y otra funcional<sup>398</sup>.

En primer lugar, con respecto a la razón teleológica, se podría decir que para Waldron los derechos son importantes porque internalizan valores y preocupaciones –*values and concerns*–, y hacen posible que en una sociedad sus miembros puedan interactuar sabiendo el alcance y límites de sus libertades en aras a lograr una convivencia pacífica. Indica que en una sociedad democrática la política se encuentra dirigida a lograr el bienestar de todos sus miembros, lo que en ciertas ocasiones conlleva la necesidad de arribar a un balance entre los deseos de bienestar de la sociedad y los derechos de los individuos. Así, advierte que la concretización de bienes

---

<sup>396</sup>CCAJR, p. 1365, (la traducción es mía). Más allá de los desacuerdos de derechos, el autor expresa la existencia de un compromiso compartido por los miembros de la comunidad: «Asumo que existe un fuerte compromiso por parte de la mayoría de los miembros de la sociedad que estamos contemplando con la idea de los derechos individuales y de las minorías. Aunque creen en la búsqueda del bien general bajo una concepción utilitarista amplia, y aunque creen en el gobierno de la mayoría como un principio general aproximado de la política, aceptan que los individuos tienen ciertos intereses y tienen derecho a ciertas libertades que no deberían negarse simplemente porque sería más conveniente para la mayoría de la gente negarlos. Creen que las minorías tienen derecho a un grado de apoyo, reconocimiento y aislamiento que no está necesariamente garantizado por su número o por su peso político». Idem, p. 1364, (la traducción es mía).

<sup>397</sup>Cfr. Idem, pp. 1366-1367; De la misma manera, Waldron menciona que la existencia de una angustia moral –*moral distress*– que padecen ciertos ciudadanos ante el abordaje político adverso sobre determinadas cuestiones morales, es una muestra de que los individuos se toman los derechos con seriedad. Al mismo tiempo, detalla que es una forma de poner a prueba las convicciones más profundas para que la verdad no quede estancada y devenga en falsedad. Cfr. Jeremy WALDRON, *Liberal Rights. Collected papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 124-126.

<sup>398</sup>Cfr. DD, p. 268.

colectivos como la prosperidad, la eficiencia, el orden, el crecimiento económico pueden favorecer a ciertos grupos y perjudicar a otros<sup>399</sup>. En este sentido, la idea de los derechos puede ser concebida como una expresión de la dignidad humana, de la que se deriva la premisa de moralidad según la cual las personas deben tratarse entre sí con igual consideración y respeto, como si todas tuviesen un mismo *status jurídico*<sup>400</sup>. Asimismo, subraya que los derechos de los individuos no deben ser entendidos como reclamos egoístas contrarios a los fines que persigue la comunidad, sino que la dignidad de sus miembros no pierde importancia cuando estos se reúnen en comunidad. Esto se debe a que existen diferencias entre comprometerse con la comunidad y ser explotado por ella, o asociarse libremente y encontrarse atrapado en un contexto indiferente a los proyectos personales de sus integrantes. Es aquí que Waldron se aparta de la concepción de Marx con respecto a los derechos individuales –más precisamente a los derechos del hombre y del ciudadano– exployada en *La Cuestión Judía*, quien los consideraba como denigratorios de la sociedad porque protegían intereses egoístas y meramente individuales, como así también de la concepción de Bentham para quién los derechos se encontraban supeditados al bienestar general<sup>401</sup>.

En segundo lugar, con respecto a la razón funcional, también puede mencionarse que para Waldron los derechos son relevantes porque en la práctica concreta, el ejercicio de los mismos, tiene por objeto: especificar un bien y, al mismo tiempo, identificar a su tenedor –*right-bearer*– para quién dicho bien debe concretarse. El profesor explica que dicho beneficio es el fundamento –razón suficiente– que justifica el cumplimiento de las obligaciones que nacen en cabeza de los demás como consecuencia del ejercicio del derecho que efectúa su titular<sup>402</sup>. De esta manera, sigue la teoría del interés de Raz que expresa:

---

<sup>399</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, *The Law: Theory and Practice in British Politics*, Routledge, London, 1990, pp. 98-99.

<sup>400</sup>Cfr. Idem, p. 99; Cfr. WALDRON, “Dignity, Rank and...”, pp. 213-215.

<sup>401</sup>Cfr. WALDRON, *The Law...*, p. 100; Cfr. WALDRON, *Liberal Rights*, pp. 209, 341-342. Corresponde mencionar que si bien Waldron coincide con Dworkin en que los derechos protegen intereses de los individuos en contra de objetivos utilitaristas, no los considera como contrarios a la voluntad de las mayorías parlamentarias constituida mediante la deliberación de buena fe. Estima que una concepción contraria descansaría en una antropología egoísta y, además, implicaría afirmar que los derechos son individualistas. Cfr. DD, pp. 264-265.

<sup>402</sup>Cfr. WALDRON, *Liberal Rights*, p. 359. Por otra parte, corresponde mencionar que con respecto a los derechos de segunda y tercera generación que conciernen a bienes comunes –*communal goods*–, no individuales, la obligación que nace de los mismos –por ejemplo, promover la paz– no puede fundarse en el beneficio que genera para alguien en particular. Por consiguiente, Waldron explica que la obligación de realizar dichos bienes comunes encuentra su fundamento en una adecuada caracterización del disfrute –*desirability*– que conlleva para los miembros de la comunidad considerados en

Un individuo tiene un derecho a G cuando la importancia de su interés en G, considerada por sí misma, es suficiente para justificar que otros tengan el deber de promover G<sup>403</sup>.

Sin embargo, a diferencia de Raz, Waldron subraya que de un derecho pueden nacer varias obligaciones, no solo una. Así, por ejemplo, del derecho a hablar libremente en público en el marco de un debate democrático nacen las obligaciones por parte del gobierno de no restringir su ejercicio, la obligación de proteger a los disertantes, el deber de establecer normas de diálogo, entre otras. Al mismo tiempo, si dichas obligaciones son incumplidas pueden emerger otras como la obligación de educar a las personas en la importancia de la deliberación respetuosa y, en caso de que exista menoscabo a los disertantes, la obligación de reparar el daño realizado, entre otras<sup>404</sup>. Por lo que tomarse en serio los derechos conlleva tener en cuenta no solo el interés que se intenta proteger en sentido estricto sino también las obligaciones que nacen como consecuencia de su salvaguarda y las obligaciones subalternas que de éstas se derivan<sup>405</sup>.

## 2-ENFOQUE FILOSÓFICO DE LOS DERECHOS

### 2.1-Derechos y moral

Como se explicó en el capítulo primero, Waldron es un escéptico de la objetividad moral, considera que es irrelevante preguntarse por ella a fin de resolver los desacuerdos de derechos<sup>406</sup>.

Al abordar esta cuestión Waldron crítica a Alan Gilbert en su creencia de que existan hechos objetivos que pueden provocar que determinados juicios sean falsos o verdaderos y que, al mismo tiempo, sean independientes de las creencias personales sobre convenciones sociales o condiciones históricas en las cuales aparecen<sup>407</sup>. Por consiguiente, enseña que es irrelevante preguntarse por la objetividad de la moral como hacen los realistas morales puesto que, en caso de que existan hechos

---

conjunto. Explica Waldron: «Es porque X, Y y Z disfrutan juntos del bien, y porque la participación de cada uno en ese disfrute está orientada a comprender que los demás también participan en él, por lo que vale la pena perseguir el bien». Ibidem, (la traducción es mía).

<sup>403</sup>Cfr. Idem, p. 359, (la traducción es mía).

<sup>404</sup>Idem, p. 212.

<sup>405</sup>Idem, pp. 212-213.

<sup>406</sup>DD, pp. 18-21, 277.

<sup>407</sup>Cfr. WALDRON, "On the Objectivity...", pp. 1367, 1369.

morales en virtud de los cuales pueda afirmarse que determinados juicios son auténticos o falaces, no existe una epistemología inequívoca que permita comprobarlo –como sí sucede en las ciencias científicas–. Explica que, incluso cuando podamos estar seguros de que exista una verdad objetiva, nada nos asegura de que el juez sentenciará en función de la misma y no se dejará llevar por sus propios juicios, ya que según el enfoque emotivista –al cual Waldron adhiere– el agente al juzgar se encuentra influenciado por sus propias creencias, es por eso que preguntarse por la objetividad moral deviene en un sinsentido<sup>408</sup>.

Por otra parte, con respecto a los valores –como la justicia, la igualdad, la legalidad, entre otros– que son protegidos por los derechos, considera que son relevantes porque permiten que los ciudadanos se traten con igual consideración y respeto. El autor no fundamenta estos valores a partir de postulados metafísicos, sino que desde su emotivismo los identifica con preferencias y expresiones. En este sentido, vuelve a criticar a Gilbert quien sostiene la objetividad de los valores de la democracia relacionándolos con el socialismo de Marx. Señala Waldron:

Por lo tanto, no tenemos ninguna razón para decir sobre estos valores nada más que lo que dirían los antirrealistas: son las actitudes y expresiones de unas pocas personas que, a pesar de todas las adversidades, continúan amargamente aprobando y actuando sobre ellos, pero que han no hay una realidad más sólida en el mundo que esa. La historia no proporciona prueba alguna de su existencia objetiva; en todo caso, ha desacreditado la variedad particular de humanismo que más apreciaba Gilbert<sup>409</sup>.

Por lo que, en sintonía con lo expuesto hasta aquí, se vislumbra que Waldron sí adhiere a una posición moral, la cual puede dilucidarse a partir de los siguientes postulados que se desprenden de su pensamiento:

---

<sup>408</sup>Cfr. DD, p. 208; Cfr. MTJR, p. 97. Señala Waldron: «Algunos filósofos (yo, por ejemplo) descubren primero que los patrones de análisis emotivistas o prescriptivistas proporcionan lo que parecen ser los mejores relatos disponibles de lo que está sucediendo cuando se hacen, se piensan y se siguen los juicios morales. No entramos en la metaética con ningún hacha escéptica particular para moler. Simplemente partimos de la posición (que todos reconocen) de que el juicio moral tiene algo que ver con la actitud, el sentimiento y la determinación y la guía de la acción, y construimos nuestro relato a partir de eso. Habiendo desarrollado nuestro análisis, descubrimos que simplemente no hay lugar para concepciones realistas como la verdad moral y la objetividad moral, y dejamos esas ideas de manera silenciosa e innegable a un lado». MTJR, p. 78, (la traducción es mía).

<sup>409</sup>WALDRON, “On the Objectivity...”, p. 1367, (la traducción es mía). Waldron refuta los postulados históricos de Gilbert citando a Nietzsche quien efectúa una interpretación pesimista de la historia, de la cual infiere cierta incertidumbre sobre la existencia de una objetividad moral. Cfr. Idem, pp. 1367, 1381-1382, 1391.

En primer lugar, considera que en un sistema democrático lo moralmente correcto es que los legisladores decidan en pie de igualdad sobre las cuestiones que conciernen a todos. Esto se debe a que la participación de los afectados es lo que otorga legitimidad a la decisión final. De este modo, a fin de no restringir dicho poder de decisión considera que es necesario que no existan valores objetivos e inamovibles –en sentido metafísico–<sup>410</sup>.

En segundo lugar, Waldron señala que en una sociedad culturalmente diversa sus miembros discrepan sobre temas sustanciales, por lo que la justicia –entendida como equidad– exige a los ciudadanos que se tomen en serio el hecho del desacuerdo. Esta aceptación requiere encontrar un procedimiento institucional de resolución de conflictos que permita abordar las discrepancias de fondo que surgen en la arena política, y que sea propicio para forjar una avenencia de los ciudadanos con el resultado final. Razón por la cual postula la *regla de las mayorías*, mecanismo que sólo podrá ser una alternativa viable mediante el reconocimiento del derecho de participación de los representantes del pueblo, el cual debe ejercitarse de tal modo que todos puedan deliberar y exponer sus ideas en forma respetuosa. Es aquí que el profesor tiene una preferencia moral por un mecanismo de decisión determinado basado en razones de legitimidad democrática<sup>411</sup>.

En síntesis, ante la imposibilidad de poder probar la existencia de valores objetivos, Waldron considera que lo correcto en términos de moralidad, es el respeto al desacuerdo y el reconocimiento de la capacidad reflexiva de las personas para decidir cómo deben gobernarse. Así, como se observará, puede apreciarse que su concepción de los derechos se encuentra supeditada al ideal de la democracia mayoritaria, más precisamente, a la decisión por medio del principio de las mayorías previa deliberación parlamentaria. Por eso, la posición moral que toma el autor se encuentra arraigada principalmente en la forma, en un procedimiento determinado al cual considera como mejor opción, y que termina por proyectar en una concepción

---

<sup>410</sup>Cfr. WALDRON, “Disagreements on Justice...”, pp. 5-7. Véase que si bien Waldron subraya que la tortura siempre está mal, prefiere evitar la aceptación de la existencia de absolutos morales que sean objetivos. En este sentido, en su artículo titulado *What are Moral Absolutes Like?* explica que los absolutos morales se comportan como prescripciones categóricas –“*you shalt not...*”– que pueden estar fundamentadas en diferentes razones –Dios, una noción de godos contaminados, la idea de la inviolabilidad de las personas, etc.–. Aunque no efectúa ninguna conclusión equivocada sobre su posición más que una cierta empatía con el escepticismo: «Dado que no se ha proporcionado una respuesta concluyente a nuestra pregunta –¿Cómo se supone que funcionan los absolutos morales?– es tentador decir pesimistamente que el absolutista debe admitir la derrota (...) Pero no se ha hecho nada para mostrar que la pregunta que hemos planteado para el absolutista no puede ser respondida». JEREMY WALDRON, “What are Moral Absolutes Like?”, *NYU Law School, Public Law Research Paper*, N° 11-62 (2011), p. 43. (La traducción es mía).

<sup>411</sup>Cfr. WALDRON, “On the Objectivity...”, pp. 1372-1373.

pragmática de los sustancial, o como él mismo predica, en una irrelevancia de la objetividad moral en cuanto a temas de fondo.

## 2.2-¿La dignidad como fundamento de los derechos?

### 2.2.1-El problema de la dignidad

Waldron entiende que el desacuerdo reinante en el mundo de los derechos se extiende a sus fundamentos. Por ello, se pregunta si la dignidad humana es el fundamento fundacional de los derechos, o si más bien, existen diferentes fundamentos como así también diferentes concepciones de derechos. Al efecto, se propone indagar con un espíritu moderadamente escéptico y de buena fe, el concepto de la dignidad humana, a fin de dilucidar el rol que cumple en la teoría de los derechos<sup>412</sup>.

En esta línea, postula que en el derecho internacional se hace referencia a la relación entre la dignidad humana y los derechos en diferentes sentidos. Así, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– establece que los derechos consagrados en dicho documento se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Lo mismo puede decirse con respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–. Ambos ejemplos reflejan una afirmación fundacional de la dignidad como si el sentido de los derechos consistiese en protegerla y promoverla, suposición que conlleva a que el modo más óptimo de descubrir cuáles son los derechos sea dilucidando qué exigencias requiere la dignidad humana y cómo promoverla de una manera adecuada. Por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos –DUDH–, también los relaciona, aunque no describe que los derechos *deriven* de la dignidad humana, sino que los entiende como ideas coordinadas. Por ejemplo, en su primer artículo establece que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup>Cfr. DLD, pp. 191-192, 198-199, 203. Expresa Waldron: «La razón es que incluso si resulta que una comprensión estricta de la tesis fundacionalista no puede defenderse, aún podría haber otras formas en las cuales la dignidad resultará importante para nuestra comprensión de los derechos humanos. Someter la tesis fundacionalista a un examen crítico podría tener la ventaja adicional de revelar algunas de ellas». Idem, p. 192; Cfr. José CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, “Waldron y la dignidad: el problema del fundamento de los derechos humanos”, *Derecho PUCP*, N° 85 (2020) 247, pp. 255-257.

<sup>413</sup>Cfr. Idem, p. 123. Waldron también explica que ambos Pactos Internacionales también se refieren a la dignidad como si fuese una parte del contenido de los derechos. Así, cita el art. 10 del PIDCP: «Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano», y también, en el art. 13.1 del PIDESC puede leerse “la educación

Subiendo un peldaño más, Waldron señala que puede existir la posibilidad de que la dignidad humana devenga en fundacional para determinados derechos pero no para otros, puesto que, como establece Rawls, estos no se manifiestan de manera unificada sino más bien como una lista. Así, podrían existir diferentes clases de derechos que, al mismo tiempo, tienen diferentes fundamentos. Por ejemplo, la libertad de expresión tiene un fundamento diferente al del tratamiento humanitario, aunque no puede negarse que compartan un fundamento universal como lo es la naturaleza humana. Sin embargo, para Waldron la naturaleza humana es multifacética, lo que implica que distintos derechos podrían fundarse en características diferentes de la naturaleza humana. Por ende, pueden existir valores *cuasi fundacionales* como la autonomía, la equidad o, sin ir más lejos, la utilidad, que actúan como fundamentos de determinados derechos, los cuales no son ofuscados por la dignidad<sup>414</sup>.

De este modo, una de las dificultades en concebir a la dignidad como el fundamento fundacional de los derechos humanos se debe a que el concepto de dignidad adolece de vaguedad. En esta línea, cita al jurista Schachter quién estima que en el derecho internacional se ha evitado dar un significado explícito en los preámbulos de los documentos mencionados para que su contenido quede librado a una comprensión intuitiva. Lo que permite que la dignidad pueda funcionar como una especie de comodín que oculta las discrepancias de sus redactores originales en cuanto a su significado<sup>415</sup>. Al mismo tiempo, Waldron considera que la naturaleza incierta de la dignidad se debe a que, el estudio que se ha efectuado de la misma todavía está en un estadio reciente, por lo que es necesario concebirla como un trabajo en desarrollo. En este sentido, explica:

Esto no resulta inconsistente con la idea de que la dignidad opere como un fundamento de los derechos debido a que nuestra comprensión de los derechos humanos, con no más de sesenta años desde su encarnación moderna, es también un trabajo en desarrollo. No hay todavía un consenso establecido acerca de lo que significa decir que el derecho a X es un derecho humano, más allá de la afirmación mínima de que es un derecho que se con-

---

debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”». Idem, p. 193.

<sup>414</sup>Cfr. Idem, pp. 195-196.

<sup>415</sup>Cfr. Idem, pp. 197-198. Señala Waldron: «Por fuera del campo de los derechos humanos diversos analistas han sido muy escépticos acerca del significado de “dignidad”. Al abordar su uso en los debates de bioética, Stephen Pinker la llama una noción “de blanda subjetividad”, mientras que Ruth Macklin observó que “el concepto es irremediablemente vago. (...) Invocar el concepto de dignidad sin aclarar su significado es usar un mero eslogan». Idem, p. 198.

sidera que todos los humanos tienen. Y todavía discrepamos acerca de cuáles son derechos humanos. No debería sorprender entonces que el disenso acerca de los derechos esté asociado a la indeterminación de los fundamentos<sup>416</sup>.

En la misma línea, advierte que la dignidad es un concepto polémico, lo cual se demuestra en la existencia de diferentes teorías que tratan de explicarlo. Así, a modo de resumen, pueden mencionarse la teoría de Kant que fundamenta la dignidad en la capacidad autónoma del sujeto, la teoría de la doctrina católica que fundamenta la dignidad del hombre en su creación a imagen y semejanza de Dios, la teoría de la dignidad de Dworkin que la cimentan en los valores de autorrespeto y autenticidad y, hasta la del mismo Waldron, que la concibe como un *concepto-status*. Por lo que, siguiendo a Neomi Rao, el profesor indica que, ante la falta de una noción fundante de la dignidad, pueden encontrarse distintas teorías que terminarán por desembocar en diferentes concepciones de derechos. Es debido a dichas dificultades planteadas con respecto a la dignidad humana que el profesor se pregunta si es necesaria una teoría de carácter fundacional para promover y comprender los derechos humanos<sup>417</sup>.

Al respecto, Waldron plantea que, desde un punto de vista pragmático, que pretende conseguir resultados definitivos y reales, el concepto fundacional de los derechos será efectivamente problemático. Puesto que es un hecho que los juristas discrepan entre sí sobre la naturaleza de la dignidad y, en particular, sobre cuál es el modo adecuada de inferir concepciones de derechos a partir de ella. Así, concebir a la dignidad desde un punto fundacional empeoraría la cuestión. Sin embargo, sostiene que aun cuando una investigación de la dignidad fundacional no permita evaluar con certeza los derechos, o lleve a un laberinto sin salida, el hecho de intentarlo y esforzarse por encontrar una respuesta adecuada enriquece y posibilita la comprensión de los derechos humanos<sup>418</sup>.

### 2.2.2-¿Qué es un fundamento?

Waldron considera que, al fin de desentrañar la relación que existe entre la dignidad humana y los derechos humanos, es necesario discernir qué debe enten-

---

<sup>416</sup>Idem, p. 198.

<sup>417</sup>Cfr. Idem, p. 199.

<sup>418</sup>Cfr. Idem, pp. 202-203.

derse por *fundamento*<sup>419</sup>. Por consiguiente, mediante cuatro concepciones distintas explica lo que significa la fórmula: *un concepto A es el fundamento de otro concepto B*. Entendiéndose por A = dignidad humana y por B = derechos humanos<sup>420</sup>. En este sentido, sostiene que dicha expresión puede identificarse con alguno de los siguientes enfoques:

a-Orígenes y genealogía –*B se originó a partir de A*–: puede entenderse que los derechos humanos se desprenden de la dignidad humana, como si A preexistiese a B o, dicho en otras palabras, que el discurso de los derechos surgió –desde una perspectiva histórica y genealógica– del discurso de la dignidad. Sin embargo, Waldron sostiene que desde un enfoque filosófico dicha concepción tiene sentido, aunque carece de él desde un enfoque histórico<sup>421</sup>. De hecho, el autor considera que «nuestro discurso moderno sobre la dignidad le debe más al discurso de los derechos humanos que surgió desde 1948 de lo que el segundo le debe al primero»<sup>422</sup>.

b-Fuente y legitimidad –*A legitima B*–: para explicar dicha concepción Waldron recurre al pensamiento de Klaus Dicke, quién considera que la dignidad humana debe entenderse como una norma trascendental que legitima las demandas concernientes a los derechos humanos. Detalla que el filósofo entiende a la *norma fundamental* en términos kelsenianos, es decir, como una fuente de validez jurídica que otorga legitimidad al sistema y a todas las demás normas que lo integran. En este sentido, siguiendo la misma lógica, existe una norma de la dignidad humana que atribuye validez a las normas que regulan los derechos humanos<sup>423</sup>. De esta manera, el PIDCP, que fue consecuencia de un acuerdo multilateral entre naciones, reconoce derechos humanos –ya existentes– pero no los crea. Los seres humanos tienen derechos como consecuencia de la dignidad humana que les es innata, y es a partir de ésta que aquéllos existen y se explican –no a partir de su reconocimiento en un documento o del mandato de un Estado–<sup>424</sup>.

c-Una base genuina para la derivación –*B puede derivarse lógicamente de A*–: para Waldron dicho procedimiento es posible siempre y cuando se tenga conoci-

---

<sup>419</sup>Waldron advierte que no debe confundirse el fundamento con las características de los derechos. Así, por ejemplo, los derechos tienen ciertos rasgos como la exigencia normativa de su contenido, su reconocimiento por igual a todas las personas, la pretensión de asegurar los bienes que protegen. Sin embargo, sería erróneo sostener que exigencia normativa, la seguridad o la igualdad sean los fundamentos de todos los derechos. Idem, pp. 215-216.

<sup>420</sup>Cfr. Idem, p. 204.

<sup>421</sup>Cfr. Idem, p. 205.

<sup>422</sup>Cfr. Idem, p. 206.

<sup>423</sup>Ibidem.

<sup>424</sup>Cfr. Idem, p. 207.

mientos sobre cuál es el fundamento de los derechos. De esta manera, puede construirse una teoría de los derechos que tenga cimientos más sólidos que los de un simple catálogo y que permita derivarlos a partir de ellos. Para este enfoque las derivaciones serán deductivas y parcialmente empíricas, es decir, desde la concepción del valor de la dignidad –premisa mayor– se infieren concepciones de derechos –premisas menores– las cuáles son comprobadas en la experiencia por los agentes. Por lo que, en este aspecto, la dignidad se encuentra vinculada con la agencia normativa de los derechos. Es aquí que la capacidad de las personas para determinar por sí mismas sus propios proyectos de vida y, por consiguiente, concretizar sus derechos, deviene en un aspecto fundamental para determinarlos<sup>425</sup>.

d-Comprensión interpretativa –*A clarifica aspectos importantes de B*–: este enfoque, a diferencia del anterior, es inductivo. A partir de un catálogo de derechos se infiere qué premisa mayor puede inducirse como fundamento generador, o también, como valor iluminador que le otorgue sentido. Waldron postula que la razón de ser de los derechos no necesariamente debe concebirse en forma lineal, como si fuese emanada de una premisa teleológica; sino que, más bien, entender la razón por la cual tenemos derechos, conlleva la necesidad de discernir el objetivo de los mismos<sup>426</sup>. Explica Waldron:

(...) Lo que necesitamos –y que algunas veces llamamos vagamente un fundamento– es una manera de comprender el objetivo de los derechos que nos ayude tanto a interpretar las provisiones de derechos particulares como a determinar el espíritu con el cual debemos proceder para potenciar las demandas basadas en derechos, así como a identificar la forma con la cual lidiamos con los posibles conflictos entre derechos y los problemas de su restricción<sup>427</sup>.

En conclusión, por medio de estas cuatro formas de concebir a la dignidad humana como fundamento de los derechos, Waldron plantea la dificultad que existe en determinar cuál es el fundamento de los derechos humanos, si es que efectivamente existe. Es aquí que el autor se propone brindar su propia concepción de la dignidad, aunque no con un sentido fundacional, sino más bien complementario al de los derechos humanos, la cual denomina *dignidad como status*.

---

<sup>425</sup>Cfr. Idem, pp. 209-210.

<sup>426</sup>Cfr. Idem, pp. 212-213.

<sup>427</sup>Idem, p. 214.

## 2.2.3-Dignidad como status

La posición de Waldron con respecto a la dignidad no se identifica con ninguna de las cuatro explicaciones mencionadas en el epígrafe anterior. De hecho, como se detalló, Waldron enseña que la dignidad es un *concepto-estatus* y no un *concepto-valor* —como postula Kant—. Explica que en el mundo jurídico un *status* concierne a un conjunto X de derechos, deberes, privilegios, incapacidades, facultades, responsabilidades e inmunidades que son atribuidos a una persona según su situación o condición. De esta manera, si la persona se encuentra ejerciendo el servicio militar, o si está en prisión, le corresponderá un status determinado con el conjunto X que amerita dicha situación. Así, por ejemplo, ser rey en Inglaterra conlleva tener ciertos privilegios y responsabilidades; por el contrario, ser convicto implica ciertas incapacidades como la restricción a la libertad de tránsito y el derecho a votar. Por ende, la dignidad se identifica con una síntesis de derechos, obligaciones, etc., que posee un individuo según la condición o situación en la que se encuentre<sup>428</sup>. Para darse a entender, Waldron recurre a John Austin:

Puede parecer fácilmente que el término status no introduce ninguna información nueva. John Austin pensaba esto. Como escribió en sus *Lectures on Jurisprudence*, «Los conjuntos de derechos y deberes, o de capacidades e incapacidades, incorporadas como status en el derecho de las personas, se sitúan allí simplemente para permitir una exposición ampliada». Un término de estatus, sostuvo, es una «elipsis —o una forma de expresión abreviada—», simplemente una cuestión de facilidad explicativa o expositiva. No es nada más que una abreviación, un «recurso de exégesis jurídica»<sup>429</sup>.

Por consiguiente, para Waldron la dignidad no es el fundamento de los derechos, sino que más bien, es un status que integra un conjunto de derechos —al igual que obligaciones, incapacidades, entre otras—. A fin de explicar su noción de dignidad remite a la noción antigua de *dignitas*, en virtud de la cual podía distinguirse que la *dignitas* de un noble era diferente a la *dignitas* de un religioso, y la razón era porque los derechos que se encontraban vinculados a cada dignitas eran diferentes dado que pertenecían a distintos estatus. Por ello afirma que «señalar que un ser tiene el estatus de la dignidad humana implica sostener que posee derechos

---

<sup>428</sup>Cfr. Idem, pp. 217-218; Cfr. HLPD, pp. 201-202.

<sup>429</sup>DLD, p. 218.

humanos», lo que conlleva a decir que, «no tenemos derechos humanos porque tenemos dignidad humana; tener dignidad humana es tener derechos humanos»<sup>430</sup>.

Sin embargo, a diferencia de Austin que entiende la dignidad como una especie de abreviación de un conjunto de derechos, obligaciones, etc., Waldron advierte que dicho conjunto no es aleatorio o arbitrario, sino que más bien imbuye de sentido una idea subyacente que informa sobre el *status* que se tiene. Por ende, el concepto de *status* refleja una idea determinada. Por ejemplo, la idea que subyace en el *status* de niño es que son más vulnerables que los adultos, como así también, menos capaces para cuidarse por sí mismos. Y es en virtud de dicha idea que la infancia adquiere razón de ser en el mundo jurídico. De esta manera, los derechos y obligaciones que se desprenden del *status* de niño cobran sentido gracias a dicha idea. Así, es debido a la misma que los diferentes elementos que integran el status pueden relacionarse de una manera coherente; por ejemplo, la incapacidad contractual del niño solo puede comprenderse en relación con el deber de su tutor de representarlo. Por consiguiente, si alguno de los elementos se extrae del status, éste pierde sentido, puesto que sólo en el conjunto puede adquirir una razón de ser como consecuencia de una idea subyacente que subyace implícita<sup>431</sup>.

En conclusión, Waldron enseña que, como la dignidad humana refiere a un *status*, esta integra un conjunto de derechos y una idea que les otorga sentido unificándolos, y haciendo comprensible la importancia que tienen para los individuos. De esta manera, la dignidad no puede concebirse simplemente como un catálogo de derechos y obligaciones como sostenía Austin, sino que es menester preguntarse por la causa que les otorga sentido<sup>432</sup>.

## II-CONFLICTO Y ARMONIZACIÓN DE DERECHOS

---

<sup>430</sup>Idem, p. 219; Cfr. HLPD, pp. 212-213.

<sup>431</sup>Cfr. DLD, p. 220.

<sup>432</sup>Cfr. Idem, p. 221.

## 1-CONFLICTO DE DERECHOS

## 1.1-Derechos-responsabilidades

Waldron sostiene que existen ciertos derechos que deben ser entendidos como *derechos-responsabilidades –responsability-rights–*. Es decir, no como derechos que solo conceden libertades y que, por ende, se entienden como contrarios a las responsabilidades; ni tampoco como derechos que se encuentran correlacionados con obligaciones que limitan su ejercicio. Más bien menciona que los derechos tienen un carácter dual –como el derecho de participación–, en palabras del autor: «Creo que es posible pensar en ciertos derechos en sí mismos como responsabilidades»<sup>433</sup>.

En este sentido, para demostrar su idea, Waldron, a modo de ejemplo, describe *los derechos parentales* entendidos como aquellos que tienen los padres con respecto a sus hijos. Detalla que los mismos se encuentran expresados en el artículo 6 de la *German Basic Law*:

- (1) El matrimonio y la familia gozan de la protección especial del Estado.
- (2) El cuidado y la crianza de los hijos son un derecho natural de los padres y un deber que les incumbe principalmente. El estado vela por el cumplimiento de este deber<sup>434</sup>.

Señala que la línea interesante es la concerniente a *care and upbringing of children* la cual indica derechos y obligaciones que incumben a los padres que se encuentran y que son reconocidos por el derecho natural y, al mismo tiempo, por las leyes del Estado que los salvaguarda contra la interferencia de terceros. En este sentido, siguiendo a Anscombe, Waldron enuncia que dichos derechos asignan autoridad a los padres sobre los hijos en virtud de los cuales estos deben brindar obediencia, pero también exigen respeto del Estado y terceros, que no deben obstaculizar dicha relación. Describe que los derechos parentales son comprendidos como derechos y, en simultáneo, como responsabilidades de los padres, es decir, como derechos que deben ejercer<sup>435</sup>. Al mismo tiempo, enuncia que los derechos parentales requieren un ejercicio continuo de la inteligencia y la elección. Por lo que menciona la existencia de ciertos límites que deben respetarse, los cuales, sobrepasados legitiman la interferencia del Estado. Expresa que la mencionada ley alemana detalla en su artículo sexto:

---

<sup>433</sup>WALDRON, “Dignity, Rights and...”, p. 1114, (la traducción es mía). Waldron señala que no todos los derechos tienen la estructura *derechos-responsabilidad*. Así, por ejemplo, el derecho de no ser torturado no entraría dentro de dicha categoría.

<sup>434</sup>Ibidem, (la traducción es mía).

<sup>435</sup>Cfr. Idem, p. 1115.

Los niños pueden ser separados de sus familias en contra de la voluntad de sus padres o tutores solo de conformidad con la ley, y solo si los padres o tutores no cumplen con sus obligaciones o si los niños corren peligro de sufrir negligencia grave<sup>436</sup>.

En este sentido, puede observarse que el aspecto concerniente a la responsabilidad propia de ciertos derechos exige que su ejercicio sea razonable<sup>437</sup>.

A partir de estos ejemplos, Waldron afirma que existen derechos políticos que comparten el mismo carácter dual que los derechos parentales y subraya que comprenderlos de dicha manera hace que su análisis sea más completo<sup>438</sup>. Al respecto, menciona el derecho a la participación desarrollado en el apartado anterior. Este, por un lado, se identificaba con la libertad que tienen los ciudadanos de deliberar y elegir mediante su voto a las autoridades por las cuáles desean ser gobernados. Por el otro, se identifica con la responsabilidad que es de esperarse de los ciudadanos para resolver un problema común que sólo puede ser resuelto por la participación de todos<sup>439</sup>. A su juicio:

El sufragio democrático, por ejemplo, el derecho a ser elector y a votar, son derechos políticos clásicos pero también pueden ser vistos como responsabilidades en el sentido de que quien los ejerce está cumpliendo una función junto a millones de personas en el funcionamiento y la gestión de la comunidad democrática<sup>440</sup>.

Por otra parte, Waldron expresa que esta concepción sobre cómo concebir ciertos derechos se encuentra relacionada con el valor de la dignidad humana, el cual entre otras cosas se encuentra vinculado con la autonomía y el respeto mutuo. Como se advirtió en el capítulo primero, Waldron asocia la idea de dignidad a la de ciudadanía romana, la cual conlleva la idea de honor y privilegios propios de ciertos rangos o status, resaltando al mismo tiempo la necesidad de una democratización

---

<sup>436</sup>Idem, p. 1116, (la traducción es mía).

<sup>437</sup>Cfr. Idem, p. 1117.

<sup>438</sup>Cfr. Idem, pp. 1116-1117.

<sup>439</sup>Cfr. DD, p. 277; Cfr. Jeremy WALDRON, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 13 (1993) 18, p. 20.

<sup>440</sup>WALDRON, "Dignity, Rights and...", p. 1123, (la traducción es mía). Waldron también señala una conexión entre los derechos-responsabilidades y la idea de dignidad –entendida como ciudadanía–: «Un primer paso obvio es pensar en los roles asociados con la ciudadanía. La ciudadanía es un estatus elevado (una dignidad) que se asigna de manera muy amplia, si no universal, en las sociedades democráticas modernas. Podríamos pensar en la ciudadanía como un rol y ver si ese rol se puede utilizar como la base de un análisis de responsabilidad de los derechos del ciudadano, distinguiendo por el momento como lo hizo Karl Marx, entre los derechos del ciudadano y los derechos del hombre». Idem, pp. 1121-1122, (la traducción es mía).

de dicha concepción para todos los miembros de una sociedad –*an equalization of rank*–<sup>441</sup>.

Es por eso que, en la esfera pública, sostiene que apartar la toma de decisiones de gobierno de la voluntad del pueblo –como por ejemplo: supeditándolas al control de constitucionalidad por parte de los jueces–, conlleva no reconocer a los ciudadanos como sujetos responsables para decidir cómo deben gobernarse y, por ende, decidir sus propios proyectos de vida; lo que básicamente implica no considerarlos individuos dotados de dignidad<sup>442</sup>.

En esta línea, para ilustrar el fundamento de su concepción concerniente a los derechos-responsabilidades, Waldron indaga en las teorías clásicas del derecho natural. Advierte que, en algunas de estas, como por ejemplo en la de Locke, ciertos derechos –como el derecho a la vida– tienen la forma dual descripta con anterioridad, aunque a diferencia del derecho de participación política, hacen referencia a Dios como sujeto ante quién los individuos deben comportarse de una determinada manera, descansando así los derechos en un fundamento religioso –la obediencia al Creador–. De esta manera, Locke considera que los ciudadanos no deben destruir sus vidas ni las de sus pares porque son todas criaturas creadas por un ser superior y porque la vida ha sido asignada por Él para que sea administrada en aras a cumplir determinados propósitos –trabajar y poblar la tierra–. Por consiguiente, quien no puede crearla tampoco puede dispensarla, sino que más bien, debe vivirla con la responsabilidad que merece según el fin último que ha sido encomendado. Para esta visión, en definitiva, el ejercicio de los derechos naturales conlleva concretizar el mandato encomendado por Dios. Esto le permite concluir que, desde los comienzos del liberalismo puede apreciarse la existencia de una forma de entender a los derechos con una dimensión abierta a las responsabilidades<sup>443</sup>.

A su vez, señala que durante el iluminismo los derechos se encontraban vinculados a la idea de vocación; es decir, con la idea de que cada persona está llamada a cumplir un mandato particular que es intrínseco a su naturaleza. Por lo que cada individuo tenía la obligación moral de gobernar su vida para desarrollar su vocación, desafío que no puede ser impuesto por otro. Es por eso que cada tenedor de derechos tiene la capacidad de ser dueño de su propia vida y ejercer un control personal sobre la misma sin interferencia de los demás en cómo debe ser vivida; salvo, claro está, por las instituciones políticas que ejercen el gobierno luego de estableci-

---

<sup>441</sup>Waldron destaca el carácter dual de ciertos derechos políticos: «Un segundo conjunto de derechos de ciudadanía son los derechos políticos, como las diversas formas de participación ciudadana en la vida política de una comunidad democrática». Idem, p. 1122, (la traducción es mía).

<sup>442</sup>Cfr. Idem, pp. 1118-1119.

<sup>443</sup>Cfr. Idem, pp. 1125-1126; Cfr. Jeremy WALDRON, *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London and New York, 1987, pp. 8-9, (en adelante NUS).

das por la voluntad de sus ciudadanos, siempre y cuando sean coherente con el trato digno<sup>444</sup>.

En conclusión, los derechos naturales son concebidos como responsabilidades y asociados con la idea de dignidad humana –sea ésta fundada en Dios o en la naturaleza humana–, la cual conlleva que los individuos son capaces de cumplir con sus deberes. Corolario que exige la no reducción de las personas a objetos que no tienen poder de decisión. Expresa Waldron citando a Immanuel Kant:

«No seas lacayo de nadie», dijo Immanuel Kant, «No permitas que otros pisen impunemente tus derechos... Inclinarsé y raspase ante un ser humano parece en todo caso poco digno de la dignidad humana». Somos responsables de defender indomablemente nuestros propios derechos, sin alboroto ni vergüenza moral, e igualmente somos capaces de defender los derechos de los demás, asumiendo la responsabilidad conjunta con todos los demás de todo el régimen de derechos que nos ha sido confiado solidariamente<sup>445</sup>.

## 1.2-Conflicto de derechos

A diferencia de Waldron, Dworkin sostiene que los derechos son cartas de triunfo que no entran en conflicto entre sí puesto que pertenecen al mismo reino del valor, el cual es indivisible; por tanto, el desafío del intérprete consiste en construir concepciones armónicas de los valores que se refuercen entre sí como si se encontrasen interconectados en una cápsula geodésica. En este sentido, si bien es consciente de que existen desacuerdos en este proceso constructivo sobre cuál es la concepción más adecuada, también advierte que las concepciones aisladas que se contradicen entre sí son consecuencia de una interpretación errónea de los derechos. De este modo, el conflicto de derechos es consecuencia de una interpretación que no tiene en cuenta la unidad del valor<sup>446</sup>. Por el contrario, como se explicó, Waldron coincide en que existen desacuerdos sobre cuál es la mejor interpretación de los derechos, pero no efectúa un juicio de valor sobre la verdad o falsedad de las concepciones construidas, puesto que para él no existe una epistemología para cerciorarlo. Por esta razón no defiende una *unidad del valor* a la que deba aspirarse o un *telos* semejante. Sostiene que los derechos son conflictivos y solo un procedimiento de-

---

<sup>444</sup>Cfr. WALDRON, “Dignity, Rights and...”, p. 1126.

<sup>445</sup>Idem, p. 1127, (la traducción es mía).

<sup>446</sup>Cfr. JE, p. 28.

mocrático equitativo de toma de decisiones permite abordar tales discrepancias de un modo legítimo, aunque esto no conlleve a finiquitar con el desacuerdo<sup>447</sup>.

En este sentido, conviene recordar que para Waldron el conflicto de derechos no se debe sólo a una cuestión epistemológica, sino también a una cuestión sustancial. A su juicio, la estructura de algunos derechos-responsabilidades produce los mencionados conflictos<sup>448</sup>. Es por eso que, en aras a describir el conflicto de derechos, Waldron comienza por analizar la tesis de Raz según la cual se considera que un individuo es portador de un derecho si tiene un interés que es lo suficientemente importante como para justificar que terceros se encuentren obligados a respetarlo<sup>449</sup>. Así, por ejemplo, detalla que una persona tiene el derecho a la libertad de expresión –*free speech*– si su interés a expresarse libremente es relevante en términos morales para justificar la exigencia a otras personas –entre ellas al gobierno– de no penar o restringir su ejercicio, entre otras obligaciones que también conlleva. En esta línea, puede observarse que el derecho se encuentra fundamentado en la importancia del interés que protege, considerando a su tenedor en forma individual y no, por ejemplo, en la utilidad que la protección del mismo conlleva en detrimento a otros intereses que consecuentemente serán restringidos<sup>450</sup>.

Waldron señala que la consecuencia de concebir a los derechos como generadores de obligaciones comporta la posibilidad de que existan conflictos de derechos entre sus tenedores o, más precisamente, que las obligaciones que ambos derechos generan entren en colisión, sin la posibilidad de que todos los intereses sean salvaguardados en conjunto, sino solamente unos en detrimento de otros. Es aquí que, al precisar qué debe entenderse por conflicto de derechos, Waldron expresa a modo de síntesis:

---

<sup>447</sup>Cfr. DD, pp. 234-236; Cfr. MTJR, pp. 79, 96-97. Expresa Waldron: «Así, diferentes formas de construir una concepción de los derechos llevan a diferentes conclusiones sobre la posibilidad de que los derechos entren en conflicto entre sí». WALDRON, *Liberal Rights*, pp. 203-203, 205 (la traducción es mía).

<sup>448</sup>Cfr. WALDRON, *Liberal Rights*, pp. 211-212, 214.

<sup>449</sup>En palabras de Waldron: «Hablamos de derechos cuando pensamos que algún interés de un individuo tiene suficiente importancia moral como para justificar que otros tengan el deber de servirlo». Idem, p. 212, (la traducción es mía).

<sup>450</sup>Cfr. Idem, pp. 203-204. En palabras de Waldron: «Por el contrario, una teoría o derechos basa su compromiso en el bien de cada individuo, tomado uno por uno, de poder decir lo que piensa libremente. El derecho de A a la libertad de expresión se basa en la importancia del interés de A en hablar, el derecho de B se basa en la importancia del interés de B, el de C en el de C, y así sucesivamente. Para el utilitarista, por el contrario, la libertad de expresión de A sólo puede justificarse mediante un cálculo del interés que A, B, C y todos los demás tienen en juego en el asunto». Idem, pp. 204-205, (la traducción es mía).

Vimos antes que abordar los conflictos de derechos es una manera de abordar la incompatibilidad de los deberes que implican los derechos. Lo que llamamos una compensación de un derecho frente a otro, entonces, no tiene por qué implicar el sacrificio de uno de los derechos; más bien, implica una decisión de no hacer lo que requiere un deber particular asociado con el derecho<sup>451</sup>.

De este modo, Waldron detalla que los derechos, en general, no se encuentran en una relación unívoca derecho-obligación, puesto que al ser los intereses entidades complejas, para salvaguardarlos se necesitan más que el cumplimiento de una sola obligación. Por ejemplo, la protección del interés concerniente a la libertad de expresión conlleva el acatamiento de un conglomerado de obligaciones como la prohibición de censura previa por parte del gobierno, la obligación de proteger a su tenedor de las amenazas de terceros, la obligación de establecer reglas que hagan viable el debate. Y, en caso de que el mismo sea incumplido, también conlleva otras obligaciones como la de educar a los ciudadanos en la importancia de la libertad de expresión para la construcción de una sociedad justa y, también, la obligación de penar a quienes restringen dicho derecho, entre otros<sup>452</sup>.

En definitiva, Waldron advierte que un derecho protege un interés individual y, en el marco de las circunstancias actuales, no sería tomarse los derechos en serio reducir su salvaguarda al cumplimiento de una sola obligación correlacionada. Esto se debe a que en la realidad surge una multiplicidad de olas de obligaciones que se encuentran involucradas, sea que unas deriven de otras o sea que algunas sean de omisión y otras de acción. Por eso, otro de los corolarios que se deduce de dicha forma de entender a los derechos es que la distinción entre derechos puramente negativos o positivos no es viable en lo que respecta a la protección de los intereses. Un mismo derecho puede generar en forma simultánea obligaciones positivas y negativas<sup>453</sup>. En este sentido, expresa:

Esto significa que es imposible decir definitivamente de un derecho dado que es de carácter puramente negativo –o puramente positivo–. Dado que lo que realmente entra en conflicto para nosotros son los deberes que los

---

<sup>451</sup>Idem, pp. 211-212, (la traducción es mía).

<sup>452</sup>Cfr. Idem, pp. 212-213.

<sup>453</sup>Cfr. Idem, pp. 212-213. Como se explicó con anterioridad, Waldron hace referencia a la doctrina que divide entre derechos positivos y derechos negativos. Los primeros son aquellos que conllevan una obligación de hacer por parte de terceros –como podrían ser los derechos económicos y sociales–; y los segundos aquellos que se encuentran vinculados con una obligación de omisión por parte de terceros –como los derechos tradicionales–. Cfr. Idem, pp. 213-214; Cfr. DD, pp. 278-279.

derechos generan de vez en cuando, significa que es poco probable que podamos identificar de antemano algún conjunto de derechos, liberales o de otro tipo, y decir con seguridad que «estos derechos nunca entrarán en conflicto en cualquiera de los requisitos que generen»<sup>454</sup>.

Por último, a modo de conclusión, el profesor señala que, como la protección de un interés determinado origina el nacimiento de un conjunto de obligaciones, el conflicto no se encuentra solucionado con la satisfacción de las obligaciones inmediatas; sino que más bien subyace un efecto residual que puede dar surgimiento a otras obligaciones y, por ende, a otros conflictos de derechos, aunque al principio no pueda dilucidarse con claridad<sup>455</sup>.

### 1.3-Conflictos *entre* derechos e *intra* derechos

Waldron explica que existe una especie de *prioridad léxica* a favor de los intereses que son protegidos por los derechos con respecto a los intereses que exige la utilidad social, por lo que en este sentido adhiere al pensamiento dworkiniano que promueve la salvaguarda de los derechos aun cuando éstos obstaculicen el cumplimiento de objetivos utilitarios. En este sentido, ante un conflicto entre obligaciones que emergen de los derechos y las obligaciones que emergen de la utilidad social, prioriza el cumplimiento de las primeras. Advierte la necesidad de que sean satisfechas para que los intereses menos prioritarios, como los utilitarios, sean cumplidos. Sin embargo, ¿qué sucede cuando el conflicto es *entre obligaciones* de derechos –sea *intra* o *entre* derechos–? Waldron se pregunta si en un conflicto de esta clase existen determinadas obligaciones que tengan prioridad sobre otras debido a su importancia moral para cumplir con el interés protegido<sup>456</sup>. En esta línea, comienza por evaluar las distintas formas de abordar dicho problema, para lo cual cree que es necesario seguir una serie de recomendaciones.

En primer lugar, es necesario distinguir entre obligaciones cuyo incumplimiento provocarán un daño directo sobre el interés protegido de aquellas que implicarán un daño marginal. De esta manera, luego de cumplida las primeras, las segundas también quedarán satisfechas, aunque en menor medida. Sin embargo, advierte que el hecho de otorgar peso moral a unas obligaciones sobre otras en virtud del daño que provocan no siempre es idóneo puesto que en general las obligaciones

---

<sup>454</sup>WALDRON, *Liberal Rights*, p. 214, (la traducción es mía).

<sup>455</sup>Cfr. Idem, p. 215.

<sup>456</sup>Cfr. Idem, pp. 215-216.

existentes se encuentran relacionadas en forma instrumental con el interés protegido<sup>457</sup>.

En segundo lugar, es menester establecer un orden de derechos comenzando por las dos clases de conflictos de derechos existentes: A-conflictos *intra* derecho – *intra-right conflicts*– que acaecen cuando existen conflictos entre las obligaciones de un mismo derecho; B-conflictos *entre* derecho –*inter-right conflicts*– que suceden cuando emergen conflictos entre obligaciones de diferentes derechos<sup>458</sup>.

Así, por ejemplo, existe un conflicto *intra* derecho cuando un número determinado de pacientes se encuentra en un centro médico y no hay recursos materiales para satisfacer el derecho a la asistencia médica de todos. En este sentido, se desprenden varias obligaciones que deben ser satisfechas para salvaguardar el interés en juego. Sin embargo, puesto que no es posible satisfacerlas por completo existen discrepancias sobre cuál es el mejor modo de hacerlo: ¿conviene establecer un grado de importancia con respecto a las obligaciones –por ejemplo, atender a los que se encuentran en mayor gravedad o más bien a los niños y mujeres–? ¿Conviene hacer uso de los recursos para asistir a la mayor cantidad de personas independientemente de cualquier estándar cualitativo con respecto a las obligaciones?<sup>459</sup>

Por otra parte, con respecto a los conflictos *entre* derechos, se puede ejemplificar mediante la circunstancia de que, ante la carencia de recursos para atender las obligaciones propias de diferentes derechos, como el derecho al cuidado médico y el derecho a la seguridad mediante la protección policial, hay que elegir qué intereses deben ser salvaguardados. Esto se debe a que mientras más recursos se destinen para satisfacer las demandas de uno de ellos menos se podrán destinar a las del otro. Así, efectuar compras de medicamentos para los pacientes vulnerables atendidos en hospitales públicos conllevará una reducción de los recursos para la compra de elementos de seguridad para el personal policial<sup>460</sup>.

En este sentido, Waldron remarca que cuando se deben tomar elecciones difíciles es inadecuado situar a los derechos en el mismo nivel de prioridad. Señala que más bien es meritorio reconocer que existen ciertos derechos que tienen una prioridad léxica sobre otros. Sin embargo, el profesor advierte que, como consecuencia de que los derechos no se encuentran correlacionados individualmente con una sola obligación sino con muchas, efectuar un rango entre obligaciones deviene en una

---

<sup>457</sup>Cfr. Idem, p. 217.

<sup>458</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>459</sup>Ibidem.

<sup>460</sup>Cfr. Idem, p. 218.

tarea ardua. Así, por ejemplo, el derecho a no ser torturado puede ser más prioritario que el derecho a la libertad de expresión, pero algunas obligaciones concernientes a la protección del primer interés —no ser torturado— como la obligación de investigar académicamente la institución de la tortura, no parecen tener una prioridad más relevante que la obligación de no interferir la libertad de expresión por cuestiones de raza. Por consiguiente, aunque el derecho a no ser torturado sea más relevante que otros sería erróneo entender que todas las obligaciones vinculadas con su protección son más importantes que todas las obligaciones vinculadas a otros derechos rivales<sup>461</sup>.

En la misma línea y, ante dicho problema, Waldron considera que es inviable efectuar un balance entre las obligaciones mediante el reconocimiento, que cada una tiene, de una fracción del peso que concierne al interés protegido, de tal manera que en forma cuantitativa pueda determinarse cuál tiene prioridad por sobre las demás. Considera que el problema se encontraría en la posibilidad de determinar un estándar cualitativo para decidir qué obligaciones serían prioritarias. Al mismo tiempo, también considera que determinar un estándar cualitativo para otorgar niveles de prioridad cuantitativos es arduo. Esto se debe a que una vez establecida la conmensurabilidad cuantitativa de las obligaciones no puede aceptarse la inconmensurabilidad de otras obligaciones —como, por ejemplo, la obligación de no torturar, que en el pensamiento de Waldron parece asemejarse a un absoluto moral aunque no desde un punto de vista metafísico—<sup>462</sup>.

Por consiguiente, las premisas que se deducen del pensamiento de Waldron son las siguientes: en primer lugar, que los derechos tienen una prioridad léxica por sobre las utilidades; y, en segundo, que existen distintos grados de importancia entre las obligaciones generadas por un mismo derecho y entre derechos<sup>463</sup>.

Waldron señala que, con respecto a los derechos, existe la necesidad de justificar por qué ciertos intereses tienen una prioridad léxica sobre otros. Por lo que advierte que es menester comprender que por *prioridad léxica* debe entenderse la existencia de consideraciones morales que se encuentran relacionadas internamente entre sí, y no externamente, como podría serlo desde un enfoque cuantitativo<sup>464</sup>.

Para darse a entender en lo concerniente a las consideraciones morales internas Waldron acude a los fundamentos de la libertad de expresión postulados por

---

<sup>461</sup>Cfr. Idem, pp. 218-219.

<sup>462</sup>Cfr. Idem, p. 219.

<sup>463</sup>Cfr. Idem, p. 220; Cfr. NUS, pp. 8-9.

<sup>464</sup>Cfr. WALDRON, *Liberal Rights*, p. 220.

Mill. Explica que en *On liberty* una de las consideraciones a favor de la libertad de expresión y de pensamiento reside en que la oposición de ideas es una forma de agitar en las personas la complacencia o comodidad con la que se aferran a sus ideas<sup>465</sup>. Por consiguiente, el derecho a la libertad de expresión choca con el interés de los demás individuos consistente en evitar padecer la angustia –*distress*– que se suscita cuando sus creencias entran en contradicción. El profesor enseña que en el pensamiento de Mill dicho problema de conflicto de intereses se soluciona puesto que la razón de ser de la libertad de expresión es la de desafiar las opiniones recibidas y remover las aguas de la complacencia, por lo que el interés –evitar la angustia– de las personas disconformes no tiene peso contra la libertad de expresión, sino que más bien dicha incomodidad tiene que ser considerada como un signo positivo de que el ejercicio de la libertad de expresión está siendo tomado con seriedad y su objetivo satisfecho. Por lo que desde los lineamientos del pensador clásico, la concepción que se tenga sobre la importancia de los intereses en tela de juicio, es relevante para discernir la clase de consideraciones que son adecuadas oponer<sup>466</sup>.

Waldron advierte que otra de las particularidades que se desprende del enfoque que tiene en cuenta las consideraciones morales es que las obligaciones generadas por un mismo derecho tienen distinto nivel de prioridad moral. En este sentido, del derecho a la libertad de expresión pueden derivarse dos obligaciones: 1-la obligación de no restringir la libertad de expresión de las personas; 2-la obligación de castigar a los opresores de la misma. Según Mill, la primera obligación tiene una prioridad absoluta sobre cualquier obligación que tenga por fin evitar la angustia moral, porque como se explicó recientemente, el valor propio de la libertad de expresión es la agitación de la complacencia que tienen las personas sobre sus propias creencias. Sin embargo, la obligación de condenar a los opresores de dicha libertad no se encuentra relacionada en forma directa con el valor de generar un efecto disruptivo en la complacencia moral de los individuos. Esto demuestra que las obligaciones generadas por un mismo derecho se encuentran en distintos niveles en relación a las consideraciones que les son opuestas<sup>467</sup>.

Siguiendo este hilo Waldron afirma que deben establecerse prioridades entre las obligaciones de distintos derechos –no sólo las de uno–. De esta manera, plantea el ejemplo de un grupo de personas con sentimientos de odio –nazis– que hacen uso del derecho a la libertad de expresión para promover la supresión de la libertad de expresarse de grupos comunistas provocando así un peligro real. En este sentido,

---

<sup>465</sup>Cfr. Idem, p. 221.

<sup>466</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>467</sup>Cfr. Idem, pp. 221-222.

advierte que si lo que se pretende es promover los derechos desde un enfoque utilitarista cuantitativo quizás lo que conviene hacer es salvaguardar los derechos de los nazis, cuyos integrantes son mayores en número. Sin embargo, esta decisión amenazaría los derechos de grupos minoritarios. Por eso, advierte que no debe pensarse el derecho a la libertad de expresión como si consistiese en que cada individuo pueda expresar su interés personal. Más bien, señala que se lo debe pensar de una forma global, como si consistiese en el interés de cada individuo de participar en igualdad de condiciones en una vida pública en la que todos puedan expresar lo que piensan. Por consiguiente, un ejercicio auténtico de la libertad de expresión consistiría en que ambos grupos puedan expresar libremente lo que piensan. Esto permite concluir que el derecho a la libertad de expresión que los nazis alegan eliminar y, por ende, vulnerar la libertad de expresión de los comunistas, es incompatible que el derecho que están ejerciendo. De este modo, la concepción que se tenga de los intereses en juego es fundamental para dirimir los problemas de derechos. En definitiva, concluye que el conflicto debe ser resuelto a partir de las relaciones internas que existen entre los derechos, las cuales no pueden deslindarse de la moral<sup>468</sup>. En este sentido, señala:

El establecimiento de este tipo de relación interna entre consideraciones morales es una forma atractiva de justificar afirmaciones sobre la prioridad léxica. En lugar de anunciar perentoriamente que un cierto interés simplemente tiene absoluta prioridad sobre algún otro interés, expresamos nuestro sentido de una prioridad particular en nuestra concepción del interés mismo. Al pensar en ello, y destacarlo para la atención moral, ya estamos pensando en el tipo de consideración con el que es probable que entre en conflicto<sup>469</sup>.

En conclusión, puede observarse que la forma de resolver los conflictos de derechos planteada por Waldron deviene en una solución alternativa al balance cuantificable entre el peso de los derechos en pugna. La cual, como se describió, se fun-

---

<sup>468</sup>Cfr. Idem, p. 223. Enseña Waldron con las siguientes palabras: «En lugar de acercarnos a la libertad de expresión en términos del interés de cada individuo en expresar sus puntos de vista, podríamos pensar en ella de una manera más sistemática en términos del interés de cada persona en participar en igualdad de condiciones en una forma de vida pública en la que todos puedan expresar sus pensamientos. De esta manera, el conflicto entre los nazis y los comunistas puede resolverse más fácilmente. Para que cuente como un ejercicio genuino de libertad de expresión, la interpretación de una persona debe estar relacionada con la de su oponente de una manera que les conviene a ambos. Aunque afirman ejercer ese derecho, los discursos de los nazis no tienen ese carácter. Los discursos que reclaman tener derecho a pronunciar están calculados para poner fin a la forma de vida en relación con la cual se concibe la idea de la libertad de expresión». Ibidem, (la traducción es mía).

<sup>469</sup>Ibidem, (la traducción es mía).

damenta en una prioridad cualitativa. Es por eso que es necesario descubrir la conexión interna que existe entre las obligaciones de los derechos y su relación con las consideraciones morales que le son opuestas. Por lo que, si bien el autor rechaza la objetividad moral, una vez más, se encuentra obligado a aceptar cierta noción de lo que debe ser considerado correcto e incorrecto. De esta manera, la moral –si se quiere una moral fundada en la coherencia de intereses– deviene en uno de los elementos para dirimir los conflictos de derechos en el pensamiento del autor<sup>470</sup>.

## 2-ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS

### 2.1-Clasificación de los derechos

La teoría de los derechos de Waldron es diferente a la propuesta por Ronald Dworkin, en especial, en cuanto a los fundamentos que la legitiman. En este sentido, para Dworkin el fundamento de los valores subyace en una moralidad objetiva y los concibe como conceptos interpretativos cuyas concepciones deben ser elaboradas por el juez. Al mismo tiempo, expresa que deben estar atrincherados en una Constitución escrita para que sean respetados y puedan salvaguardar los intereses de los individuos de una forma segura. En cambio, Waldron, si bien estima que los derechos identifican valores, su fundamento no reside en ninguna nota de objetividad moral. De hecho, duda de la existencia de algún fundamento fundacional de los derechos. Por último, considera que recogerlos en una Carta escrita no es una medida idónea para fortalecer el autogobierno del pueblo.

Sin embargo, las mencionadas *ut supra* no son las únicas diferencias que existen con respecto a los derechos, también discrepan con respecto a cómo clasificarlos. En concreto, Waldron objeta la clasificación tripartita que Dworkin efectúa de las teorías políticas según estén basadas en derechos, deberes u objetivos<sup>471</sup>. Describe que la teoría de derechos dworkiniana distingue entre distintas clases de juicios: juicios básicos y juicios derivados de aquellos. Los juicios derivados tienen su respaldo en los juicios básicos, aunque los juicios básicos no tienen respaldo alguno más que en una proposición fundacional –como podría ser un principio o axioma–. Por ello, afirma que el autor adopta una posición constitutiva. Así, podría pensarse que el derecho de protección del domicilio protege el derecho a la intimidad y, al mismo tiempo, que dicho derecho a la intimidad se encuentra fundamentado en

---

<sup>470</sup>Cfr. Idem, p. 224.

<sup>471</sup>Cfr. DD, p. 255.

postulados más abstractos relacionados al valor de la autonomía y la posibilidad de vivir una vida construida sobre un determinado proyecto personal. De esta manera, el valor de los intereses particulares se explica por su vinculación con intereses que pertenecen a niveles más abstractos. Por tanto, puede observarse una derivación lineal de los derechos concreto desde los derechos abstractos<sup>472</sup>.

Por su parte, Waldron prefiere realizar su propia clasificación de los derechos. El criterio que sigue se identifica con la función que cumplen para la democracia – de hecho, los denomina *derechos asociados a la democracia*–, dividiéndolos en derechos constitutivos del proceso democrático y derechos que son condiciones necesarias para la legitimidad de los procedimientos democráticos<sup>473</sup>.

Con respecto a los derechos constitutivos de la democracia, comienza por explicar que cuando existen desacuerdos entre los miembros de la sociedad sobre un determinado problema, estos tienen el derecho legítimo de participar en condiciones de igualdad para tratar de llegar a una decisión común. Tal derecho de participación se ejerce en el marco de un procedimiento democrático –que puede estar relacionado en forma directa o indirecta con la participación del pueblo– en el cual los involucrados deliberan y ejercen el sufragio para elegir la mejor propuesta. Por consiguiente, para que exista democracia es necesario, por un lado, que los involucrados puedan concretizar su derecho de participación y, por el otro, que exista un proceso político adecuado que pueda canalizarlo<sup>474</sup>.

Por otra parte, Waldron también explica que existen derechos que son considerados presupuestos de legitimidad de la democracia; los cuales están especialmente enfocados en el aspecto sustancial de la democracia e inciden sobre la moralidad de las decisiones que se toman. Así, por ejemplo, sería erróneo pensar que un grupo de personas se encuentra legitimado para imponer su decisión con respecto a las minorías por el simple hecho de que todos hayan participado en la deliberación.

---

<sup>472</sup>Cfr. Idem, p. 256; Cfr. WALDRON, “A Right-Based...”, pp. 20-21.

<sup>473</sup>Cfr. DD, p. 338. Corresponde mencionar que Waldron también efectúa una diferenciación entre derechos morales, jurídicos y constitucionales. Explica que sostener la afirmación *una persona A tiene un derecho moral a X* se identifica con un reclamo sobre la importancia moral que se disponga de X para con A, pero no determinación de un procedimiento jurídico para que dicha pretensión se efectúe, por lo que un derecho moral no implica una exigencia normativa para concretizar un derecho jurídico. Por otra parte, indica que *una persona X tiene el derecho jurídico a A*, sí conlleva un deber que motiva un procedimiento jurídico para que la pretensión jurídica de X se concrete. Y, por último, estima que tener un derecho jurídico no necesariamente implica tener un derecho constitucional, puesto que éste puede no estar receptado en la Constitución, para lo cual será necesario una reforma constitucional que lo incluya o, en caso de estarlo, será necesario que los jueces al interpretarlo, lo reconozcan también como un derecho de nivel constitucional. Cfr. Idem, pp. 258-261.

<sup>474</sup>Cfr. Idem, p. 338; Cfr. WALDRON, *The Law*, p. 112.

En esta línea, el procedimiento democrático que se elija para dirimir las cuestiones será legítimo si cumple determinadas condiciones como el respeto a la libertad de expresión y de asociación, derechos que fortalecen la idoneidad moral de la deliberación. Por otra parte, Waldron –citando a Dworkin en *Freedom Law*– subraya que dicha legitimidad se extiende aun en aquellos casos en donde no existe deliberación, siempre y cuando se respete la condición de ciudadano de los miembros de la sociedad. Resalta que la legitimidad democrática exige que se considere y respete la independencia moral de sus miembros –aunque no participen de las decisiones–, caso contrario no se encontrarán políticamente obligados con el resultado final y tendrán derecho a rebelarse contra las decisiones que vulneren su dignidad<sup>475</sup>.

A su vez, explica que los derechos asociados a la democracia no deben entenderse en forma jerárquica, como si unos presupusiesen la existencia de otros derechos –derechos-condiciones–. Subraya que la relación entre los grupos de derechos descriptos «representa un conjunto de derechos como condiciones del ejercicio *legítimo* de otro conjunto»<sup>476</sup>. Asimismo, resalta que dicha legitimidad ocupa un lugar preponderante dentro del sistema democrático puesto que participar a través del voto en la elección de representantes puede conllevar un resultado que modifique la vida de los ciudadanos, aun de aquellos que votaron en contra del resultado final. Por ello, tal imposición solo será posible bajo determinadas condiciones identificadas con el respeto de los derechos de legitimidad democrática<sup>477</sup>.

## 2.2-Derecho de participación política

Waldron considera que el derecho de participación política por parte de los ciudadanos constituye el *derecho de los derechos*. Este contempla, entre otras manifestaciones, en la creación de las leyes por las que todos miembros de la sociedad deberán regirse. En este sentido, señala que ante las discrepancias en cuestiones sustanciales sobre qué son los derechos y qué derechos tenemos, el derecho de participación –que incluye el derecho a deliberar y votar libremente– se erige como una alternativa viable para abordar los desacuerdos de una forma coherente con la democracia<sup>478</sup>.

---

<sup>475</sup>Cfr. DD, p. 339.

<sup>476</sup>Idem, p. 340.

<sup>477</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>478</sup>Cfr. Idem, p. 277. Waldron señala que es erróneo entender al derecho de participación como superior a los demás –prioridad moral–. Indica que con respecto al derecho de participación y su relación con los demás derechos no debe entenderse la existencia de un conflicto de derechos, puesto que

Waldron, concibe al derecho de participación como un derecho del ciudadano; es decir, como un derecho político que solo puede ser ejercido en sociedad y no de una manera aislada como sucede con los derechos individuales –libertad de expresión, derecho de propiedad, libertad de culto, etc–. También explica que el derecho de participación conlleva el surgimiento de deberes conjuntos para los demás, tanto de acción como de omisión<sup>479</sup>. En esta línea, menciona que el derecho de participación no queda garantizado con la mera imposición de restricciones negativas a terceros –entre ellos al Estado– que puedan llegar a perjudicar su ejercicio. A su juicio, alguien podrá ejercer su derecho a voto solo si existe un sistema de votación mediante el cual pueda concretizarse, de tal modo que pueda influir, aunque sea ínfimamente, en la decisión colectiva que se tomará. Es por eso que Waldron afirma que *votar es ejercitar un poder hohfeldiano* puesto que, si en forma conjunta, una cantidad determinada de individuos también hacen ejercicio de su voto, la decisión final modificará la atribución de deberes y derechos en el seno de la comunidad. Así, el derecho al voto no puede exigir simplemente el deber de abstención por parte de terceros, sino que más bien, comporta que puedan disponer de los recursos que amerite la instauración de un sistema adecuado de votación –exige un deber de hacer– y, al mismo tiempo, la aceptación moral de los gobernantes de que la decisión final puede alterar el status que ellos tienen como autoridades políticas<sup>480</sup>.

Waldron detalla que participar implica *compartir o participar de una acción*, lo cual, en un sistema de gobierno, no quiere decir que haya un espacio dentro del cual los individuos puedan implicarse en compañía de otros que ejercen el poder,

---

aquel se presenta como una solución a los casos en que los individuos, en el uso de la razón, discrepan sobre qué derechos efectivamente tienen. Cfr. *Ibidem*.

<sup>479</sup>Cfr. *Idem*, p. 278. Waldron se aleja enmarcar al derecho de participación como un derecho positivo o negativo porque entiende que no está vinculado solamente con una obligación de acción o una de omisión, sino que se relacionan con un conjunto de ambos tipos. Cfr. *Ibidem*.

<sup>480</sup>Cfr. *Idem*, p. 279. En este sentido, así como el derecho al voto exige acciones positivas del Estado, como la instauración de un sistema de votación –y, por lo tanto, exigencias presupuestarias–. Waldron también reconoce, aparte de los derechos civiles y político o de primera generación, la existencia de derechos socioeconómicos o de segunda generación que se distinguen porque requieren recursos presupuestarios que van más allá de las interpretaciones que puedan hacer los jueces sobre cómo balancearlos en caso de conflictos. En este sentido, expresa el autor: «Esto tiene cierto sentido en el caso de los derechos civiles y políticos ordinarios. Aunque existen problemas de interpretación, los derechos en sí mismos son generalmente autónomos y cualquier problema de conflicto entre derechos es de un carácter suficientemente modesto para ser tratado caso por caso utilizando algún tipo de prueba de equilibrio. En el caso de los derechos socioeconómicos, sin embargo, estamos tratando con derechos, cada uno de los cuales representa un reclamo de una parte de los recursos posiblemente escasos puestos a disposición primero bajo los auspicios del estado. Como tal, los reclamos de bienestar compiten entre sí y con otras demandas de financiamiento (...)». Jeremy WALDRON, “Socioeconomic Rights and Theories of Justice”, *San Diego Law Review*, 48 (2011) 773, pp. 805-806, (la traducción es mía).

como sucedía en la República Romana que los ciudadanos podían participar en Comités pero que, en definitiva, el Senado era el órgano de mayor poder y a él solo podía acceder una élite aristocrática<sup>481</sup>.

Es mediante esta lógica que Waldron postula la idea fundamental que subyace en el derecho a la participación política: el *acto de compartir*, que refiere a la posibilidad que tiene todo individuo de poder cumplir un rol activo y principal en la toma de decisiones políticas, debe ejercerse en pie de igualdad. Aclara que los miembros de una sociedad que ejercen el derecho de participación deben reconocer que su voz no es la única que cuenta dentro de la comunidad y que, por ende, en virtud de la equidad, sus decisiones no son superiores a las de sus pares, aunque no por eso deben olvidar que su participación es potencialmente decisiva<sup>482</sup>.

En el mismo sentido, Waldron subraya que el derecho de participación materializado a través del voto debe tomarse con responsabilidad. Señala que el ciudadano debe superar la visión de que su participación es minúscula puesto que su voto, sumado a un millón de otros votos, perderá peso en la influencia que pueda tener en la decisión final. Subraya que los individuos deben considerar con seriedad dos cuestiones. La primera, que cada voto es relevante por la importancia que tiene el resultado final de la votación, el cual, influye sobre los intereses y vida de muchas personas. La segunda, que participar conlleva evitar el menoscabo y deshonor que acontece cuando determinadas personas, cuyos intereses se encuentran involucrados, no son tenidas en cuenta, quedando vulnerado así el principio del trato igualitario de los individuos<sup>483</sup>.

El profesor señala que la participación mediante el voto deviene importante porque hay cuestiones que sólo pueden resolverse en forma conjunta, como por ejemplo garantizar la legitimidad democrática de las autoridades gubernamentales para lo cual es necesaria la votación. En este sentido, las personas que pudiendo hacerlo deciden no votar no cumplen con la parte que les compete de la acción co-

---

<sup>481</sup>Cfr. DD, p. 281.

<sup>482</sup>Cfr. Idem, pp. 281-282.

<sup>483</sup>Cfr. Idem, pp. 284-285. Véase que Waldron no justifica el derecho de participación desde un punto meramente instrumentalista, como lo realiza Elster, sino que más bien critica dicha posición por considerarla utilitarista. Expresa «En general, los teóricos del derecho se sienten incómodos con las justificaciones instrumentales. Precisamente porque los presentan como medios para un fin social, las justificaciones instrumentales dejan a los derechos como rehenes de los cálculos contingentes del beneficio utilitarista. Un derecho justificado instrumentalmente queda siempre sujeto a manipulaciones de gestión, que limitan el derecho o modifican su ejercicio a fin de afinar en la generación de consecuencias socialmente deseables. Y esto parece entrar en conflicto con la función de ser “cartas de triunfo” de los derechos, que es precisamente la de establecer límites al fin de la utilidad social». Idem, p. 289.

lectiva, por lo que se comportan inmoralmemente ante la exigencia que les requiere el sistema político. En dichos casos donde están involucrados bienes que le conciernen a toda la sociedad es incorrecto pensar al voto como una mera forma de autoexpresión o pertenencia, sino que se debe reflexionar en forma responsable sobre lo que el voto puede implicar que suceda en la realidad<sup>484</sup>.

Por último, Waldron menciona que una teoría del voto, para que sea adecuada, debe explicar por qué aquellos que participan de la votación y resultan perdedores se encuentran obligados a aceptar la decisión de la mayoría, aun cuando la misma no los beneficia. A tal fin, el profesor señala que la teoría de la votación debe cumplir con dos requerimientos. El primero, debe brindar las razones por las que los intereses en juego son relevantes, las cuales están conectadas con la pregunta sobre la autoridad legitimada para decidir las cuestiones en tela de juicio. En segundo lugar, debe fundamentar por qué es necesario que la decisión final sea tomada mediante un procedimiento determinado y no por otro<sup>485</sup>. Señala:

Al decidir cómo votar, el ciudadano individual debe averiguar qué es lo que resulta importante en política, y cómo su voto, junto con otros millones de votos, puede promoverlo de la mejor forma. Esta responsabilidad instrumental requiere un juicio sobre fines, así como sobre los medios; e implica una elección entre alternativas altamente controvertidas. Todo a lo que apunta el voto es a que, en las fauces de estas controversias, los fines sociales deben ser determinados colectivamente mediante millones de juicios individuales. Pero esto difícilmente puede ser así si el proceso de sufragio, escrutinio e implementación de estos juicios está sesgado y resulta modificado por alguna selección previa y atrincherada de alternativas<sup>486</sup>.

---

<sup>484</sup>Cfr. Idem, pp. 287-288.

<sup>485</sup>Idem, p. 288.

<sup>486</sup>Idem, p. 290. Corresponde recordar que Waldron considera al voto como un derecho constitutivo de la democracia y, al mismo tiempo, considera a la democracia como una forma de gobierno que protege a dicho derecho como también a otros –libertad de expresión, libertad de asociación, etc.–. Cfr. WALDRON, *The Law*, p. 112.

### III-DERECHOS Y DEMOCRACIA

#### 1-PRINCIPIOS LIMINARES DE LA DEMOCRACIA

##### 1.1-Antropología positiva

Waldron considera que el atrincheramiento de los derechos en una Constitución escrita presupone una desconfianza en los conciudadanos para resolver cuestiones sustanciales. Por eso, sostiene que es necesario desarrollar una teoría positiva de la antropología humana que pueda ser articulada con una concepción coherente de los derechos<sup>487</sup>.

En este sentido, indica que es meritorio enfocarse en los intereses propios de la dignidad humana, como la autonomía y la responsabilidad moral. Señala que es de vital importancia considerar al hombre como un ser que puede pensar en los intereses de los demás, y no como un animal egoísta busca su propia conveniencia. Explica que el ejercicio de los derechos exige una capacidad de reflexión moral mediante la cual los individuos puedan dilucidar cuáles son las elecciones más prósperas para el desarrollo personal. Dicha capacidad, permite al individuo hacer un uso adecuado de la libertad para ejercer sus derechos con responsabilidad, discerniendo sus límites y alcances. Es por eso que Waldron detalla que las teorías políticas que se fundamentan en derechos deben postular sistemas jurídicos basados en la soberanía popular, partiendo de una antropología positiva de los ciudadanos, que los conciba como seres racionales aptos para interactuar entre sí mediante un trato digno y respetuoso<sup>488</sup>.

---

<sup>487</sup>Cfr. DD, pp. 264, 268. Expresa Waldron: «Finalmente, los teóricos de los derechos deben dar cuenta de algún modo de aquellos a los que consideran portadores de derechos (right-bearers): deben desarrollar alguna teoría de la persona y articularla en una descripción de los derechos (o algo parecido) de los fetos, niños, los viejos, los que están en coma, los enfermos mentales, etc. (...) Incluso dentro de los términos de una teoría determinada de los derechos, su desarrollo y articulación es una labor compleja y desafiante, y no debería sorprendernos si acaba siendo algo sobre lo que la gente razonable alcanza conclusiones increíblemente diferentes». Idem, p. 268.

<sup>488</sup>Cfr. Idem, p. 265.

Waldron se aferra a los fundamentos de la teoría liberal de los derechos naturales —en especial, a la doctrina de Locke— para afirmar que, aun cuando no se pueda asegurar que los individuos no se dejarán llevar por sentimientos pasionales como la venganza, en lo que concierne al respeto de los derechos, es más seguro confiar las decisiones sobre los mismos a los individuos comunes que a aquellos que pertenecen a un grupo de doctores selectos. A su juicio, el liberalismo clásico ya reconocía una concepción esperanzadora de la naturaleza humana que, a pesar de las vulnerabilidades del hombre, sostenía que un portador de derecho es un ser que conoce sus responsabilidades porque se conoce a sí mismo y que, por ende, tiene conocimientos de lo que está legitimado a hacer y de lo que puede exigir a los demás<sup>489</sup>.

Desde esta concepción del hombre, Waldron resalta que unos de los puntos fundamentales de la democracia es la aceptación de que, en materia de derechos, no existen verdades autoevidentes e inmutables en virtud de la cuales algunos puedan estar equivocados y otros en lo cierto como si pudiesen entrar *en contacto con la verdad* —corolario que se encuentra en línea con la crítica al realismo moral que postula el autor—. Por consiguiente, advierte que es necesario partir de la premisa de que el mundo de los derechos se encuentra atiborrado de dificultades, aun cuando los tenedores de derechos actúen de buena fe para resolver sus problemas. Así, dadas las falencias propias del hombre que le impiden lograr una comprensión certera de los derechos, es menester estar abierto al debate sobre las cuestiones de común interés<sup>490</sup>.

En conclusión, desde el pensamiento de Waldron, no puede dejar de mencionarse que la antropología positiva de la persona que se manifiesta en el reconocimiento de la capacidad epistémica que tienen los ciudadanos de decidir las cuestiones de derechos, deviene en un estandarte fundamental que debe ser considerado en la construcción de una teoría de los derechos. Conexión, claro está, que exige una teoría de la autoridad del mismo tenor, es decir, una teoría que fundamente quién se encuentra legitimado para decidir las cuestiones sustanciales en sintonía con la dignidad de las personas. A su juicio, como se mencionó en epígrafe anterior-

---

<sup>489</sup>Cfr. Idem, p. 265; Cfr. MTJR, pp. 78-79.

<sup>490</sup>Cfr. DD, pp. 20, 266-268. Expresa Waldron: «No obstante, el triste hecho es que dicha simplicidad y la certeza moral no están a nuestro alcance. Ninguno de los que se ocupan de estos temas cree hoy en día que la verdad acerca de los derechos sea autoevidente o que, si dos personas discrepan sobre los derechos, al menos una de ellas debe ser corrupta o moralmente ciega». Idem, p. 267. En la misma sintonía, detalla: «Cuando nos encontramos con un ciudadano o grupo de ciudadanos que sostiene una concepción de los derechos que difiere de la nuestra, deberíamos considerarla de la misma forma que si fuera la concepción contraria de un colega: algo con lo que discrepamos, pero que sigue siendo digno de respeto, como una contribución de buena fe a un debate en el que anda en absoluto resulta autoevidente». Idem, p. 273.

res, el pueblo representado por sus legisladores posee dicha legitimidad. Es por eso que los elementos de la triada *dignidad humana, derechos individuales y autoridad*, no pueden ser separados sino que deben entenderse en forma conjunta<sup>491</sup>.

## 1.2-Tiranía de las mayorías

Waldron señala que uno de los argumentos en virtud de los cuales muchos teóricos del derecho –entre ellos Dworkin– sostienen la necesidad de constitucionalizar los derechos individuales se identifica con el temor a la tiranía de las mayorías. Expresa que el miedo a que las minorías o individuos puedan verse cercenadas en sus derechos conlleva a los filósofos a pensar en la necesidad de protegerlos mediante un mecanismo que dificulte su posible vulneración por masas que son impulsadas por la codicia, la ira o el autointerés. De esta manera, señala que la estrategia que plantean es transformar los derechos en cartas de triunfo con asidero constitucional que, ante la existencia de desacuerdos sustanciales, sólo puedan ser interpretadas por un órgano extrapoder a fin de resolver las discrepancias<sup>492</sup>.

Como se indicó en el epígrafe anterior, Waldron señala que es incoherente pensar en la opresión de las minorías por parte de las mayorías si, al mismo tiempo, se sostiene que los individuos actúan de buena fe para abordar sus controversias. En este sentido, considera que el temor a la tiranía es contradictorio con la aceptación de una antropología positiva, puesto que siendo los individuos tenedores de derechos también son capaces para discernir con responsabilidad lo que se deben entre sí. Por otra parte, detalla que es erróneo afirmar que existe una tiranía por la mera razón de que las opiniones de determinados individuos o minorías no hayan sido receptadas por la ley que tendrá efectos en la comunidad de pertenencia, siempre y cuando las opiniones de éstos hayan sido tenidas en cuenta al momento del debate. Es decir, que el trato hacia las minorías haya sido respetuoso y las partes hayan considerado el interés común de todos –lo cual, como se advirtió,

---

<sup>491</sup>Corresponde mencionar que para Waldron los derechos son una parte vital de la democracia. Señala las siguientes palabras: «La democracia en sí misma requiere algunos derechos humanos. No tenemos democracia a menos que la gente tenga derecho a votar; y presumiblemente se convierte en una farsa si no hay también libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de asociación y libertad de organización y agitación (...). Proteger estos derechos, entonces, es defender la democracia para que no socave sus propias instituciones». WALDRON, *The Law*, p. 112. (la traducción es mía).

<sup>492</sup>Cfr. DD, p. 21. Indica Waldron: «Incluso si se confirmara el carácter democrático de nuestra constitución, habría otros asuntos estructurales de los que preocuparse. Desde el surgimiento a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX del concepto de “tiranía de la mayoría”, los constitucionalistas han estado convencidos de que el control democrático del gobierno es, en el mejor de los casos, una condición necesaria, y ciertamente no suficiente, para una sociedad libre de opresión». WALDRON, *The Law*, p. 70, (la traducción es mía).

es un reflejo de la capacidad epistémica de las personas para pensar en los intereses de los demás<sup>493</sup>.

En esta misma línea Waldron señala que es necesario partir del presupuesto de que los ciudadanos, cuando votan sobre asuntos controversiales de derechos, justicia o bien común, lo hacen luego de un debate en donde comparten opiniones neutrales y reflexivas. Por eso, subraya el peligro de caer en la contradicción de considerar, por un lado, a los individuos como seres responsables y autónomos para resolver las cuestiones sustanciales por sí mismos y, por el otro, sostener la cristalización de los derechos para apartarlos del alcance de las mayorías por miedo que los miembros de esta se dejen llevar por el egoísmo decayendo en una tiranía como si fuesen legisladores hobbesianos<sup>494</sup>. Así, haciendo alusión a la legitimidad de las mayorías y la inviabilidad del control judicial de constitucionalidad fuerte como última instancia para resolver los desacuerdos, señala:

Cuando los ciudadanos o sus representantes discrepan acerca de qué derechos tenemos o qué se desprende de tales derechos, la afirmación de que dicha discrepancia no puede ser superada mediante procedimientos mayoritarios, sino que debe asignarse la determinación final de la misma a un pequeño grupo de jueces, parece casi un insulto. Resulta especialmente insultante cuando descubrimos que los jueces discrepan entre sí exactamente sobre los mismos puntos sobre los que lo hacen los ciudadanos y sus representantes, y que los jueces en la sala del tribunal también toman sus decisiones mediante el voto de la mayoría<sup>495</sup>.

Además, Waldron advierte que, con fundamento en la tiranía de las mayorías se trata de legitimar el atrincheramiento de los derechos en una Carta constitucional y la consecuente instauración del control de constitucionalidad en cabeza de los jueces como intérpretes últimos de sus cláusulas, erigiéndose así como obstáculos a la soberanía del Parlamento. De este modo, los jueces tienen la posibilidad de

---

<sup>493</sup>Cfr. DD, pp. 21, 308. Waldron indica la necesidad de distinguir entre derechos y opiniones sobre derechos: «Presupongo que nadie sostiene que un individuo tiene un derecho sólo porque dicho individuo así lo piense. Aceptado esto, debemos ser muy cautelosos en nuestro análisis de las controversias morales y políticas a la hora de distinguir entre los derechos individuales o los derechos de las minorías que son objeto de desacuerdo y las opiniones de un individuo o de una minoría acerca de sus propios derechos o de los derechos de los demás. Si trazamos esta distinción, veremos que no existe ningún argumento basado en derecho que permita que las opiniones de la minoría (o las de la mayoría) bien puedan servir para que prevalezcan ciertos intereses de dicha minoría. En consecuencia, no hay conexión necesaria entre las decisiones de la mayoría en materia de derechos y tiranía de la mayoría». *Idem*, p. 22.

<sup>494</sup>Cfr. *Idem*, pp. 22-23.

<sup>495</sup>*Idem*, pp. 23-24.

sentenciar la inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que sean contrarias a sus juicios interpretativos sobre el contenido de la Constitución. Este aspecto se suma a la circunstancia de que en un sistema jurídico que recepta restricciones constitucionales –*constitutional restraints*– se requiere que ante ciertas decisiones –como, por ejemplo, la modificación de la Constitución–, sea necesaria una mayoría especial para poder efectuarse, lo cual también menoscabaría el poder de los representantes del pueblo<sup>496</sup>.

A modo de conclusión, Waldron señala que, ante desacuerdos de principios, estos no deben quedar supeditados a los jueces, puesto que si bien cuentan con ciertas ventajas procedimentales no están legitimados democráticamente para resolver cuestiones de interés general. Resalta que debe priorizarse la participación del pueblo en la política, aunque el desacuerdo pareciera no encontrar solución, ya que la historia es testigo de que las grandes victorias sobre cuestiones de derechos – como la lucha por el sufragio universal, o la lucha contra la esclavitud, o los derechos de los trabajados mediante sus incansables marchas–. Así, señala que dichas batallas se dieron en un contexto de desacuerdo sobre principios, aun cuando entre los mismos damnificados no coincidían en los motivos por los cuales merecía la pena rebelarse ante el cercenamiento de los derechos. Todos se manifestaron, sabiendo que el desacuerdo es la circunstancia normal de la política y no un factor en virtud del cual debe dejarse de luchar por lo que creían digno y honrado y, menos aún, supeditando la resolución de los conflictos a una institución no representativa<sup>497</sup>.

## 2-CONSTITUCIONALIZACIÓN

### 2.1-El problema de la constitucionalización

El fundamento de Waldron para rechazar la regulación de los derechos en una Constitución escrita es el siguiente: puesto que los miembros de la sociedad discrepan –aún de buena fe–, sobre qué son los derechos, es inviable y falto de congruencia atrincherar los derechos en una Constitución<sup>498</sup>. A partir de la observación

---

<sup>496</sup>Cfr. WALDRON, *The Law*, pp. 75-76.

<sup>497</sup>Cfr. DD, pp. 24-25.

<sup>498</sup>Es menester mencionar que Waldron interpreta las *cartas de triunfo* de Dworkin de una manera particular. En este sentido, no considera que los derechos sean cartas de triunfo que tengan por objeto proteger los intereses de los individuos de las exigencias del interés general o contra las decisiones de las mayorías. Más bien, interpreta que tienen por objeto excluir ciertas razones de la política que se utilizan para legitimar acciones oficiales del gobierno –como, por ejemplo: *banned categories* o *excluded reasons* como raza, color, entre otras–. Expresa Waldron: «Por lo tanto, la fuerza de "triunfo"

de que el desacuerdo es una de las circunstancias de la política moderna, Waldron propone una posición contraria a la constitucionalización de los derechos, la cual también se encuentra vinculada con la no objetividad metafísica de los derechos, o más bien, con la incertidumbre acerca de cuál es el contenido auténtico de los mismos<sup>499</sup>. Es por esto que explica:

No podemos jugar nuestras cartas de triunfo si estamos en desacuerdo sobre cuáles son los palos de la baraja. Y si lo hacemos, estaremos expuestos a lo que considero el incontestable cinismo de Thomas Hobbes expresado en la máxima que abre este libro: el que las personas exijan que su teoría de los derechos sea tratada como la que debe prevalecer frente a las demás es “tan intolerable en la sociedad de los hombres, como en los juegos de naipes sería, tras determinarse el triunfo, utilizar como tal en toda ocasión el palo del cual se tienen más cartas en la mano<sup>500</sup>.”

En este sentido, si bien Waldron señala la importancia de los derechos para salvaguardar los intereses de los individuos, como así también para poder vivir en democracia, advierte que de la necesidad de respetar los derechos no se sigue que los mismos deban estar cristalizados en una Constitución. Por consiguiente, es meritorio desentrañar los argumentos en virtud de los cuales su posición emerge como apropiada en el marco de un sistema democrático<sup>501</sup>. Estos son:

- **Obstaculización al Parlamento:** Waldron señala que la constitucionalización de los derechos hace dificultoso que éstos puedan ser modificados por la voluntad de las mayorías parlamentarias. Dado que, en general, para alterar una Constitución se requiere una mayoría especial. En este sentido, las leyes ordinarias pueden ser enmendadas con mayor facilidad para dar respuestas a las demandas actuales y, así, poder adaptarse a un contexto cambiante en donde existe una diversidad de valores que no siempre coinciden con los propios de los pa-

---

de los derechos, según la teoría de Dworkin, no es una forma de hacer que ciertos intereses individuales como tales sean impermeables a las consideraciones del bien general. Tampoco es una forma de decir que determinados intereses individuales requieren una protección especial frente a las mayorías. Y ciertamente no es una forma de comprometerse con el "atomismo". En cambio, la idea es que ciertas razones deben ser excluidas de la política, y el término triunfos simplemente expresa una determinación de no dejar que tales razones excluidas vuelvan a entrar. No representa (al menos en la teoría de Dworkin) ninguna oposición permanente (en el nombre de los individuos o de sus intereses) ya sea a los llamamientos políticos ordinarios al bien común o al interés general de la comunidad». Jeremy WALDRON, “Pildes on Dworkin’s theory of Rights”, *Journal of Legal Studies*, 29 (2000) 301, p. 303, (la traducción es mía).

<sup>499</sup>Cfr. DD, p. 20; Cfr. MTJR, pp. 79, 96-97.

<sup>500</sup>DD, pp. 20-21.

<sup>501</sup>Cfr. Idem, p. 253.

dres fundadores de dicho documento. De este modo, Waldron menciona, tomando las palabras de Hohfeld, que la inmunidad constitucional conlleva una incapacitación del Parlamento para poder utilizar sus potestades de revisión y reforma del derecho<sup>502</sup>.

- Desconfianza en el pueblo: al mismo tiempo, plantea que en la incapacitación de los legisladores para innovar en cuestiones de derechos subyace un argumento que es contrario a la democracia: la desconfianza en el pueblo. Desconfianza en que los legisladores puedan modificar los derechos de una manera eficaz y próspera, lo cual también implica desconocer la autonomía y responsabilidad que tienen los ciudadanos para gobernarse a sí mismos, en especial, en lo que respecta a cuestiones de justicia. Es por eso que Waldron señala que cristalizar los derechos en una carta magna refleja una concepción pesimista de la naturaleza humana que se manifiesta en la incapacidad de los ciudadanos para autogobernarse sin dañar sus derechos fundamentales. Premisa que conlleva desconocerlos como tenedores de derechos y seres autónomos y responsables para decidir sobre sus propios intereses y preocuparse por los de sus conciudadanos<sup>503</sup>.
- Interpretaciones judiciales: Waldron indica que constitucionalizar los derechos no soluciona los desacuerdos porque en los sistemas modernos dicho abordaje produce dos consecuencias. En primer lugar, el establecimiento de órganos independientes del poder legislativo –jueces– que no cuentan con credenciales democráticas legítimas<sup>504</sup>. En segundo lugar, la tarea por parte de los magistrados de ejercer el control de constitucionalidad sobre los actos del poder legislativo deviene ineficaz para abordar los desacuerdos, puesto que sólo conlleva extrapolar los problemas reales de índole moral que se suscitan en la sociedad al plano de las interpretaciones. Por consiguiente, el desacuerdo pierde su cercanía con las fuentes auténticas que lo producen y se reduce a un desafío por comprender las fórmulas canónicas que identifican los derechos en la Constitución. Así, Waldron destaca que, mediante dicho procedimiento jurisdiccional, producido a partir del atrincheramiento constitucional, se origina un formalismo verbal que provoca la inteligibilidad de los derechos para el común de la sociedad conllevando que los únicos autorizados a expresarse sobre los mismos

---

<sup>502</sup>Cfr. Idem, p. 263.

<sup>503</sup>Cfr. Idem, pp. 264-265.

<sup>504</sup>Cfr. Idem, pp. 341-343. Este argumento se encuentra vinculado con la noción de democracia que Waldron postula –*democracia mayoritaria*–, la cual es distinta a la que defiende Ronald Dworkin –*democracia asociativa*–. Cfr. DP, pp. 167-170.

sean los estudiosos de la ley –abogados o jueces–. De esta manera, se priva a los miembros de la comunidad de la posibilidad de expresarse sobre sus derechos<sup>505</sup>.

En conclusión, mediante estos tres postulados se detallan las razones más importantes en virtud de las cuáles Waldron considera inadecuada la constitucionalización escrita de los derechos individuales. Estos comparten un hilo común que fue nombrado previamente en epígrafes anteriores: la confianza en la capacidad epistémica del pueblo representado en sus legisladores para resolver los desacuerdos que los involucra. Es por eso que la negación de la constitucionalización de los derechos no puede entenderse si no se parte de la antropología positiva del hombre y de la aceptación de la democracia mayoritaria como forma de gobierno que mejor respeta dicha concepción.

## 2.2-¿Viabilidad del precompromiso?

Waldron se enfoca en criticar la concepción de los límites constitucionales. En esta línea, objeta la posición de Dworkin a favor de una estructura constitucional compuesta por una Carta de derechos escrita y un control judicial de constitucionalidad fuerte de la legislación. Para Dworkin esta posición no debe ser considerada como antidemocrática cuando la misma es elegida por el pueblo, ya sea mediante el voto de los representantes o de un referéndum<sup>506</sup>. Sin embargo, Waldron advierte que a pesar de que dicha estructura se encuentre legitimada en la decisión popular, esto no conlleva que el mecanismo sea de por sí mismo democrático –aunque lo haya sido en su fuente–<sup>507</sup>.

---

<sup>505</sup>Cfr. CCAJR, pp. 1369-1370, 1380; Cfr. DD, p. 262.

<sup>506</sup>Cfr. DD, p. 305.

<sup>507</sup>Conviene mencionar que Waldron detalla que es erróneo asimilar los procedimientos constitutivos a los precompromisos. Para diferenciarlos, detalla, por una parte, que los *precompromisos* se erigen como límites constitucionales externos –no hacia pueblo en sí– sino hacia ciertas instituciones que son diseñadas por el pueblo y que, al mismo tiempo, actúan en su representación. Así, por ejemplo, el Parlamento es una institución diseñada por el pueblo, que lo representa, y que se encuentra limitado por un factor externo, los tribunales. Si bien ambos –los tribunales y el Parlamento– se encuentran constituidos por integrantes del pueblo. Por otra parte, los *procedimientos constitutivos* son mecanismos que el pueblo desarrolla para que, con base en los mismos, pueda ejercer de una manera viable el autogobierno sin comprometerlo con un resultado sustancial o procesal determinado *ex ante*. De esta manera, explica que cuando se reúnen en una asamblea y establecen un procedimiento de toma de decisiones políticas –como podría ser la regla de las mayorías– lo que hacen es crear un marco para que la voluntad popular sea realizable. Cfr. Idem, pp. 328-330.

En esta línea, el profesor australiano señala que es menester diferenciar, por un lado, la razón por la cual los ciudadanos llevan adelante la propuesta y, por el otro, el carácter intrínseco de la propuesta. De este modo, explica que por más que el pueblo haga uso de su derecho de participación y decida instaurar una dictadura no puede decirse que ésta sea democrática como forma de gobierno. En este sentido, considera que es necesario distinguir entre soberanía popular y democracia. Así, el principio de soberanía popular establece que el pueblo puede elegir la forma de gobierno que crea adecuada, independientemente de que la misma se encuentre sujeta en una sola persona o grupo de personas –monarquía o aristocracia– o, más bien, en una asamblea cuyos miembros representen al pueblo o directamente en el pueblo sin mediar representación alguna en caso de que sea posible. A su juicio, puede observarse que, la primera forma de gobierno es antidemocrática y podría decirse que se encuentra en sintonía con los postulados de Hobbes, que consideraba que el gobierno no debe recaer en el pueblo sino en un individuo en particular. Sin embargo, señala que la segunda forma, sí es democrática y se encuentra en sintonía con el pensamiento de Locke quien creía que el poder supremo debe ser ejercido por una asamblea de legisladores<sup>508</sup>.

Llevado el problema a la estructura constitucional mencionada y defendida por Dworkin, los límites impuestos por una Constitución escrita y la consiguiente potestad que tienen los magistrados para interpretarlos y aplicar sus cláusulas a los casos concretos, devienen en un mecanismo que el pueblo ha elegido libremente para autorestringirse por razones que considera pertinentes. Razones que, como se advirtió en el epígrafe anterior, se encuentran relacionadas con el temor a la tiranía de las mayorías, es decir, a que las mayorías motivadas por el pánico o la ira sancionen leyes injustas que opriman a las minorías. Sin embargo, Waldron cree que esta concepción es predatoria de la naturaleza humana y, por ende, errónea. Esto se debe a que los miembros de la mayoría al ser portadores de derechos son conscientes de lo que se deben entre sí unos con otros. En otras palabras, son capaces de conocer con responsabilidad los límites y alcances de sus derechos, lo cual conlleva sostener que si bien pueden vulnerar sus libertades, son consciente ante dicho peligro y tienen la idoneidad moral para evitarlo, como así también, para condenar dichas manifestaciones en caso de que acontezcan<sup>509</sup>.

Siguiendo esta línea, Waldron analiza la noción del *precompromiso* para objetarla y parte de la siguiente cita de Samuel Freeman a fin de describir la función teleológica que la misma pretende:

---

<sup>508</sup>Cfr. Idem, p. 306.

<sup>509</sup>Cfr. Idem, p. 308.

Mediante el ejercicio de sus derechos de igual protección —el pueblo— está de acuerdo en establecer una salvaguarda que les impida, en el ejercicio futuro de sus derechos políticos iguales, cambiar de idea y desviarse de su acuerdo y compromiso sobre una constitución justa (...) Al otorgar a un cuerpo no legislativo que no es responsable electoralmente el poder de revisar la legislación aprobada democráticamente, los ciudadanos se dotan de un mecanismo para proteger su soberanía e independencia del ejercicio irrazonable de sus derechos políticos en procesos legislativos (...) Al acordar un control judicial de constitucionalidad, en efecto se atan a sí mismos a su acuerdo unánime sobre los derechos básicos iguales que especifican su soberanía. El control judicial de constitucionalidad es entonces una forma de proteger su estatus como ciudadanos iguales<sup>510</sup>.

En otras palabras, Waldron describe los pormenores que convergen en la idea del *precompromiso*: el pueblo se impone a sí mismo determinadas restricciones — una Constitución escrita y control de constitucionalidad— que limitan sus decisiones futuras por determinadas razones que considera convenientes; es consciente de que puede dejarse llevar por el pánico y forjar una tiranía de las mayorías. Por consiguiente, toma ciertas precauciones —límites jurídicos— para que, en un momento futuro, en caso de peligro, pueda evitarlo. Es decir, para que en un mañana pueda hacer lo que en un presente se había propuesto cuando reinaba la tranquilidad. Waldron lo explica recurriendo al personaje mitológico de Ulises quien ordenó a sus compatriotas que lo aten al mástil de su nave para poder resistir al canto seductor de las sirenas que podrían arrastrarlo al fondo del mar puesto que era consciente que por sí mismo no podría superarlo. Es por eso que Waldron sostiene que la restricción constitucional es una herramienta en virtud de la cual el pueblo pretende asegurarse que, en un futuro, ejercerá su poder de una manera responsable<sup>511</sup>.

Así, puede observarse que mediante el *precompromiso* el pueblo decide atarse a sí mismo depositando su voluntad, por un tiempo determinado, en una estructura externa<sup>512</sup>. Aunque dicho *seguro* no es absoluto, puesto que si el pueblo puede esta-

---

<sup>510</sup>Idem, p. 309.

<sup>511</sup>Idem, pp. 309-310. En palabras de Stephen Holmes «Una constitución representa a Pedro borracho, mientras que el electorado es Pedro borracho. Los ciudadanos necesitan una constitución, como Ulises necesitaba ser atado al mástil. Si se permitiera a los votantes obtener lo que quisieran, inevitablemente hundirían su propio barco. Atándose a sí mismos mediante normas rígidas pueden conseguir mejor sus sólidos objetivos colectivos a largo plazo». Idem, p. 311.

<sup>512</sup>Waldron cita a Elster quien considera que si el pueblo puede hacer algo en términos constitucionales también puede deshacerlo, por lo que no existen límites externos, salvo excepciones. Indica: «La analogía entre atarse a sí mismo a nivel individual y a nivel político está severamente limitada. Un individuo puede atarse a sí mismo sobre determinadas acciones o al menos hacer que las desvia-

blecer por sí mismo una Constitución con su respectivo control de constitucionalidad también puede deshacerlo toda vez que el pueblo es soberano. El sentido de *externo* se refleja en lo institucional, ya que el órgano que aplica dicho límite al pueblo es el poder judicial. Puede observarse que el mecanismo del precompromiso no es completamente rígido, porque en ciertas circunstancias puede ocurrir que aun en estado de pánico, sea adecuado que el pueblo esté sometido a la voluntad de una fuente externa –por ejemplo, en caso de guerra, catástrofe o emergencia social– aun cuando en un principio el pueblo se había atado a sí mismo. De este modo, debido a que las excepciones pueden ser numerosas y complejas, es menester que el método de imposición de restricciones sea poroso salvo en casos extremos –como la tortura– en los que no existen circunstancias excepcionales justificadoras<sup>513</sup>.

En esta línea, como el juez no es una máquina mecánica y dado que existe un espacio para que efectúe su juicio personal, el problema que se presenta es si la aplicación de los límites que efectúa en verdad es lo que el pueblo había decidido como límite a su voluntad en un pasado. En este sentido, si la decisión del juez no es la adecuada puede menguar la autonomía del pueblo. De este modo, cabría la pregunta: ¿el juicio del juez se identifica con un precompromiso autónomo del pueblo?<sup>514</sup> Señala Waldron:

(...) Si el agente A ha otorgado el poder de decisión a otra persona B con margen para el ejercicio del juicio de B, podemos preguntarnos si éste es realmente un caso de precompromiso autónomo de A. Atarse a sí mismo para hacer en T2 exactamente lo que uno en T1 pretendía hacer más tarde en T2 es una cosa, y entregar el poder de decisión para lo que se pueda hacer en T2 depende del juicio de otra persona es algo bastante diferente. Por supuesto, la persona A puede tener buenas razones para hacer esto –someter su juicio a B–, y en un sentido sería un tipo de precompromiso. Esto es, el acto de precompromiso puede ser autónomo pero su funcionamiento puede no llegar a ser una consumación de la autonomía del agente en la medida en que esté sujeto al juicio de otro<sup>515</sup>.

---

ciones de tales acciones sean más costosas y por lo tanto menos probables recurriendo a un marco jurídico que es externo e independiente a sí mismo. *Pero no haya nada externo a la sociedad*. Con la excepción de unos pocos casos especiales, como la cesión de competencia al Fondo Monetario Internacional, las sociedades no pueden depositar su voluntad en estructuras que escapan a su control; siempre que quieran pueden deshacer sus ataduras». Idem, p. 311.

<sup>513</sup>Cfr. Idem, pp. 312-313.

<sup>514</sup>Cfr. Idem, p. 313.

<sup>515</sup>Ibidem.

Es por eso que Waldron señala que las restricciones constitucionales no constituyen un seguro mediante el cual el pueblo se aferra de una manera autónoma a su voluntad. Por consiguiente, advierte que tampoco es un precompromiso exclusivamente del pueblo sino que, más bien, concierne a un mecanismo semejante al caso de un dictador a quién el pueblo le ha atribuido poder en forma democrática, sólo que en este caso el dictador sería el juez. Por ende, el *precompromiso*, por más que haya sido instituido de una forma democrática, en su aplicación no lo es. Por ello, concluye que sostener que el precompromiso es un mecanismo democrático es ilusorio<sup>516</sup>.

De esta manera, partiendo de la concepción de Dworkin que sostiene que la Constitución de los Estados Unidos recepta principios morales de carácter abstracto que deben ser interpretados y aplicados por los magistrados, Waldron señala que emergen dos dificultades que ponen en tela de juicio el gobierno del pueblo. En primer lugar, señala que determinadas aplicaciones de los principios constitucionales no son previsibles *ex ante*. Y, en segundo lugar, que las mismas pueden resultar controvertidas. Señala que los jueces suelen discrepar sobre las inferencias que efectúan a partir de los principios morales de la Constitución al momento de resolver sus casos. Así, discrepan cuando tratan de comprender a qué se ha comprometido el pueblo. Por consiguiente, puesto que la política es siempre una cuestión de juicios, y teniendo en cuenta que el juicio es un presagio del desacuerdo, es meritorio interrogar: ¿el juicio de quién debe considerarse como adecuado cuando los ciudadanos están en desacuerdo sobre sus propios juicios? Waldron expresa que, en caso de que el pueblo decidiese que deben prevalecer los juicios de los jueces, esto conllevaría a renunciar al autogobierno y establecer una especie de aristocracia en cabeza un grupo de togas<sup>517</sup>. De este modo, luego de explicar los problemas del desacuerdo, expresa:

Hasta aquí he elaborado el argumento más modesto de que los arreglos constitucionales en discusión no pueden ser considerados realmente como una forma de precompromiso por un agente A en un tiempo t1 respecto de una decisión –para el tiempo t2– que el propio A ha tomado. En su lugar,

---

<sup>516</sup>Cfr. Idem, pp. 313, 315.

<sup>517</sup>Cfr. Idem, pp. 314-316. Con estas palabras Waldron señala cuál es la tesis principal de la democracia: «La tesis democrática ha consistido siempre en sostener que el pueblo tiene el derecho a gobernarse a sí mismo por sus propios juicios. En consecuencia, en la medida en que el pueblo otorga a los jueces un poder de juicio prevalente sobre cómo debe ser entendido algo tan básico como la igual protección, permitiendo entonces que dicho juicio prevalezca sobre el juicio del pueblo o el de sus representantes sobre esta misma cuestión, es innegable que –en términos de la taxonomía aristotélica– han establecido lo que tradicionalmente se ha descrito como un arreglo no democrático» Idem, p. 316.

es una forma de sumisión de A en t1 a cualquier juicio realizado en t2 por otro agente B en la aplicación de principios muy generales que A ha ordenado tener en cuenta en B<sup>518</sup>.

### 2.3-El precompromiso y el paso del tiempo

Waldron señala que en una sociedad integrada por una pluralidad de individuos que comparten visiones diferentes sobre cuestiones sustanciales y que, por ende, se encuentran en desacuerdo sobre sus derechos, un precompromiso de carácter constitucional no deviene en un seguro preventivo racional. Por consiguiente, enfatiza que en una comunidad en la que existe el germen del desacuerdo entre sus miembros sobre la necesidad de atar sus voluntades *ex ante*, para no correr los peligros *ex post* propio de la tiranía de las mayorías, no persistirá como garantía que evite modificar los derechos<sup>519</sup>. Considera que esto se debe a dos razones. La primera, que el hecho de atribuir la potestad decisional a un órgano externo compuesto por jueces que también discrepan no finiquita el problema. La segunda, que no existen motivos suficientes por los que los individuos deban considerar que la voluntad expresada *ex ante*, en tiempos de serenidad, deba prevalecer sobre la expresada *ex post*.

En este sentido, para alegar la falta de justificación del precompromiso, Waldron comienza por mencionar que el pueblo no es un individuo sino una entidad compuesta por muchas personas cuya existencia se prolonga en el tiempo con las características propias de que sus integrantes. Por ende, las ideas y creencias que ellos comparten cambian a lo largo de los años. Luego del paso de los años y en sintonía con los cambios que se vayan suscitando, si con anterioridad hubo un desacuerdo incipiente sobre qué posición tomar, existirá la duda por parte de los ciudadanos de si la decisión tomada *ex ante* –como el establecimiento de ciertos límites constitucionales– es lo que verdaderamente se deseaba para el presente actual. Al respecto, expresa:

Una decisión en t1 tomada por el pueblo entero –que comprende millones de individuos– para imposibilitar una decisión determinada D tomada por ellos mismos en t2 será en casi todos los casos objeto de desacuerdo. En t1 las opiniones divergirán en cuanto a si D no es realmente deseable, e inclu-

---

<sup>518</sup>Idem, p. 316.

<sup>519</sup>Cfr. Idem, p. 321.

so en tal caso, en cuanto a si se trata de un objeto apropiado de restricción constitucional<sup>520</sup>.

En este sentido, el profesor indica que puede suscitarse el caso de que los miembros del pueblo, como consecuencia de un cambio en las circunstancias y luego de períodos de debate en el que exponen sus posiciones de buena fe y ponderan sus opiniones, se convenzan de que D es la decisión adecuada, con base en los argumentos que ex ante sostuvieron las minorías que también deseaban D pero que la mayoría prefirió obstaculizar para un futuro por temor a una posible *akrasia*<sup>521</sup>. Para Waldron, los desacuerdos razonables existentes en una sociedad como consecuencia de diversidad de los miembros de la comunidad, cuando van acompañados de una deliberación respetuosa a lo largo de los años, conllevan a que sea inadecuado sostener con total seguridad que las decisiones pasadas no puedan cambiar o se identifiquen con límites rígidos inalterables. Esto se debe a que, por ejemplo, la causa primigenia –como podría ser el miedo a una *akrasia*– puede dejar de existir o quedar disminuida o, sin más, haber devenido irrazonable<sup>522</sup>.

Finalmente, a modo de cierre, Waldron detalla que cuando se habla de pueblo es necesario que sus integrantes compartan un rasgo característico: la creencia de que existen problemas colectivos que es menester que sean abordados por todos los miembros, en forma conjunta, a pesar de las discrepancias sobre la decisión correcta que deba tomarse. Explica que dicho compromiso debe estar acompañado por un procedimiento de decisión que les permita participar en forma respetuosa para llegar a una acción común que sea obligatoria para todos. Por lo que, los compromisos pasados, efectuados por los padres fundadores o antecesores, no deben ser dejado de lado por el mero hecho de que no tuvieron en cuenta el consentimiento de

---

<sup>520</sup>Idem, p. 322.

<sup>521</sup>Cfr. Idem, p. 323. Expresa Waldron: «La pluralidad de una comunidad política, la inevitable existencia de diversidad de opiniones y desacuerdos razonables entre sus miembros sobre todos los asuntos que conciernen a los derechos y la justicia y la dinámica de la deliberación, tanto formal como informal, a lo largo del tiempo; estas tres cosas significan que raramente estamos en disposición de afirmar, con alguna seguridad, que la mayoría que apoya una determinada posición en t2 representa la debilidad o el pánico que los que se oponían a esta posición en t1 tenían razones para temer. Puede representar la *akrasia* que temían. Pero igualmente puede no representar nada más que el tipo de cambio en la ponderación de la opinión que asociamos naturalmente con la deliberación continua (*on-going*), especialmente cuando las circunstancias cambian y nuestra generación sucede a la anterior en el cuerpo político». Ibidem

<sup>522</sup>Ibidem, p. 323.

los ciudadanos actuales, siempre y cuando, claro está, no sean contrarios a la posibilidad que tienen los individuos presentes de ejercer el autogobierno<sup>523</sup>.

## RECAPITULACIÓN

En el presente capítulo fueron desarrolladas las distintas concepciones de los derechos esgrimidas por Dworkin y Waldron. En este sentido, los derechos juegan un rol importante tanto en teoría de la interpretación jurídica como en la teoría de la toma de decisiones políticas. Así, por un lado, para Dworkin los derechos constituyen conceptos que interpretan los jueces para defender los intereses de los individuos y llegar a sentencias justas. Por el otro, para Waldron los derechos son elementos sobre los que los legisladores deliberan a fin de forjar un curso de acción común que permita abordar los problemas que conciernen a todos los miembros de la sociedad. En otras palabras, para el primero los derechos pertenecen a una esfera de competencia de los jueces y, para el segundo, de los legisladores. De este modo, discernir qué entienden ambos pensadores por derechos individuales deviene en un presupuesto elemental para determinar qué autoridad y, en virtud de qué fundamentos, se encuentra legitimada para decidir sobre ellos. Ambas posiciones se encuentran explicadas a partir del abordaje de tres aspectos: a-qué son los derechos; b-cómo se relacionan entre sí –en armonía o en conflicto–; c-y qué relación

---

<sup>523</sup>Cfr. Idem, pp. 325-326. Waldron señala que los precompromisos solo serían viables si se cumplen dos condiciones –las cuales no se dan–, expresa: «Dije que el argumento que hemos estado considerando en este apartado significaría una defensa convincente en favor de límites constitucionales inmunes a la revisión legislativa si se daba alguna de dos condiciones, esto es, si o bien los compromisos del pueblo a este respecto quedaban establecidos, y eran constantes e inequívocos, o bien si revisar estas cuestiones amenazaba con un grave peligro a los disidentes o las minorías. Acabamos de ver que no se cumple la primera de estas condiciones, y tampoco se cumple la segunda». Idem, p. 334.

tienen con la democracia –sea esta asociativa o mayoritaria según la concepción de cada autor–.

En primer lugar, con respecto al pensamiento de Dworkin puede observarse que:

A-Los derechos son instrumentos –cartas de triunfo– que tienen los individuos para proteger sus intereses contra los actos de gobierno, en especial, aquellos actos basados en directrices políticas. El autor caracteriza a los derechos de distintas formas: a-explica que tienen una naturaleza normativa puesto que pertenecen al mundo de la moral y, por ende, crean exigencias de *deber ser*; b-esto implica que los derechos, al ser de carácter moral, preexisten a la leyes positivas las cuales deben respetarlos bajo peligro de que devengan injustas; c-a su vez, a fin de que los derechos sean eficaces considera que deben ser regulados en una Constitución escrita, lo que permite que puedan ser protegidos por los jueces en ejercicio del control judicial de constitucionalidad fuerte.

B-Los derechos deben entenderse en forma armónica, como si formasen una red interconectada de valores. Esto conlleva a que el intérprete, cuando analiza los derechos involucrados en los casos concretos, deba esmerarse por construir concepciones que sean armónicas entre sí, a fin de que no colisionen y se fortalezcan mutuamente. Esto se debe a que los derechos protegen valores y, a su vez, el reino del valor es un reino indivisible. De allí que Dworkin destaque los siguientes puntos: a-la importancia de que los derechos no sean concebidos en forma inmutables, como si fuesen entidades metafísicas, sino en forma constructiva, quedando así sujetos al juicio del intérprete que a su vez está condicionado por la exigencia de la integridad; b-la importancia que tienen los principios de *autorrespeto* y *vida auténtica* que subyacen en el concepto de la dignidad humana, ya que dichos lineamientos constituyen un faro de luz que guía al intérprete en la elaboración de las demás concepciones de los derechos morales; c-la importancia que tiene concebir la verdad –materializa en la construcción de concepciones auténticas– a partir de la integridad.

C-Dworkin denomina a la democracia como *democracia asociativa*, la cual se caracteriza porque tiene en cuenta la dignidad de todos sus miembros –no solo la de aquellos que pertenecen a las mayorías–. Según el autor, todos los ciudadanos, independientemente de si integran o no la voluntad mayoritaria, deben ser tratados con igual consideración y respeto, siendo este el derecho más abstracto de todos. Esto se debe a que la democracia no es un concepto aislado, sino que debe entenderse a la luz de los principios de igualdad y libertad. Así, tal concepción de la democracia no se basa simplemente en un método de toma de decisiones, sino más

bien, en el respeto de los derechos individuales de todos sus miembros. Por tanto, la democracia está imbricada con los derechos puesto que aquellos la legitiman.

En segundo lugar, con respecto al pensamiento de Waldron pueden observarse que:

A-Los derechos son importantes porque internalizan valores y preocupaciones –*values and concerns*– que permiten vivir en democracia, aunque subraya que existen desacuerdos sobre qué son, cuáles son y en dónde reside su fundamento. Así, el pensador resalta una serie de características que los distingue. En primer lugar, no ahonda sobre la naturaleza de los derechos, aunque rechaza toda connotación metafísica, como así también todo argumento referido a la objetividad de los derechos, lo que deriva de su afirmación sobre la irrelevancia de la objetividad moral. En este sentido, Waldron es pragmático, puesto que los derechos son importantes porque son funcionales a la democracia –así, por ejemplo, reconoce un derecho que tiene predilección sobre los demás, el derecho a la participación política, cuya materialización permite el abordaje de los demás derechos–. En segundo lugar, esto implica que, las preguntas sobre cuáles son los derechos y cuál es su fundamento, se encuentran supeditadas a la voluntad de las mayorías parlamentarias, la única legitimada para responderlas. En tercer lugar, puede observarse que rechaza la regulación de los derechos en una Constitución escrita, a fin de que puedan ser modificados por los representantes del pueblo en ejercicio del autogobierno popular, y no sean usurpados por el poder judicial mediante el ejercicio del control de constitucionalidad fuerte.

B-Los derechos, no solo están sujetos a desacuerdos, sino que además entran en colisión en la esfera práctica. Esto se debe a que cada derecho puede generar un sinnúmero de obligaciones. De allí que, desde esta lógica, efectúa una clasificación entre *desacuerdos inter-derechos*, que acontecen cuando existen conflictos entre las obligaciones de un mismo derecho, y *desacuerdos inter-derechos* que se presentan cuando los conflictos son entre obligaciones que se desprenden de diferentes derechos. Dicha aceptación imbuje de relevancia a la teoría de la toma de decisiones políticas parlamentarias. Esto se debe a que mediante la deliberación respetuosa y de buena fe los ciudadanos canalizan sus discrepancias a fin de forjar una acción colectiva que permita abordar los desacuerdos de derechos. Lo que deja entrever el carácter mutable de los derechos –así, su objetividad se encuentra comprometida– puesto que sus concepciones se encuentran sujetas a la voluntad mayoritaria. De este modo, decidir sobre los mismos conlleva respetar la dignidad de los ciudadanos y aceptar una antropología positiva, ya que es coherente que en una democracia en donde los ciudadanos tienen el poder, también puedan decidir sobre sus derechos, aun cuando discrepen sobre los mismos.

## CAPÍTULO II: DERECHOS FUNDAMENTALES

C-Waldron denomina a la democracia como *democracia mayoritaria*, la cual se distingue porque son los ciudadanos, por medio de sus representantes, quienes tienen el poder de tomar decisiones sobre cuestiones sustanciales que afectan a todos. Así, la democracia se caracteriza porque los legisladores deliberan y deciden los problemas colectivos mediante el voto mayoritario, respetando la participación equitativa de grupos minoritarios, aunque el resultado final no se encuentre identificado con dicha postura. Para Waldron, el peor flagelo de la democracia es que se descarten ciertas posiciones por ser consideradas disvaliosas. Por consiguiente, la relación que puede efectuarse entre la democracia mayoritaria y los derechos es la siguiente: por un lado, la democracia no podría ser posible sin el ejercicio de derechos –como el derecho a la libertad de expresión y el derecho de asociación–, ni tampoco sin la materialización del derecho a la participación política por parte de los ciudadanos y sus representantes; por otro lado, sin la defensa del autogobierno del pueblo los derechos no podrían ser ejercido en forma equitativa, puesto que quienes decidirían sobre ellos serían agentes externos –jueces– exentos de credenciales democráticas suficientes.



**CAPÍTULO III: EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD**

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA  
LEGISLACIÓN EN EL PENSAMIENTO DE RONALD  
DWORKIN Y JEREMY WALDRON**



### CAPÍTULO III: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El propósito del presente capítulo consiste en determinar los presupuestos de legitimidad del control judicial de constitucionalidad en un sistema democrático en donde las decisiones sustanciales de gobierno son tomadas por los representantes del pueblo.

En este sentido, Ronald Dworkin y Jeremy Waldron parten de perspectivas disímiles en la forma de concebir la democracia y concluyen posiciones divergentes con respecto a la legitimidad del control de constitucionalidad. El primero postula una *democracia asociativa* en donde el control judicial es de carácter fuerte y deviene en un elemento esencial para fortalecer el autogobierno del pueblo. Según el autor, los jueces deben ejercer dicho control por medio de la aplicación de la teoría integral de la interpretación. En cambio, el segundo, adhiere a una *democracia mayoritaria*, en donde el control judicial es débil y la última palabra la tienen los legisladores bajo el argumento de poseer mejores credenciales democráticas para decidir cuestiones sustanciales que conciernen a todos. En este aspecto, los legisladores toman sus decisiones mediante la aplicación de la teoría de la toma de decisiones políticas enfocada en la deliberación y el voto de la mayoría. Esta teoría se complementa con el control judicial débil que deben ejercer los jueces.



**PRIMERA PARTE: EL CONTROL DE  
CONSTITUCIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO DE  
RONALD DWORKIN**

**I-POSICIÓN EN DEFENSA DEL CONTROL JUDICIAL DE  
CONSTITUCIONALIDAD FUERTE –PARTE GENERAL–**

La presente sección tiene por objeto explicar las premisas nucleares del pensamiento jurídico de Dworkin relacionadas a la defensa del control judicial de constitucionalidad. Este desafío implica indagar sobre su teoría de la interpretación integrativa puesto que, si bien el control de constitucionalidad de la legislación descansa en los magistrados, la forma de ejercerlo no debe ser arbitraria, sino mediante la aplicación de un procedimiento interpretativo.

**1-PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN**

**1.1-Constitución, democracia y control de constitucionalidad**

Dworkin describe que el reconocimiento de los derechos individuales es una condición inescindible de todo sistema democrático. Sin embargo, detalla que existen disyuntivas en cuanto a su regulación; es decir, si los mismos deben ser regulados en una Carta escrita y, a su vez, si la última palabra sobre la interpretación de su contenido deben tenerla los magistrados o los miembros del Parlamento. Las respuestas difieren según se adhiera a una democracia mayoritaria o asociativa.

En esta línea, los filósofos que adhieren a una democracia mayoritaria –entre ellos Waldron–, rechazan la constitucionalización escrita de los derechos por dos razones principales. En primer lugar, consideran que atenta contra la voluntad popular puesto que al estar los derechos regulados en una Constitución escrita y rígida deviene dificultosa su modificación por parte del pueblo. Sumado a esto, también postulan que su constitucionalización no permite que el pueblo tenga la decisión final sobre las cuestiones de derecho. Esto se debe a que la última palabra residirá en la voluntad de los jueces, que no cuenta con credenciales democráticas suficientes puesto que no son elegidos mediante el voto popular y directo.

Dworkin, por su parte, señala que el hecho de supeditar los derechos a la libre decisión del voto de la mayoría parlamentaria, encuentra su fundamento en una moral escéptica según la cual no existen valores y principios que sean de carácter objetivo. Por ende, dicha postura considera que no existen derechos objetivos –ya que estos internalizan y describen valores– y que, además, las decisiones de los magistrados –quiénes deben juzgar en virtud de principios– lo hacen con base en sus subjetividades motivadas por sentimientos y preferencias<sup>524</sup>.

Dworkin postula que tales premisas derivan de una concepción errónea de la democracia, meramente procedimental y reducida al voto del mayor número. Considera que, en una sociedad, el hecho de que cada ciudadano tenga un voto no garantiza una igualdad real porque existe una desigualdad de influencia que es manifiesta. Esto se debe a que unos tienen mayores posibilidades de persuadir a los demás sea por su posición profesional o situación económica que ocupan. Por tanto, subraya que la democracia no puede basarse solo en una concatenación de actos formales, en cómo deben tomarse las decisiones, sino que también debe integrar un aspecto sustancial, que se encuentra relacionado con las condiciones imprescindibles que deben existir para que los ciudadanos sean tratados con igual consideración y respeto y, de este modo, la votación devenga en una expresión colectiva verdaderamente democrática<sup>525</sup>.

Uno de los mecanismos que suelen utilizarse en una democracia constitucional para evitar los peligros de la tiranía del mayor número en contra de grupos minoritarios, es la constitucionalización escrita de los derechos. Esto permite que dichos derechos puedan ser respetados y promovidos mediante un órgano neutral, que no se identifique con la voluntad de la mayoría, pero que, al mismo tiempo,

---

<sup>524</sup>Cfr. FL, pp. 18-19.

<sup>525</sup>Cfr. CP, pp. 44-46.

forme parte del pueblo. Así, Dworkin considera que el autogobierno popular será fortalecido mediante el ejercicio del control de constitucionalidad<sup>526</sup>.

### 1.2-El argumento democrático: intención y proceso

Dworkin menciona que uno de los principales argumentos en contra del control de constitucionalidad de los jueces es lo que se conoce como el *argumento democrático*. El mismo consiste en que los jueces no se encuentran legitimados para tomar decisiones sustanciales y políticas de gobierno porque, como se mencionó precedentemente, no son elegidos por el voto popular en elecciones directas. A su vez, no pueden ser remplazados y no rinden cuenta de sus actos, por lo que no tienen un respaldo democrático razonable. Por consiguiente, las decisiones concernientes a los derechos de las personas deben ser decididas por el pueblo o sus representantes, de modo que las leyes que regulan sobre los mismos no puedan ser rechazadas o tenidas como inconstitucionales por la decisión de un grupo minoritario de magistrados. Caso contrario, se estaría acechando contra la democracia, toda vez que se le quita al pueblo la voluntad de decidir cómo debe gobernarse, provocando así una falta de equidad en la distribución del poder<sup>527</sup>.

Dworkin postula dos soluciones propuestas por los defensores del argumento democrático, por medio de las cuales pretenden restringir la posibilidad de que los magistrados tomen decisiones sustanciales en virtud de sus propios juicios:

- La búsqueda de la intención constitucional –intención original o de los padres fundadores de la Constitución–. En este sentido, los jueces deben dilucidar cuáles fueron las pretensiones de los padres fundadores al momento de redactar las cláusulas constitucionales cuyo contenido se encuentra en debate, aun en los casos en que las mismas sean ambiguas o no regulen un tema en concreto. Por consiguiente, toda vez que los jueces sentencien con base en la intención original, no estarían tomando decisiones de fondo basándose en su subjetividad; sino más bien tratando de que se obedezcan postulados que fueron adoptados en un pasado, cuya legitimidad descansa en la aceptación que el pueblo hizo y hace de la Constitución.
- El control del procedimiento –postulado por John Ely–. El mismo consiste en diferenciar los aspectos sustanciales de los procesales, de tal manera que los jueces deben custodiar la equidad en los procesos mediante los cuales se elabo-

---

<sup>526</sup>Cfr. Idem, p. 36; Cfr. DP, pp. 167-176; Cfr. FL, pp. 6-7, 363-364.

<sup>527</sup>Cfr. CP, pp. 36, 42, 46, 53.

ran las normas, no pudiendo revisar la justicia de las leyes y declararlas inconstitucionales. Por consiguiente, los jueces sólo se encuentran encargados de asegurar la democracia en los procedimientos de toma de decisiones políticas<sup>528</sup>.

Estos dos argumentos son los que Dworkin tratará de rebatir en aras a defender la necesidad del control judicial de constitucionalidad fuerte<sup>529</sup>.

## 2-EL PROBLEMA DE LA INTENCIÓN

Para rechazar el argumento de la intención originalista, Dworkin comienza por distinguir dos teorías de la revisión judicial. Por un lado, están las *teorías interpretativas*, que se basan en una interpretación de la Constitución que trata de desentrañar la intención de los redactores. Y, por el otro, las *teorías no interpretativas*, basadas en principios que se encuentran al margen de la Constitución y se relacionan con la moral popular<sup>530</sup>. Sin embargo, postula que dicha diferenciación no es acertada porque todas las teorías de revisión judicial son interpretativas, en mayor o menor grado, puesto que tratan de comprender la Constitución a la luz de la práctica judicial existente. Por consiguiente, argumenta que las teorías que se consideran como *no interpretativas* no parten de la nada y no producen juicios desligados de la Constitución. Más bien señala que existe una relación inescindible entre la labor que llevan a cabo los juristas y su comprensión de la Constitución, la cual descansa en los principios políticos que se encuentran internalizados en dicho documento. De este modo, los juristas de la *no interpretación*, para resolver sus casos, también elaboran una especie de teoría que permita descubrir el verdadero significado de la Constitución y las intenciones originalistas. Si para resolver un caso los juristas tienen en cuenta principios políticos enraizados en la tradición de un país, necesariamente la aplicación de los mismos se torna una tarea interpretativa<sup>531</sup>.

Siguiendo esta línea, Dworkin pronuncia que, independientemente de que ambas teorías de revisión judicial sean interpretativas, es conveniente efectuar una diferencia. Por una parte, remarcar la existencia de teorías que tienen en cuenta la intención de los redactores como factor preponderante y que, como consecuencia,

---

<sup>528</sup>Cfr. Idem, p. 54. Véase: este es el argumento que más se acerca al pensamiento de Jeremy Waldron, quién defiende el control judicial de constitucionalidad débil. Así, propone la necesidad de que exista un diálogo inter-poderes que posibilite un enriquecimiento mutuo. De este modo, niega que los jueces no puedan efectuar juicios de fondo, sino que pueden hacerlo y comunicarlos a los legisladores para que estos decidan sobre la viabilidad de su concreción. Cfr. CGJ, pp. 209-210, 236-237.

<sup>529</sup>Cfr. CP, pp. 54-55.

<sup>530</sup>Cfr. Idem, p. 55.

<sup>531</sup>Cfr. Idem, p. 56.

arguyen que las decisiones legislativas solo pueden ser rechazadas por la Corte cuando no concuerden con la intención de los padres fundadores. Y, por otra, la existencia de teorías que no recurren a la intención originalista y permiten la declaración de inconstitucionalidad, sea porque se basan en la letra de la ley o en intereses consecuencialistas.

A fin de observar si las teorías intencionalistas de la interpretación son racionales, comienza por analizar lo que debe entenderse por *intención*<sup>532</sup>.

Dworkin considera que, entre los teóricos de la intención, tanto los que la niegan como los que aceptan la revisión judicial, consideran que la misma es un *hecho psicológico complejo* que se originó en un pasado de la historia y que puede ser dilucidado mediante un análisis de actas, cartas, entre otros antecedentes materiales. Por eso, para encontrar el sentido y fuerza de una cláusula constitucional, consideran que es meritorio indagar sobre las creencias y propósitos de sus redactores. No obstante, Dworkin considera que dicha concepción es equívoca puesto que no existe una intención de los redactores de la Constitución o una *intención constitucional*. Afirma que ante un espacio en blanco propio de una cláusula constitucional que pretende regular un tema en concreto, no existe una intención auténtica que haya aflorado en la historia y que permita rellenarlo. Más bien, afirma que los vacíos son cubiertos por las opiniones políticas de los teóricos con base en las prácticas constitucionales existentes, las cuales parten de una teoría política sustancial<sup>533</sup>.

En este sentido, Dworkin postula que la supuesta intención constitucional se asienta sobre la base de la existencia de una intención grupal. Sin embargo, considera que no hay una respuesta adecuada para discernir qué aspectos de los hechos psicológicos complejos e individuales de los redactores deben seleccionarse o combinarse para dilucidarla. Desafío que trasciende las concepciones psicológicas puras y que también se presenta en las mixtas, es decir, en aquellas que aparte de los estados mentales tienen en cuenta otros factores como la lectura del documento constitucional, propósitos y valores que se desprenden del mismo, o en la significación que podría tener para un ciudadano de la comunidad que se considera idóneo<sup>534</sup>. En esta línea, Dworkin postula, en forma hipotética, que los aspectos que tendrían que vislumbrarse para construir una teoría constitucional basada en la intención, son los siguientes:

---

<sup>532</sup>Cfr. Idem, p. 59.

<sup>533</sup>Cfr. Idem, p. 60.

<sup>534</sup>Cfr. Idem, pp. 64-65.

a-Identificar los sujetos apropiados: se deben identificar los estados mentales de las personas que deben ser tenidas en cuenta. En este sentido, realiza una serie de preguntas, ¿deben ser considerados solamente los estados mentales de los miembros de la Convención Constituyente o también los de los miembros del congreso que votaron para su aprobación? Además, ¿los miembros que votaron en contra deben ser tenidos en cuenta? ¿Existen determinados miembros que, por su formación o posición política, deban ser considerados especialmente? Por otra parte, ¿los estados psicológicos deben ser considerados en un momento particular de la historia, por ejemplo, en el momento de la votación o deben ser considerados en momentos posteriores? ¿Los estados psicológicos de los magistrados de la Corte Suprema son relevantes? ¿Y los de los ciudadanos, miembros de la comunidad, que tienen una concepción formada sobre la fuerza que debe reconocerse a la Constitución? Ante esta diversidad de interrogantes, que no tienen una única respuesta, Dworkin objeta que es común identificar la intención del Parlamento con la *intención de los redactores*, sin precisar realmente quiénes deberían ser tenidos como redactores<sup>535</sup>.

b-Diferenciar estado psicológico de negación o delegación: Dworkin explica, citando las palabras de Perry, que una teoría de la intención debe explicar si los redactores de la Constitución tuvieron la intención de permitir, prohibir o delegar la decisión sobre un hecho X. En este último caso, puede suceder que hayan dejado abierta dicha cuestión para que sea dirimida en un futuro delegando tal potestad a otra institución. Aunque Dworkin rechaza dicha clasificación puesto que también es posible que ninguna de las tres opciones mencionadas sea correcta porque puede acontecer que nunca nadie se hubiese imaginado la existencia de un hecho X, y menos aún sus efectos futuros. Por tanto, puede que no exista una intención de los legisladores al respecto. Si bien estos casos podrían solucionarse mediante un principio que diga, por ejemplo, que en caso de silencio debe entenderse que los miembros no tuvieron la intención de limitar el poder del órgano legislativo para decidir sobre la cuestión, para Dworkin esto sería una suposición puramente artificial debido a la imposibilidad de descubrir una intención real<sup>536</sup>.

c-Dilucidar cómo las intenciones individuales forman una intención constitucional: Dworkin describe que también será necesario determinar cómo se combinarán las intenciones individuales a fin de formar la intención constitucional. Se pregunta si la misma debe contabilizar solamente las individualidades del voto mayo-

---

<sup>535</sup>Cfr. Idem, pp. 65-66.

<sup>536</sup>Cfr. Idem, pp. 68-70.

ritario o, si más bien, debe establecerse un promedio entre las sumas totales de voluntades parlamentarias<sup>537</sup>.

d-Diferenciar intenciones abstractas de intenciones concretas: Dworkin sostiene que otro de los problemas relacionados a la intención se encuentra vinculado con la necesidad de diferenciar entre intención abstracta e intención concreta. Según cuál se elija para interpretar una cláusula constitucional, esto afectará cómo un juez debe decidir un caso concreto. Al respecto ofrece un ejemplo. Imagina un congresista que exige una enmienda constitucional a favor de la protección igualitaria porque considera que todos los ciudadanos deben ser tratados con igual consideración y respeto por el gobierno en lo que se refiere a sus intereses fundamentales –intención abstracta–. Aunque, al mismo tiempo, cree que las escuelas segregadas no representan una afrenta a dicha exigencia, puesto que tiene la firme convicción que la educación no se identifica con un interés de carácter fundamental –intención concreta–. De este modo, se plantea el siguiente inconveniente: por un lado, si los magistrados creen que la cláusula exige la salvaguarda de todo interés fundamental y consideran que la educación es uno de ellos, al sostener la ilegalidad de la segregación estarían cumpliendo con la intención abstracta. Pero, por otro lado, dicha decisión sería contraria con la intención concreta que rehúsa abolir la segregación por no considerarla un interés fundamental. Así, dada la dificultad de compatibilizar las dos intenciones los jueces deben discernir a cuál recurrir para construir una intención constitucional. En caso de que los jueces decidan tener en cuenta la intención abstracta, la misma requiere tomar decisiones sustanciales de moral política que sean coherentes con la misma, por lo que tratar de desentrañar las intenciones concretas de los redactores de la Constitución sería irrelevante<sup>538</sup>.

En conclusión, mediante la descripción de los interrogantes que ameritan ser respondidos para construir una intención constitucional, lo que Dworkin quiere mostrar es que la intención originalista no puede ser reducida a datos históricos o psicológicos. Por consiguiente, advierte que su elaboración solo puede pensarse a partir de una teoría sustancial, política o moral, adecuada a una teoría democrática sobre el gobierno representativo. Al mismo tiempo, subraya, una vez más, que es erróneo clasificar las teorías constitucionales en teorías interpretativas y no interpretativas según las mismas consideren o no a la intención de los redactores, puesto que una teoría constitucional siempre exige una concepción determinada de la intención. Así, explica que las comúnmente llamadas teorías *no interpretativas* se basan en una intención *abstracta* de la intención originalista. Enfatiza que el desa-

---

<sup>537</sup>Cfr. Idem, pp. 70-71.

<sup>538</sup>Cfr. Idem, pp. 71-74.

fío consiste en dilucidar qué debe entenderse por intención y no tanto en la intención de quiénes –redactores, congresistas, entre otros– debe contar, lo cual no deja de ser una tarea compleja<sup>539</sup>.

### 3-EL PROBLEMA DEL PROCESO

#### 3.1-Proceso y democracia

Dworkin explica que la teoría de la revisión judicial de Ely se encuentra en línea con los adherentes al argumento de la democracia que consideran que los representantes del pueblo son quienes se encuentran legitimados para decidir sobre los valores políticos de la sociedad. Y que, en cambio, los jueces solo deben garantizar que los procesos mediante los cuales se toman dichas decisiones se desenvuelvan de una forma idónea. Por ejemplo, no se encuentran legitimados para decidir si las leyes que prohíben el aborto o el uso de anticonceptivo son contrarias al derecho a la privacidad. En otras palabras, los jueces deben proteger la democracia velando para que no se promuevan leyes que vulneren los procesos de toma de decisiones políticas y, por ende, la libertad de expresión. En especial, aquellas leyes que se encuentren motivadas por prejuicios despectivos contra las minorías y tienen por fin reducir su participación política<sup>540</sup>.

Postula que la posición de Ely se identifica con los siguientes puntos:

- Los jueces deben enfocarse en revisar el desarrollo del proceso legislativo, no el resultado que deriva de él.
- Lo parámetros con los que deben evaluarse dichos procesos son de carácter democrático. Así, la revisión judicial es coherente con la democracia solo si se enfoca en cuestiones formales, no en sustanciales.
- Por ende, los jueces actúan en forma arbitraria cuando declaran inconstitucional las leyes que surgen de dichos procesos democráticos con base en valores sustanciales –por ejemplo, *Roe c. Wade* y *Griswold*–<sup>541</sup>.

A modo de respuesta Dworkin menciona que dicha posición fracasa puesto que para un magistrado es imposible escindir las cuestiones de proceso de las sus-

---

<sup>539</sup>Cfr. Idem, pp. 81-83.

<sup>540</sup>Cfr. Idem, pp. 83-84.

<sup>541</sup>Cfr. Idem, p. 84.

tanciales. Aparte considera que la concepción de la democracia, entendida como un ideal abstracto, no es coherente con la revisión judicial meramente procedimental defendida por Ely<sup>542</sup>.

En este sentido, Dworkin menciona que aunque se conciba a los procedimientos democráticos como un conjunto de actos concatenados que tienen por objeto hacer posible la participación política de los ciudadanos independiente de cuál sea el resultado final, aún queda por resolver cuál mecanismo es el más idóneo para hacerlo<sup>543</sup>.

Por consiguiente, explica que pueden diferenciarse dos clases de argumentos que animan a pensar en cuál sería el mecanismo adecuado: argumentos de aporte y argumentos de resultado. Describe que los *argumentos de aporte* se enfocan en cómo debe distribuirse el poder político entre gobernantes y gobernados sin prejuicio de que las leyes sean o no justas. Por otra parte, los *argumentos de resultados* se basan en juicios de corte utilitarista. Los defensores del utilitarismo conciben a la democracia como un conjunto de actos encadenados que son idóneos para determinar cuestiones como quiénes son los sujetos legitimados para participar en las elecciones, cómo deben hacerlo, cómo deben dividirse las circunscripciones, entre otras. Consideran que la justicia de dichos procedimientos se encuentra fundada en la maximización de la utilidad que puede generarse en comparación con otros mecanismos, por lo que la utilidad es el criterio para discernir cuál procedimiento democrático es el apropiado<sup>544</sup>.

Dworkin explica que los jueces deben elegir qué argumentos son adecuados para construir una concepción de la democracia y, por ende, concluir con base en ellos cuáles son los mecanismos adecuados. Sostiene que si no pueden acudir a argumentos de aportes, tendrán que recurrir a argumentos utilitaristas, los cuales no pueden desarrollarse sin un juicio sustancial. Y es allí donde se presenta el problema para Ely, ya que para elaborar una concepción de la democracia, independientemente de cuál sea, es necesario realizar juicios morales y políticos, no basta con juicios de forma<sup>545</sup>.

Dworkin explica que Ely se posiciona a favor de los argumentos de aporte, y que su posición sobre la mejor forma de concebir a la democracia reside en entenderla como un conjunto de procedimientos que tienen por fin salvaguardar la liber-

---

<sup>542</sup>Cfr. Idem, p. 85.

<sup>543</sup>Cfr. Idem, p. 86.

<sup>544</sup>Cfr. Idem, p. 86.

<sup>545</sup>Cfr. Idem, p. 87.

tad de expresión para hacer posible la participación política. El profesor enumera una retahíla de argumentos que suelen invocarse relacionados a la democracia y a la libertad de expresión, entre ellos: el *argumento de veracidad* de Mill según el cual existe mayor probabilidad de que la verdad concierne a la mejor forma de organización aflore mediante la posibilidad irrestricta de intercambiar ideas que a través de la censura sobre las mismas. Al mismo tiempo, también menciona el argumento del *valor fundamental* –del mismo pensador– según el cual la libertad de expresión es un presupuesto indispensable para que las personas puedan compartir sus decisiones sobre cuestiones colectivas y desarrollar así la personalidad individual. Y, por último, resalta el *argumento madisoniano*, según el cual, en caso de que la población se encuentre mal informada, la democracia puede volverse auto-destructiva, siendo la libertad de expresión un recurso para evitar que eso suceda<sup>546</sup>.

En este sentido, con respecto al argumento de Madison, Dworkin explica que suele creerse que el mismo se encuentra a favor de la maximización del poder de la población toda, y no de individuos particulares, para elegir a sus gobernantes y luego supervisar la administración responsable. De esta manera, por una parte, la censura menoscaba el poder político del pueblo –por ejemplo, limitando la venta de bibliografía concierne al marxismo–, aunque por otra, puede acrecentar el poder de las mayorías que se encuentran en contra de los estándares del comunismo. Por consiguiente, la protección de la libertad de expresión puede acrecentar el poder del pueblo, permitiendo que se erijan nuevas mayorías y, al mismo tiempo, disminuir el poder de las ya existentes. En esta línea, menciona que si se concibe a la democracia como una forma de gobierno que tiene por objeto dotar a la población con la mayor cantidad de poder político que sea posible en términos de igualdad, lo que no queda claro es cómo desentrañar cuál es el medio adecuado para medir dicho poder político<sup>547</sup>.

Es por eso que Dworkin detalla que la igualdad de poder político, debe estar basada en un argumento de fondo. Por ejemplo, puede consistir en que los miembros deban ser considerados en forma individual de tal manera que tengan las mismas posibilidades que sus conciudadanos para influir en la toma de decisiones políticas –sea mediante acciones como votar, presentarse a elecciones, manifestar sus ideas, entre otras–. Este tipo de propuesta peligra cuando en virtud de una *igualdad para el pueblo en su conjunto* solo se hace posible para los ricos o aquellos que están mejor posicionados políticamente. En este sentido, precisa que se debe

---

<sup>546</sup>Cfr. Idem, pp. 88-89.

<sup>547</sup>Cfr. Idem, pp. 89-90.

tener en cuenta el valor que dichas oportunidades representan, las cuales solo devienen apreciables si es posible que todos los miembros de la sociedad puedan participar con igual consideración y respeto. Situación que acontece cuando los intereses de cada individuo son tenidos como igualmente importantes. Esto requiere que los jueces funden sus sentencias en un criterio sustancial –como la equidad–<sup>548</sup>. Es por eso que Dworkin, a modo de conclusión, expresa:

(...) Si alguien cree que tal legislación trata a las personas como iguales cuando pondera por igual todas sus perspectivas de utilidad sin distinción entre ellas, entonces se valdrá de lo que antes calificué de argumento utilitarista puro para defender la democracia y elegir entre concepciones opuestas de democracia. Si alguien rechaza esta explicación utilitaria del tratamiento igualitario de las personas en favor de alguna explicación que suponga que las personas no son tratadas como iguales a menos que las decisiones legislativas respeten ciertos derechos fundamentales, entonces esto inevitablemente debe afectar su cálculo de cuándo un proceso político ofrece una auténtica igualdad de poder político. Pero esto significa que los jueces responsables de identificar y proteger la mejor concepción de democracia no pueden evitar tomar los tipos de decisiones de moral política que Ely quiere evitar a toda costa: decisiones sobre derechos sustanciales individuales<sup>549</sup>.

### 3.2-La moralidad en los jueces

Dworkin plantea un caso según el cual en una sociedad determinada se aprueban leyes –como de acceso a la educación y trabajos– en contra de grupos minoritarios basadas en prejuicios raciales, de tal manera que las preferencias de la mayoría poblacional se encuentren satisfechas. En este sentido, siguiendo criterios utilitaristas, podría afirmarse –con base en una igualdad aritmética–, que todos los individuos –tantos negros como blancos– son tratados como iguales en cuanto al modo de contar sus preferencias individuales –puesto que todos participan con un voto en la elección de sus representantes–<sup>550</sup>.

Sin embargo, alega Dworkin que es evidente que dichas leyes no tratan a los ciudadanos negros con igual consideración y respeto. El problema reside en determinar en qué teoría de la igualdad deben fundamentarse para expresar que son

---

<sup>548</sup>Cfr. Idem, pp. 91-92.

<sup>549</sup>Idem, p. 93.

<sup>550</sup>Cfr. Idem, pp. 93-94.

discriminatorias. Por consiguiente, se podría expresar que las mismas vulneran intereses fundamentales de las personas de color que tienen un valor intrínseco. Aun así será necesario una teoría que explique por qué tales intereses son fundamentales, por qué no pueden ser sacrificados para promover preferencias generales, por qué se encuentran afectados y, al mismo tiempo, por qué es meritorio que tales intereses sean internalizados y protegidos por derechos<sup>551</sup>.

Dworkin describe que uno de los argumentos para determinar que dicha legislación es discriminatoria, se basa en las interpretaciones de las cláusulas constitucionales concernientes a la igualdad y al debido proceso en virtud de las cuales existen ciertos motivos despectivos que no pueden ser inspiradores de leyes. Uno de esos ejemplos se identifica con los motivos raciales con prescindencia de los efectos que puedan generar. En este caso, la justificación es lo que la hace injusta a la legislación –no la afectación de derechos en sí– y, en definitiva, lo que hace que la revisión judicial sea necesaria<sup>552</sup>.

Para Dworkin, esta conclusión no puede erigirse sin el abordaje de cuestiones de moralidad política. En este sentido, subraya que los jueces tienen la obligación de reconocer que existen determinados derechos que son superiores a la maximización de la utilidad que promueve el voto mayoritario en la sanción de leyes. Por consiguiente, los jueces no pueden reducir su análisis de la legislación a cuestiones procedimentales, sino que también deben abordar aspectos sustanciales. De este modo, garantizar la democracia en el proceso legislativo mediante el cual se sancionan las leyes, requiere que los jueces puedan desentrañar qué derechos tienen los individuos. Por consiguiente, será necesario que se apoyen en una teoría moral, distinta a la meramente utilitarista, que fundamente la razón por la cual la legislación inspirada en prejuicios raciales es contraria a la igualdad. Para esto, será necesario elaborar una teoría basada en la igual consideración y respeto que merecen todos los ciudadanos. Por todo esto, propone abandonar la premisa liminar de Ely según la cual los jueces deben dejar que las mayorías decidan cuestiones sustanciales de moral<sup>553</sup>. En esta línea, señala Dworkin:

La legislación basada en el prejuicio racial es inconstitucional no porque cualquier distinción que emplee la raza como criterio sea inmoral, sino porque cualquier legislación que se pueda justificar apelando sólo a las preferencias de las mayorías sobre cuáles de sus conciudadanos merecen res-

---

<sup>551</sup>Cfr. Idem, p. 94.

<sup>552</sup>Cfr. Idem, p. 95.

<sup>553</sup>Cfr. Idem, pp. 95-96.

peto y consideración, o qué tipos de vida deben vivir sus conciudadanos, niega la igualdad<sup>554</sup>.

En conclusión, Dworkin afirma que para justificar su posición sobre la legislación discriminatoria Ely necesita elaborar una teoría que explique qué derechos tienen los individuos y por qué estos son superiores a los cálculos utilitaristas propios de una mayoría parlamentaria que decide con base en la maximización de las preferencias individuales. Esto necesariamente conlleva a que los jueces revisen el proceso adhiriendo a dicha teoría para fundamentar sus sentencias. Por lo que, en virtud de dicho corolario, termina por refutar la noción de Ely sobre la bifurcación entre los aspectos sustanciales y procedimentales<sup>555</sup>.

#### 4-PROPUESTA ALTERNATIVA

##### 4.1-Propuesta: el foro de principios

Luego de criticar las propuestas –tanto originalista como procedimentalista– contrarias al control judicial de constitucionalidad fuerte en cuestiones sustanciales, Dworkin reconoce que la revisión judicial, irremediablemente conlleva que los tribunales interpreten la Constitución desde un enfoque moral. Por consiguiente, enfatiza que los jueces deben tomar decisiones fundamentadas basadas en principios, decidiendo qué derechos tienen los individuos, en vez de acudir a criterios utilitaristas para promover el bienestar de la población a costa de las minorías<sup>556</sup>.

Dworkin subraya que, la revisión judicial posibilita que los asuntos más relevantes de índole política, sean abordados como cuestiones de principios, tarea difícil de lograr dentro de las gradas del Parlamento. No obstante, resalta que esta característica exige que los debates políticos se desarrollen de una manera seria, con argumentos sólidos, aun antes de que lleguen a la Corte<sup>557</sup>.

Por consiguiente, en aras a circunscribir en dónde reside la legitimidad de los jueces y demostrar por qué dicha institución es de vital importancia para la democracia, explica el procedimiento que deben seguir los jueces en su labor jurisdiccional. Para esto, desarrolla su *teoría de la lectura moral de la Consti-*

---

<sup>554</sup>Idem, p. 98.

<sup>555</sup>Cfr. Idem, p. 99.

<sup>556</sup>Cfr. Idem, p. 100.

<sup>557</sup>Cfr. Idem, pp. 101-102

*tución* que, al mismo tiempo, engloba lo que se conoce como el método interpretativo integrativo, el cual fue esbozado en el capítulo primero.

#### 4.2-La lectura moral de la Constitución

Dworkin explica que la integridad jurídica debe encontrarse reflejada en todas las áreas del derecho y que la piedra angular que sirve como guía es la *interpretación constitucional*. En este sentido, al ser la Constitución la piedra angular de un sistema jurídico los jueces tienen el deber de velar por su defensa y aplicación en aras a proteger los derechos de los individuos. El profesor norteamericano describe que la importancia de la Constitución reside en que contiene los principios fundamentales que sirven de guía a los jueces para resolver sus casos, tanto difíciles como fáciles y, puesto que los mismos se identifican con cláusulas abstractas, es obligación de los jueces interpretarlos para poder aplicarlos en sus casos<sup>558</sup>.

En este aspecto, la lectura moral de la Constitución deviene en uno de los puntos más importantes del pensamiento Dworkiniano puesto que, según cómo el juez interprete la Ley Fundamental, es que construirá sus concepciones de valores y determinará los derechos involucrados en el proceso<sup>559</sup>. En este sentido, Dworkin explica que la lectura moral de la Constitución es una forma particular de analizar la Carta de que invita a los jueces, abogados y ciudadanos a que interpreten –y que luego apliquen– las cláusulas que en ella se encuentran internalizadas y que invocan principios morales abstractos –como la justicia, igualdad y debido proceso–, que tienen por objeto limitar el poder coercitivo del Estado. Por ejemplo, la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos reconoce como principio moral la ilegitimidad del gobierno para controlar lo que un individuo dice o publica. Dicha enmienda fue receptada por leyes generales y también aplicada en sentencias judiciales. Sin embargo, su aplicación suscita controversias con respecto a su alcance en el caso concreto. Por ejemplo, se discute si permite que determinadas leyes prohíban o no la publicación de contenido pornográfico. En este caso los jueces tienen el desafío de decidir cómo dicho principio debe ser entendido en el caso concreto<sup>560</sup>.

---

<sup>558</sup>Cfr. Zambrano, “Objetividad en la...”, p. 300; Cfr. IJ, pp. 74-75. Más precisamente, el profesor explica que la Constitución contiene *conceptos* y, por consiguiente, los jueces deben recurrir a su *lectura moral* –*moral reading*– para construir concepciones que sean adecuadas con la práctica jurídica y coherentes con los demás conceptos reflejados en el cuerpo de la Carta.

<sup>559</sup>Cfr. FL, pp. 363-364; Cfr. JT, p. 157.

<sup>560</sup>Cfr. FL, pp. 2, 7. Explica Dworkin: «A veces utilizaré la frase “Declaración de derechos”, de manera inexacta, para referirme a todas las disposiciones de la Constitución que establecen los dere-

Desde esta perspectiva, el profesor explica que, en relación a la lectura moral de la Constitución, es meritorio preguntarse cuál es la política moral apropiada mediante la cual deben ser entendida las cláusulas constitucionales. Afirma que es común que la respuesta difiera según las convicciones de los jueces. Por ejemplo, los jueces conservadores interpretarán la Constitución desde una perspectiva ceñida a la voluntad de los padres fundadores. En cambio, los jueces con convicciones liberales la interpretarán de una forma más abierta, concibiendo a la Constitución como un documento vivo que debe ser interpretado de tal forma que sea sensible a los cambios acontecidos en la comunidad. Por consiguiente, ante cuestiones concreta, como por ejemplo la pornografía, muy probablemente los primeros se encuentren en contra de la publicación de contenido erótico y los segundo a favor. Sin embargo, advierte que la lectura moral no es algo que se encuentra enmarcado por la lucha dialéctica entre conservadores y liberales. Dworkin, tomando distancia de dicho debate, expresa que lo que importa no es si los jueces deben o no interpretar la Constitución bajo el lente de unas convicciones u otras, sino, más bien, discernir cómo debería efectuarse esa interpretación sabiendo que existen principios imposibles de ignorar y a los que deben acudir para fundamentar sus sentencias<sup>561</sup>.

En esta línea, detalla que mediante la interpretación y la elaboración de las concepciones de los principios y valores fundamentales de la Constitución, propios de su lectura moral, el juez debe determinar cuáles son los derechos y deberes de las partes del juicio. Así, el juez se preguntará, al interpretar las normas jurídicas que regulan la materia del caso en cuestión, cuáles son las exigencias que requiere la moralidad constitucional. En este sentido, siendo la interpretación una actividad argumentativa, tendrá que esmerarse en encontrar las razones que fundamentan su decisión –razones de principios–. Al mismo tiempo, considera que dicha justificación deberá ser coherente con los requerimientos de la práctica institucional y de la historia constitucional<sup>562</sup>.

El profesor detalla que dicha labor interpretativa puede ser llevada a cabo por el Juez Hércules que tiene la capacidad de interpretar toda la historia constitucional, desentrañar los principios constitucionales y elaborar las concepciones atinen-

---

chos individuales, incluida la protección de los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de la Decimocuarta Enmienda y su garantía del debido proceso y la igual protección de las leyes». Idem, p. 7, (la traducción es mía).

<sup>561</sup>Cfr. Idem, pp. 3-4.

<sup>562</sup>Cfr. ZAMBRANO, “La objetividad en...”, p. 301. La lectura moral de la Constitución puede entenderse como aquella que exige interpretar la Constitución en paralelo con la práctica y su historia, en aras a encontrar los principios fundamentales que iluminan todo el ordenamiento jurídico. Cfr. Idem, pp. 299, 307-308.

tes que sean lo más fiel posible a la práctica institucional. Esto le permitirá encontrar la única respuesta correcta para el caso en cuestión. Menciona que un juez como Hércules puede ir de lo general a lo particular sin ningún inconveniente, puesto que el tiempo y la falta de comprensión no lo circunscriben. No obstante, resalta que los jueces del mundo común no se encuentran dotados de dicha capacidad omnímoda, por lo que deberán proceder desde lo particular a lo general, comenzar por examinar los casos más sencillos y claros en donde las concepciones de los valores fundamentales sean nítidas y la determinación de los derechos y obligaciones no encuentran mayores discrepancias. Y, a partir de ello, avanzar en el entendimiento de los casos más complejos en donde el esfuerzo interpretativo para encontrar una única respuesta correcta es mayor. De esta manera, podrá construir una teoría general que permita abordar los valores en cuestión, y así fundamentar su decisión judicial<sup>563</sup>.

#### 4.3-Aporías de los defensores de la democracia mayoritaria

Dworkin menciona que los críticos al control judicial de constitucionalidad fuerte se equivocan al negar la autoridad de los jueces para decidir como última instancia sobre las cláusulas de la Constitución, bajo el argumento de que el poder judicial es antidemocrático. El autor resalta que dicha alegación se debe a la incompreensión sobre lo que es y exige la democracia, la cual no debe identificarse únicamente con el voto liso y llano de las mayorías parlamentarias, sino que, en primer lugar, debe tener en cuenta el trato de igual consideración y respeto a cada uno de sus miembros, en especial, los que pertenecen a las minorías. A su juicio, solo cuando la democracia se concibe de una forma correcta es posible discernir el valor del control de constitucionalidad en sentido fuerte y entenderlo como un mecanismo que fortalece el autogobierno del pueblo<sup>564</sup>.

Dworkin subraya los errores en los que caen quienes rechazan el control judicial de constitucionalidad fuerte:

---

<sup>563</sup>Cfr. Idem, pp. 300-301. Un dato no menor, es que la moral constitucional del pensamiento dworkiniano en virtud de la cual un juez decide sus casos se encuentra caracterizada por pertenecer al paradigma liberal de occidente: por lo que los valores deben entenderse dentro de dicho marco teórico y práctico. Estos se caracterizan por una exaltación del individuo, en particular de sus derechos individuales y morales, que se manifiesta en la posibilidad de lograr una vida buena –fin último de la ética liberal– mediante el tratamiento de igual consideración y respeto de los ciudadanos. Dicha visión, actúa como límite al juez y restringe su discreción al momento de sentenciar, ya que existen determinados valores liberales –la igualdad y la libertad– que no pueden ser soslayados bajo perjuicio de arbitrariedad. Cfr. Idem, pp. 299, 302-303.

<sup>564</sup>Cfr. JE, p. 424.

### CAPÍTULO III: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

a-Las mayorías parlamentarias terminan siendo *jueces en sus propias causas*. Esto se debe a que, ante un caso conflictivo que afecta a todos, tanto a las mayorías como a las minorías, la posición mayoritaria es la que termina imponiendo su voluntad, puesto que es juez y parte del procedimiento parlamentario. Lo cual puede implicar una falta de equidad si no se trata a cada miembro con su debido respeto. Así, las minorías son perjudicadas en sus derechos y no tienen la posibilidad de que las decisiones finales sean revisadas por un órgano externo, neutral y que tenga la potestad de declararlas nulas<sup>565</sup>.

b-La idoneidad de los resultados finales no es un argumento preponderante para contrarrestar la legitimidad del poder judicial. En este aspecto, Dworkin detalla que otra de las razones que suele mencionarse para objetar el control judicial de constitucionalidad en sentido fuerte y, a su vez, defender la interpretación Constitución como *última instancia* y en cabeza del Parlamento se relaciona con la idoneidad de los resultados. Esto es, que en materia de derechos morales el Parlamento tiene mayores posibilidades de arribar a resultados *sanos y mejores*, en comparación con los tribunales. Algunos de los casos más conocidos para defender esta posición se corresponden con la cita de precedentes injustos como *Dred Scott*, *Lochner*, *Bowers*, entre otros. No obstante, el autor menciona que, si bien es cierto que en la historia norteamericana ha habido fallos erróneos, también es cierto que hubo muchos que fueron acertados<sup>566</sup>. Un ejemplo de esto último es el caso *Brown* de 1954 en donde la Corte exigió el establecimiento de la educación integrada en salvaguarda al principio de igualdad, en un momento en el que la mayoría de la comunidad prefería una educación segregada por motivos políticos<sup>567</sup>.

c-Adoptar un criterio de aceptación social para determinar la legitimidad de las sentencias no es una opción respetuosa de los derechos. Dworkin señala que otra crítica contra el ejercicio de control judicial de constitucionalidad en sentido fuerte proviene de los defensores del control judicial de revisión débil. La misma sostiene que los principios en los que se basan las decisiones políticas, para que sean tenidos como correctos, deben descansar en un criterio de aceptación social. Siguiendo esta lógica, en ciertos casos, cuando la Corte emite sentencias que no terminan de ser aceptadas por la comunidad, las mismas se consideran erróneas. Por consiguiente, para morigerar dichos problemas considera que debería existir un diálogo entre los jueces y los representantes de la comunidad. Así, por más que los

---

<sup>565</sup>Cfr. DS, p. 223; Cfr. FL, pp. 363-364.

<sup>566</sup>*Dred Scott v. Standford*, 60 U.S. 393 (1856); *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

<sup>567</sup>Cfr. DS, pp. 227-228, Cfr. FL, pp. 12, 82.

magistrados tomen dediciones racionales, solo aquellas tomadas mediante un proceso político podrán ser estables en el tiempo y asegurar los derechos, ya que serán cumplidas por los ciudadanos. De esta manera, para que los derechos de las minorías sean asegurados, deben surgir de ese proceso en forma natural y no artificiosa. Dworkin indica que este razonamiento, consistente en adoptar un *criterio de aceptación social*, no es más que un argumento disfrazado de escepticismo que niega los derechos de los más débiles bajo el ropaje del interés general<sup>568</sup>.

## II-POSICIÓN EN DEFENSA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD FUERTE –PARTE ESPECIAL–

En el pensamiento dworkiniano la legitimidad del control judicial de constitucionalidad subyace en cómo los jueces deben decidir sus sentencias. Por eso, la presente parte del capítulo tiene por objeto explicar la teoría de la interpretación integrativa del autor en relación con las exigencias de la lectura moral de la Constitución postulada por Dworkin –esto es, desde una perspectiva eminentemente jurídica y no general como se efectuó en el capítulo primero a los fines de indagar sobre sus presupuestos–. A este fin, la presente parte especial se encuentra dividida en dos secciones. En la primera sección, se comenzará por explicar la crítica que el autor efectúa al positivismo jurídico de Hart, a partir de la cual desarrolla los lineamientos fundamentales de su teoría interpretativa –dicha objeción puede analizarse, principalmente, en las obras *Taking Rights Seriously* y *A Matter of Principles*–. En la segunda sección, se describirá el funcionamiento de la interpretación integrativa como herramienta de comprensión y aplicación judicial, la cual se encuentra desarrollada en *Law's Empire* y *Justice for Hedgehogs*.

---

<sup>568</sup>Cfr. DS, pp. 228-229.

SECCIÓN PRIMERA: CRÍTICAS Y RÉPLICAS DE DWORKIN

1-CRÍTICAS A HART

1.1-Punto de partida: objeción a Hart

La teoría del derecho de Ronald Dworkin se encuentra enfocada en el razonamiento judicial, y es concebida como una reacción a los postulados jurídicos del positivista del Hart –quién adhiere a la escuela analítica del derecho, caracterizada por concebir al derecho como una práctica social que debe analizarse desde una perspectiva descriptiva–. En breves palabras, según dicha corriente, el derecho se encuentra integrado por normas positivas que son identificadas en una sociedad en virtud del criterio institucional o pedigrí –también conocido como regla de reconocimiento– que es aplicado por los magistrados para determinar qué debe ser considerado como derecho. Por consiguiente, de la misma manera en la que Hart se rebela contra John Austin por reducir el derecho a mandatos, Dworkin se rebela contra Hart por reducirlo a las normas positivas. Es por eso que, antes de desarrollar los aspectos fundamentales de la teoría de la interpretación jurídica de Dworkin, es meritorio explicar los puntos más importantes del pensamiento jurídico Hart. Esto se debe a que las críticas que Dworkin efectúa contra él son los disparadores que utilizará para construir los cimientos de su teoría de derecho<sup>569</sup>.

En este sentido, Hart detalla que construye su teoría jurídica desde la perspectiva de un observador externo. Su teoría es descriptiva porque evita dar una justificación moral de sus enunciados –por lo que, en este aspecto, también es neutral y avalorativa–. A su vez, es general, porque busca determinar la estructura subyacente en los sistemas jurídicos a lo largo de la historia. Por consiguiente, lo que Hart pretende es diseñar un sistema descriptivo y general mediante un análisis de carácter lógico-empírico de las dimensiones estructurales de los sistemas jurídicos<sup>570</sup>.

Siguiendo esta línea, Hart explica que un sistema jurídico se encuentra integrado por dos clases de normas que se distinguen por la función que cumplen, pero

---

<sup>569</sup>Cfr. DS, pp. 8, 72; Cfr. Luis PRIETO SANCHIS, “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin: comentario al libro de R. Dworkin *Los derechos en serio*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 14 (1985) 353, pp. 356-357; Cfr. Víctor Manuel, ROJAS AMANDI, “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, *Dereito: Revista Xuridica de Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, N° 1 (2005) 93, pp. 93-94.

<sup>570</sup>Cfr. ROJAS AMANDI, “El concepto de...”, pp. 95-96.

que al relacionarse terminan por fundar el concepto del derecho, estas se conocen como normas primarias y normas secundarias. Enseña que las normas primarias son las que «aseguran derechos o imponen obligaciones a los miembros de la comunidad»<sup>571</sup>, es decir, estipulan cuál es la forma de comportarse que es de esperarse que los integrantes de una sociedad sigan ante un contexto determinado –por ejemplo, reglas de moral, reglas de costumbre, normas de derecho penal que prohíben acciones delictivas, entre otras–. En cambio, las normas secundarias son las que «estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar, o extinguir las normas primarias»<sup>572</sup>. Hart clasifica las normas secundarias en tres grupos: reglas de adjudicación –*rules of adjudication*–, reglas de modificación –*rules of change*– y reglas de reconocimiento –*rules of recognition*–<sup>573</sup>.

El autor advierte que cada una de las normas secundarias que describe cumple una función muy importante en la constitución de una sociedad moderna<sup>574</sup>. En esta línea, expresa que las *reglas de adjudicación* determinan la forma que existe para comprobar que una norma primaria ha sido vulnerada, al atribuirle competencia oficial a un órgano determinado para resolver la cuestión ante el incumplimiento. Por otra parte, señala que también se encuentran las *reglas de cambio* que establecen el procedimiento mediante el cual las normas primarias pueden ser modificadas, suprimidas o creadas, caso contrario, las normas cambiarían de una forma más lenta, por ejemplo, a medida que se modifique la costumbre de la sociedad. Por último, indica que existen las *reglas de reconocimiento* que determinan cuáles son los criterios que debe reunir una norma primaria para pertenecer al sistema jurídico y ser considerada válida. En este sentido, si se comprueba que las reglas primarias son producidas de acuerdo a procedimientos establecidos en las reglas secundarias terminarán por formar parte del sistema jurídico<sup>575</sup>.

De esta manera, puede discernirse que existe una relación de interdependencia entre los tres grupos de reglas secundarias mencionadas. Tanto las reglas de cambio como las reglas de adjudicación se encuentran supeditada a la existencia y aplicación de las reglas de reconocimiento, las cuales otorgan validez a las anterio-

---

<sup>571</sup>DS, p. 68.

<sup>572</sup>Ibidem.

<sup>573</sup>Ibidem.

<sup>574</sup>La distinción entre normas primarias y secundarias tiene una importancia relevante en la sociedad. Hart subraya que las comunidades primitivas solo tienen normas primarias, que aceptan como obligatorias, esto implica que no tienen derecho toda vez que no se puede diferenciar las normas jurídicas de las reglas sociales, lo cual es un requerimiento del primer principio del positivismo. En contraste, explica que si una comunidad llega a tener una norma secundaria fundamental, la cual determina cómo deben ser identificadas las normas jurídicas, surge la idea de derecho. Cfr. Idem, p. 70.

<sup>575</sup>Cfr. ROJAS AMANDI, “El concepto de...”, pp. 96-98.

res. Por eso, no es equívoco concluir que las reglas de reconocimiento son las más importantes del sistema jurídico de una sociedad moderna<sup>576</sup>.

Luego de esta breve descripción del pensamiento analítico hartiano pueden explicarse las consecuencias que se desprenden de la concepción de un sistema jurídico positivista construido sobre una base compleja de reglas primarias y reglas secundarias. Por consiguiente, pueden distinguirse las siguientes premisas –que *a posteriori* serán rechazadas por Dworkin–: a-reducción del derecho a normas positivas; b-separabilidad entre el derecho y la moral; c-discrecionalidad judicial.

a-Reducción del derecho a normas positivas: como se explicó recientemente, en el pensamiento jurídico de Hart el derecho queda reducido a un conjunto determinados de reglas –reglas primarias y reglas secundarias– que pertenecen a un contexto específico. Por lo que, sólo podrá comprobarse qué es derecho en virtud de un método de carácter empírico –test de pedigrí– que permite verificar la validez a través de hechos susceptibles de ser captados por los sentidos. Por ende, solo aquellas reglas que superan el test de pedigrí o que son determinadas por la praxis judicial de los tribunales –u otras autoridades competentes– serán consideradas como válidas e integrantes del sistema normativo, quedando apartadas del derecho aquellas normas que no sean positivas<sup>577</sup>.

b-Separación entre derecho y moral: el hecho de que el análisis que realiza el juez sea meramente descriptivo implica diferenciar el *derecho que es* del *derecho que debería ser*. Por consiguiente, Hart plantea la separabilidad entre el derecho y la moral, al igual que Bentham y Austin. Considera que la aplicación de la regla de reconocimiento consiste en un juicio externo sobre el derecho que será identificado como válido, en este sentido, la validez se determina en virtud de factores externos. No interesa su obligatoriedad interna, la cual solo puede ser comprobada por cada individuo y que, por ende, al no ser susceptible de ser verificada mediante la regla de reconocimiento, no forma parte del derecho. Por tanto, la autoridad competente que analiza la validez del derecho debe evitar involucrar su valoración personal y

---

<sup>576</sup>Cfr. Idem, p. 98. Hart explica que mediante la regla de reconocimiento determina qué normas son consideradas como válidas –ejemplo: lo que el rey manda es derecho, la constitución es una regla de reconocimiento–. Enseña que su fuerza obligatoria dentro del sistema jurídico deriva de la aceptación de la sociedad, por lo que su observancia se deduce del modo de actuar de los ciudadanos y, sobre todo, de los funcionarios oficiales. En las sociedades contemporáneas las reglas de reconocimiento se encuentran relacionadas en gran medida con las decisiones judiciales. Cfr. DS, pp. 70-71.

<sup>577</sup>Cfr. ROJAS AMANDI, “El concepto de...”, pp. 101-102.

procurar actuar de una forma neutral, considerando solamente criterios empíricos y objetivos<sup>578</sup>.

c-Discrecionalidad judicial: por último, un corolario que deriva de la reducción del derecho a las normas positivas –dejando de lado todo condimento valorativo que no puede comprobarse por medio de la regla de reconocimiento– es la habilitación por parte del juez a *crear derecho* en forma discrecional por medio de sus sentencias en aquellos casos en donde no existen reglas aplicables de carácter positivo<sup>579</sup>. Explica que este problema se debe a la textura abierta del lenguaje, la cual se identifica con una indeterminación de grado, ya que el derecho se encuentra circunscripto en el centro pero a su alrededor existen áreas de penumbra, en donde los jueces deben decidir los casos a discreción<sup>580</sup>. Por consiguiente, advierte que es imposible conseguir una determinación absoluta del lenguaje *ab initio*, eliminando las sombras, cuando el juez se adecúa las situaciones particulares en las reglas generales<sup>581</sup>.

## 1.2-Contra-argumentos de Dworkin

### 1.2.1-Crítica a la reducción del derecho a normas positivas

La primera crítica que Dworkin efectúa al positivismo es la reducción del derecho a normas positivas. Dworkin manifiesta que este reduccionismo conlleva una concepción sesgada del derecho y para confirmarlo señala un hecho de la realidad: cuando los juristas deliberan sobre cuestiones de derecho, en particular, sobre casos difíciles en los que no hay una norma positiva aplicable al caso, lo que hacen es re-

<sup>578</sup>Cfr. Idem, pp. 102-104.

<sup>579</sup>Cfr. DS, pp. 83-84, 146-147.

<sup>580</sup>Cfr. Raúl MONTOYA ZAMORA, “La Influencia de Dworkin en la jurisprudencia del tribunal electoral” en *Tendencias Contemporáneas del Derecho*, Universidad Libre, N°46 (2017) 183, p. 191.

<sup>581</sup>Cfr. Imer FLORES, “La tesis de la indeterminación moderada de H.L.A. Hart reconsiderada: ¿Entre Escila y Caribdis?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. LXVI, N° 265 (2016) 133, pp. 144-145. Hart explica la textura abierta del lenguaje mediante el siguiente ejemplo: «Una norma jurídica prohíbe introducir un vehículo en un parque público. Esta prohibición rige claramente para un automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿Qué decir de los aviones? ¿Deben o no ser considerados “vehículos” a los fines de la regla? Si hemos de comunicarnos de algún modo con los demás, y si, como es el caso en las formas más elementales del derecho, hemos de expresar nuestras intenciones para que un cierto tipo de conducta esté reglado por normas, entonces es necesario que las palabras generales que usamos —tales como “vehículo” en el supuesto que considero— tengan algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de aquellas. Tiene que haber un núcleo de significado establecido, pero también habrá una penumbra de casos discutibles en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables». FLORES, “La tesis de...”, p. 146.

currir a estándares no positivos a fin de encontrar una respuesta adecuada para resolver los problemas. Por consiguiente, el positivismo hartiano distorsiona la práctica jurídica de los abogados que se desenvuelven en sistemas jurídicos contemporáneos<sup>582</sup>.

En forma anexa, Dworkin objeta que la regla de reconocimiento de Hart que sirve como test de origen para reconocer qué debe considerarse como derecho. Sostiene que es una arbitrariedad identificar las normas jurídicas de un sistema normativo por medio de reglas secundarias. Explica que estas últimas son inadecuadas para identificar normas extra-positivas. Como se advirtió, en paralelo a las normas positivas, también existen directrices que remiten a los objetivos sociales señalados como socialmente beneficiosos, y principios que conciernen a las virtudes de justicia y equidad que forman parte del sistema jurídico, aunque no puedan ser identificados por la regla de reconocimiento. Para demostrar que estas son preceptos de distinta naturaleza, Dworkin remarca algunas distinciones entre principios y reglas. En este sentido, explica que a diferencia de las normas positivas que se aplican de una manera binaria, a todo o nada, los principios otorgan razones suficientes para resolver un caso determinado. Además, señala que los principios no se limitan al modo en que son aplicados, sino que tienen un *peso específico* que determina las condiciones de su aplicación. Sumado a esto, detalla que los principios fundamentan e informan a las normas jurídicas<sup>583</sup>.

En esta línea, a fin de demostrar la incapacidad del positivismo para explicar la resolución de los denominados *casos difíciles*<sup>584</sup>, presenta una serie de casos de jurisprudencia norteamericana. Uno de ellos se conoce como *Riggs v. Palmer*<sup>585</sup>. En este se detalla la situación de un joven que asesina a su abuelo con el fin de recibir la herencia que le correspondería en virtud del testamento que fue legado. La cuestión es que la capacidad de testar se encuentra respaldada por una norma positiva que es el Estatuto de New York, que no plantea ninguna excepción como la no correspondencia de la herencia por cuestiones de inmoralidad. En este sentido, si lo que correspondiese fuese acatar las disposiciones de las normas positivas, sin nin-

---

<sup>582</sup>Cfr. DS, p. 72.

<sup>583</sup>Cfr. Idem, pp. 72-80; Cfr. ROJAS AMANDI, “El concepto de...”, pp. 115-116. En el pensamiento de Dworkin parece que el peso de un principio reside en el apoyo institucional que recibe —su cita en preámbulos, documentos legislativos, en la fuerza persuasiva de los precedentes que se amparan en ellos, en la interpretación que de ellos efectúan los jueces, en definitiva, en cuestiones que no pueden ser resumidas bajo un criterio específico—. Cfr. DS, p. 95; *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889).

<sup>584</sup>Dworkin explica que los *casos difíciles* son aquellos casos en los que existe incerteza debido a que hay una diversidad de normas contradictorias entre sí que llevan a sentencias distintas, o también, debido a que no existe una única norma concreta aplicable al caso. Cfr. DS, pp. 13, 146-147.

<sup>585</sup>Cfr. Idem, p. 73.

gún juicio de valor de por medio, el sobrino se encontraría en todo su derecho de recibir la herencia de su abuelo, aunque la haya obtenido por medios ilícitos. En este aspecto, con basamento en la moralidad, Dworkin adhiere a la postura mayoritaria del fallo y señala que para resolver en forma correcta los adherentes al voto vencedor tuvieron que desentrañar el principio que predica *nadie puede beneficiarse con su propio delito*. Expresa que en este caso el positivismo analítico no podría resolverlo en forma acertada, salvo que acepte alguna de las siguientes vías. La primera, el reconocimiento de que, además de las normas positivas, existen estándares que forman parte del derecho, aunque no se encuentren regulados como las reglas, cuya aplicación puede ser realizada por los jueces para hacer justicia en casos concretos. Admitirlo sería contradecir una de las tesis principales del derecho –*la tesis de las fuentes*– según la cual solo es derecho aquello que sea positivo y supere el test de pedigrí, es decir, el derecho por convención. La segunda, la aceptación de la discrecionalidad judicial en sentido fuerte, y la posibilidad de que los jueces, en caso de laguna axiológica –esto es, que no exista una norma positiva justa para resolver el caso en cuestión–, se encuentren habilitados para sentenciar sin ningún fundamento en ley previa, lo cual sería contrario a la premisa del positivismo según la cual el juez aplica el derecho legislado<sup>586</sup>.

### 1.2.2-Crítica a la discrecionalidad judicial

Dworkin resalta que, según el positivismo hartiano, en caso de lagunas o zonas de penumbra, los jueces deben acudir a la discrecionalidad para brindar una respuesta ante el caso en cuestión. Esto conllevaría un peligro para el sistema jurídico, puesto que los magistrados se convertirían en legisladores por medio de sus sentencias, vulnerando así la división de poderes y el principio de representatividad.

---

<sup>586</sup>Cfr. Ibidem; Cfr. José Juan MORESO, “Bosquejo de Dworkin: La imbricación entre el Derecho y la Moralidad”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 41 (2014) 143, pp. 147-148. Dworkin distingue tres sentidos de discrecionalidad, dos en sentido débil y uno en sentido fuerte. 1- Expresa que en ciertas ocasiones se hace referencia a la discreción en sentido débil para subrayar que la aplicación de ciertas normas que por parte de un funcionario no puede efectuarse en forma mecánica sino que exigen cierto razonamiento, por lo que debe valerse de su propio juicio para aplicar los estándares impuestos –por ejemplo: se le ordena a un sargento que forme una patrulla con los cinco hombres más adiestrados del pelotón, pero deviene dificultoso decidir quiénes serían en concreto–. 2- En otras circunstancias, advierte que se utiliza el sentido débil para afirmar que un funcionario tiene la última palabra para decidir sobre un caso en concreto sin que pueda ser revisada por nadie más –por ejemplo, en el béisbol el segundo arbitro encargado de controlar la segunda base es quien tiene la última palabra para decidir si la pelota o el jugador llegó primero a segunda base–. 3-Y, por último, señala que se llama discreción en sentido fuerte cuando en relación a un problema en concreto, en encargado de resolver no se encuentra sujeto a ningún estándar impuesto por autoridad superior –por ejemplo: que el sargento tenga discreción para formar la patrulla–. Cfr. DS, pp. 84-85.

dad democrático según el cual el pueblo se gobierna por medio de sus representantes. A su vez, advierte que se estaría aplicando el derecho en forma retroactiva. Por otra parte, explica que la discrecionalidad de los jueces también conllevaría un problema de carácter político puesto que los individuos quedarían sometidos al arbitrio de los jueces, lo que sería no tomarse los derechos en serio<sup>587</sup>. En consecuencia, el objetivo de la regla de reconocimiento que sería dotar de certeza al derecho evitando posibles inseguridades derivadas de la utilización de criterios morales deviene ilusorio. Esto se debe a que el juez, al actuar con discrecionalidad debido a la inexistencia de una norma positiva aplicable al caso concreto, actuarían en forma semejante a la de los magistrados del realismo jurídico norteamericano –doctrina seguida por Oliver Holmes y Cardoso– terminando así por fundar sus sentencias en elementos subjetivos como deseos, emociones, entre otros<sup>588</sup>.

### 1.2.3-Crítica a la tesis de la separabilidad

Esta imposibilidad del positivismo para resolver en forma adecuada los casos difíciles deja de manifiesto otro problema: la falsedad de la tesis de la separabilidad absoluta entre el derecho y la moral. En este aspecto, Dworkin advierte que esta separación no se presenta en forma nítida en la práctica jurídica ya que, como se mencionó previamente, los abogados y jueces recurren a criterios morales para fundamentar sus posiciones. Así, por ejemplo, aun en los casos en que no exista una norma concreta aplicable al caso el juez no debe actuar en forma discrecional, sino que, por el contrario, debe seguir estándares de racionalidad, justicia y eficacia<sup>589</sup>. Es aquí que Dworkin subraya que la moral personal es una moneda corriente en el mundo jurídico. Explica que no son sistemas distintos con criterios propios, la moral por un lado y el derecho por el otro, sino que ambos integran un mismo sistema. Así, por ejemplo, los tribunales al resolver sus casos invocan principios morales que aplican en virtud de un razonamiento judicial que depende de un razonamiento moral y, puesto que estos razonamientos se encuentran concatenados, no queda más que discernir la inaplicabilidad de la tesis de la separabilidad. Ambas formas de razonar –y sobre todo en los casos difíciles– no se pueden separar. De este modo, aun el juez que aplica el derecho en forma mecánica, a través de un juicio de subsunción, no está siendo neutral, sino que está construyendo una moral. Se encuentra convencido que esa es la manera correcta de sentenciar, por ende, aplica el de-

---

<sup>587</sup>Cfr. DS, pp. 147-149.

<sup>588</sup>Cfr. ROJAS AMANDI, “El concepto de...”, pp. 109-110.

<sup>589</sup>Cfr. DS, p. 86.

recho como cree que debería hacerse, lo que conlleva realizar un juicio de valor. De esta manera, Dworkin advierte que es imposible escapar del reino de la moral<sup>590</sup>.

Corresponde mencionar que la crítica al positivismo y la aceptación de principios morales en el razonamiento judicial para decidir los casos concretos, no encuadra a Dworkin como un pensador iusnaturalista. Como se mencionó en un principio, el pensador norteamericano no defiende la existencia de un derecho natural, al contrario, rechaza la posición de los realistas morales que defienden la existencia de una metafísica en virtud de la cual hay juicios de valor que son moralmente correctos por naturaleza. Para el profesor el derecho no se funda en una moral objetiva de tinte metafísico que el hombre puede descubrir a través del razonamiento y la evidencia, sino que, por el contrario, adhiere a una moral constructivista como la postulada por Rawls. En este sentido, su razonamiento jurídico y moral se encuentra cimentado en ciertos principios que fundamentan las instituciones, basta mencionar el principio de integridad que constituye el lineamiento liminar que cualquier agente judicial debe seguir para construir sus sentencias en concordancia con todo el ordenamiento jurídico. Por lo que en el pensamiento de Dworkin los jueces construyen la moral mediante la aplicación del razonamiento jurídico al fundar sus sentencias en principios axiológicos<sup>591</sup>.

En conclusión, Dworkin se vale de las deficiencias del positivismo analítico para resaltar problemas que no han sido resueltos y terminan por dejar al descubierto la inexactitud del pensamiento hartiano. Así, impugna la regla de reconocimiento por no considerar la existencia de principios morales; rechaza la discrecionalidad positivista judicial por ser funcional a la arbitrariedad e inadecuada como solución ante la carencia de una norma positiva. A su vez, objeta la tesis de la separabilidad por adolecer de falsedad con respecto a los hechos que acaecen en el mundo jurídico en donde los jueces, en especial en los casos difíciles, deciden con base en normas extralegales. En este sentido, Dworkin postula que estos vicios merecen ser resueltos por medio de una teoría que no se aparte de la praxis jurídica. Considera que la misma debe superar una visión idealista y meramente teórica del derecho, y enfocarse en cómo debe resolver un magistrado sus sentencias, sin caer en la arbitrariedad, en los casos donde no existe una regla concreta y mecánica aplicable.

---

<sup>590</sup>Cfr. JE, pp. 491-495; Cfr. MORESO, “Bosquejo de Dworkin...”, pp. 149-150.

<sup>591</sup>Cfr. DS, pp. 10-11.

## 2-COROLARIOS DE LA CRÍTICA A HART

## 2.1-Importancia de los principios

Una premisa importante en el pensamiento jurídico de Dworkin es que los principios forman parte del derecho<sup>592</sup>. En este sentido, el autor sostiene, por un lado, que los jueces se encuentran obligados a dictar sentencia, aun en los casos difíciles en los que no hay leyes positivas. Y, por el otro, que tanto en los casos fáciles como difíciles deben resolver con base en principios. Así, evitarán actuar con discrecionalidad dejándose llevar por sus propios criterios subjetivos o meramente consecuencialistas<sup>593</sup>.

En esta línea, Dworkin diferencia los principios de las directrices. Explica que un principio es un estándar que debe ser respetado porque así lo exigen los valores de justicia, igualdad y, en definitiva, la moral. Por su parte, una directriz política es un estándar que se identifica con un objetivo de carácter económico o político que redundaría en beneficio para la comunidad<sup>594</sup>. A modo de ejemplo, cita el caso *Henningsen v. Bloofield, Inc.* –Nueva Jersey, 1960–, según el cual Henningsen había comprado un auto mediante un contrato que limitaba la responsabilidad del fabricante a responder por las partes defectuosas del vehículo y, por ende, reemplazarlas en caso que sea necesario. No obstante, dicha responsabilidad no se extendía a los daños que podría ocasionar en la salud del usuario. El actor, como consecuencia de los daños padecidos en su propia salud y en la de otras personas como consecuencia de un accidente automovilístico, demanda al fabricante bajo el argumento que su responsabilidad no podía quedar reducida a las consecuencias inmediatas que se desprenden de la letra del contrato, incluso cuando no exista ley que sea contraria a las pretensiones del fabricante. El tribunal se expide a favor de Henningsen en virtud de ciertos principios, como el principio según el cual el fabricante tiene una obligación especial con sus usuarios y el principio en virtud del cual la libertad contractual debe ser moderada por la equidad para evitar que una parte se aproveche injustamente de las necesidades de la otra. Por consiguiente, la responsabilidad no debe fundarse en un objetivo político como la disminución de los accidentes de tránsito. En este sentido, puede observarse que los principios mencionados enuncian razones que fundamentan la sentencia en una dirección determinada<sup>595</sup>.

---

<sup>592</sup>Cfr. Idem, p. 72.

<sup>593</sup>Cfr. Idem, pp. 148-149.

<sup>594</sup>Cfr. Idem, p. 72.

<sup>595</sup>Cfr. Idem, pp. 73-74; *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 32 N.J 358 (1960).

Dworkin explica que en cuanto a la obligatoriedad jurídica de la aplicación de los principios existen dos modelos: a-los principios son obligatorios y deben ser considerados por los jueces al sentenciar; b-el juez es libre de decidir aplicarlos o no a sus casos. Por consiguiente, explica que el primer modelo trata a los principios como vinculantes, por lo que dejar de aplicarlos cuando el caso lo requiere conlleva una falta de moralidad y subsiguiente arbitrariedad. El segundo modelo, concibe a los principios como una especie de *resúmenes* de la práctica judicial que siguen los jueces cuando necesitan fundar sus sentencias en elementos extrajurídicos. El profesor considera que, dependiendo al modelo que se adhiera, la respuesta que se tenga ante un caso difícil –como el de *Riggs o Henningsen*– diferirá. Así, si se sostiene el primer enfoque, los magistrados deben reconocer derechos e imponer obligaciones mediante la aplicación de normas jurídicas que tienen un carácter obligatorio. En cambio, si se adhiere al segundo modelo en donde no hay principios obligatorios –modelo que siguen los positivistas cuando un caso no puede subsumirse en una norma positiva–, el fabricante de automóviles del caso *Henningsen*, como así también el nieto del caso *Riggs*, serán privados de sus derechos por un acto discrecional del juez que crea una ley –o nuevo precedente legislativo– y la aplica retroactivamente. De este modo, la discusión sobre la obligatoriedad de los principios es de vital importancia y no solo concierne a una cuestión de derechos, sino también democrática que hace a la división de poderes<sup>596</sup>.

En conclusión, ante un caso complejo, el juez debe desentrañar los principios aplicables al caso y discernir cuáles son los derechos y obligaciones de las partes, y no inventar con efecto retroactivo nuevos derechos. Este desafío, como se observará, se encuentra vinculado directamente con la actividad interpretativa judicial<sup>597</sup>.

## 2.2-Argumentos de principios y argumentos políticos

Luego de explicada la necesidad de juzgar con base en principios, Dworkin profundiza en la diferencia entre argumentos de principios y argumentos políticos. Describe que los primeros conciernen a los derechos de los individuos y, más precisamente, a la protección de un interés personal que no puede ser soslayado por la persecución de objetivos colectivos, por lo menos, no en la actividad jurisdiccional cuyo fin es proteger los derechos de los individuos en los casos concretos<sup>598</sup>. En este sentido, Dworkin analiza los derechos y objetivos desde un enfoque teórico-político y los identifica con un denominador común. Precisa que ambos se corresponden con

---

<sup>596</sup>Cfr. DS, pp. 82-83.

<sup>597</sup>Cfr. Idem, p. 146.

<sup>598</sup>Cfr. Idem, p. 152.

*finalidades políticas*, pero que a su vez se diferencian ya que los derechos son finalidades políticas *determinadas* y los objetivos *indeterminadas*<sup>599</sup>.

Explica que ambas finalidades funcionan como fundamentos de las decisiones políticas que se toman. Detalla que afirmar que un individuo tiene un derecho determinado –sea una libertad, recurso o expectativa– conlleva la pretensión de favorecer una decisión política determinada que promueva un estado de cosas que posibilite su disfrute, aunque sea contrario a la concretización de un objetivo político específico. Por su parte, indica que un objetivo político, no requiere un estado de cosas que beneficie un derecho determinado para algún sujeto individualizado, sino que aspira a promover intercambios de cargas y beneficios en la comunidad para producir una mejora general en la misma –por ejemplo: asignación económica hospitalaria por hijo para ayudar a los miembros de comunidades carenciadas y mejorar así la salud comunitaria–<sup>600</sup>. En aras de distinguir con mayor precisión un derecho de un objetivo, explica:

De la definición de un derecho se sigue que no todos los objetivos sociales pueden anularlo. Para simplificar, podríamos afirmar que ninguna finalidad política será un derecho a menos que tenga cierto peso frente a los objetivos colectivos en general; a menos, por ejemplo, que sea imposible derrotarlo apelando a alguno de los objetivos ordinarios y corrientes de la administración política, sino que haya que recurrir a un objetivo especialmente urgente<sup>601</sup>.

Por consiguiente, puede observarse que el profesor es cauteloso al diferenciar los derechos de los objetivos. Afirma que dicha distinción se encuentra sujeta a la función y lugar que la misma ocupa dentro de la teoría política que se utilice para fundamentar las decisiones<sup>602</sup>. Menciona que una teoría de derecho sería debe distinguir dos clases de derechos. Por un lado, los derechos básicos que sirven para justificar las decisiones políticas que se toman en las sociedades concebidas en abstracto. Y, por el otro, los derechos institucionales que justifican las decisiones provenientes de instituciones particulares y concretas. Por eso, también señala que la teoría que se desarrolle debe diferenciar derechos abstractos de derechos concretos –lo que considera una diferenciación de grado–. Detalla que un derecho abstracto se caracteriza porque es una finalidad política de carácter general que no es posible

---

<sup>599</sup>Cfr. Idem, pp. 158-159.

<sup>600</sup>Cfr. Idem, p. 159

<sup>601</sup>Idem, p. 161.

<sup>602</sup>Cfr. Idem, p. 161.

comparar, mediante su peso, con otras finalidades políticas de la misma índole –por ejemplo: el derecho a la igualdad o a la libertad de expresión, entre otros–. Esto se debe a que los derechos abstractos no se encuentran circunscriptos a una situación determinada, sino que adquieren la forma de enunciados generales. En contraste, explica que los derechos concretos se identifican con finalidades políticas que sí son definidas con precisión, pudiéndose discernir su peso, lo que hace posible que sean comparables con otras finalidades –por ejemplo: el derecho de un periódico a publicar estrategias armamentistas de un Estado y el derecho de seguridad de los miembros del ejército–. En dicho ejemplo se necesita un principio para poder armonizarlos como el que permite publicar noticias sobre estrategia militar siempre que no dañen la seguridad de los soldados<sup>603</sup>.

### 2.3-Principios y derechos

Dworkin menciona que los jueces, al decidir sus sentencias, niegan o confirman derechos de carácter concreto. Detalla que estos derechos deben ser institucionales y, más específicamente, jurídicos. Para explicar qué debe entenderse por *derechos institucionales* menciona el ejemplo del ajedrez. En un torneo de ajedrez, un ajedrecista tiene los derechos institucionales que están regulados en las reglas y convenciones del ajedrez. Así, en caso de dar jaque mate a su adversario tiene derecho a que se le dé por ganada la partida. Al ser el ajedrez una institución autónoma ningún jugador podría reclamar algo que no esté expreso dentro de las reglas del juego, puesto que así lo entienden los participantes y, es en virtud de ello, que brindan su consentimiento al comenzar la partida. Dworkin menciona que un fenómeno similar sucede con las leyes que emanan del poder legislativo, aunque advierte que la legislación no es completamente autónoma. Existen leyes que regulan cuestiones sobre cómo los miembros del Parlamento deben deliberar y votar que, sin embargo, no basta para que los ciudadanos puedan discernir en forma inequívoca cuáles son sus derechos<sup>604</sup>.

Siguiendo esta línea, Dworkin subraya que el hecho de que haya instituciones parcialmente autónomas produce una grieta entre los derechos básicos y los derechos institucionales propios de una teoría política, ya que ambos pueden ser discordantes. Explica que la autonomía institucional tiene como consecuencia que adopta su propia moralidad institucional como regla y se aparta de la moralidad política general. Así, por ejemplo, aunque dentro de la moralidad general pueda estar per-

---

<sup>603</sup>Cfr. Idem, pp. 161-162.

<sup>604</sup>Cfr. Idem, pp. 171-172.

mitido que una persona pobre se adueñe de los bienes de una persona rica para cubrir sus necesidades básicas, dentro de la moralidad institucional del ajedrez, quién merece el premio por ganar la partida no es el más pobre sino el que dio jaque mate a su contrincante<sup>605</sup>. No obstante, a pesar de esto, menciona que incluso en una institución autónoma como el ajedrez, será necesaria la interpretación puesto que la autonomía absoluta no impide la existencia de casos difíciles. Por consiguiente, puede suscitarse el caso de que un jugador se burle de otro durante la partida hasta irritarlo, lo cual es una actitud que se encuentra fuera de la ética del juego. El árbitro tendrá que discernir hasta qué punto dicha burla desconcentró a su adversario, analizar qué debe considerarse como irritación, ¿sonreír constantemente al adversario debe catalogarse como burla?, a su vez, ¿dicha burla es causal suficiente para darle la partida como perdida? En este sentido, puede observarse que el árbitro tiene ciertos límites para efectuar su decisión. No puede decidir solo según sus propias convicciones, sino que debe observar las reglas y convenciones institucionales, sabe que dentro de la comunidad de jugadores el ajedrez es considerado un juego intelectual y que la decisión que tome debe resguardar el intelecto de los participantes dentro del torneo<sup>606</sup>. El árbitro, para fundamentar que el ajedrez es un juego intelectual, deberá indagar sobre la actitud y comportamientos de quienes lo practican, en las convenciones que lo regulan y en la historia institucional. Sin embargo, es consciente que las convenciones regulatorias serán insuficientes en determinadas ocasiones debido a su abstracción para dar respuesta a casos difíciles. Por ello, podría preguntarse, para matizar el carácter de *juego intelectual*, si el ajedrez es un juego intelectual que hace lugar a la intimidación psicológica como el póquer o, más bien, si debe ser entendido ajeno a ella como sucede en las matemáticas que se reducen a un razonamiento lógico. Así, se preguntará: ¿cuál concepción del concepto *juego intelectual* es la adecuada? ¿Qué debe entenderse por comportamiento razonable en el ajedrez?

Mediante dicho ejemplo, Dworkin deja entrever la existencia de casos difíciles que requieren recurrir a principios, efectuar una interpretación determinada y desarrollar un ejercicio constructivo para brindar una respuesta adecuada. En palabras del autor, los jugadores tienen derecho a exigir la única respuesta correcta que merece el caso, la cual es fruto del buen discernimiento y juicio del árbitro y requiere una fundamentación en una teoría moral. El árbitro partirá del punto según el cual, cuando los jugadores dieron su consentimiento para formar parte del torneo de ajedrez, consintieron no solo un conjunto de reglas sino también enrolar-

---

<sup>605</sup>Cfr. *Ibidem*.

<sup>606</sup>Cfr. *Idem*, pp. 172-173.

se en un juego que tiene un carácter intelectual. Por tanto, al decidir un caso difícil, analizará las reglas, convenciones, a fin de discernir los principios éticos que enmarcan la actitud de los jugadores y el carácter propio del juego. Por tanto, dilucidar el concepto controversial de *juego intelectual* exige una actitud interpretativa<sup>607</sup>.

#### 2.4- Características de los principios

En aras a explicar el rol de los principios en la labor judicial, Dworkin analiza y responde las críticas que efectúan los pensadores positivistas para fundamentar la discrecionalidad fuerte del juez.

*a-Los principios no son vinculantes porque son elementos extrajurídicos.* Dworkin menciona que los principios forman parte del derecho, como bien se observó en los casos *Riggs v. Palmer* y *Henningsen*, y que en la práctica los jueces acuden a ellos para dirimir sus casos. Sostiene que los principios fundamentan las sentencias judiciales al tiempo que las dotan de legitimidad. Por tanto, los jueces se encuentran obligados a sentenciar en virtud de ellos. Describe que dicha obligación es una cuestión de moralidad política y, no seguirlos, en especial, en los casos difíciles donde existe una textura abierta de las normas positivas, sería contrario a la equidad y reflejo de un accionar discrecional. Así, por ejemplo, un juez puede sentenciar discrecionalmente porque no existe una norma positiva clara y, por consiguiente, decidir que un nieto debe beneficiarse con prescindencia de que haya sido él quien mató a su abuelo, o que los fabricantes de automóviles no tienen una obligación especial con los usuarios por lo que no están obligados a resarcir los daños ocasionados por los defectos de sus productos, lo cual sería arbitrario e injusto<sup>608</sup>.

*b-Los principios no determinan resultados particulares en materia de derecho, incluso cuando sean considerados obligatorios para el juez.* Dworkin considera que dicha crítica es acertada y condice con el funcionamiento de los derechos. Detalla que el problema se encuentra en asemejar los principios a las normas positivas. En este sentido, la norma positiva sí impone un resultado puesto que cuando se suscita un caso y el mismo se adecua al supuesto de hecho que la misma regula, la consecuencia que se aplica se encuentra determinada. Por otra parte, los principios orientan al juez a tomar una decisión en forma no concluyente, y aun cuando los

---

<sup>607</sup>Cfr. Idem, pp. 175-176

<sup>608</sup>Cfr. Idem, p. 88.

jueces no recurran a ellos o se sirvan de unos y no de otros, estos siguen prevaleciendo en el derecho<sup>609</sup>.

*c-Los principios no forman parte del derecho porque su autoridad y peso son discutibles.* Dworkin es consciente que los principios no tienen un peso ni una autoridad determinada, a diferencia de las reglas positivas cuya validez o invalidez es manifiesta. Sin embargo, sostiene que el peso o autoridad de los principios no se encuentra indeterminado. Esto se debe a que la aplicación de un principio puede fundamentarse a partir de su anclaje en la práctica institucional o en la historia judicial y legislativa, sin que exista un único criterio que sirva como prueba inequívoca. En última instancia, discernir el peso de un principio es una cuestión de juicio que puede estar afectado por el desacuerdo. Advierte que dicha afirmación y modo de procedimiento de un juez que sentencia en función de principios está lejos de ser discrecional, puesto que debe satisfacer las exigencias de la equidad, las leyes y el ordenamiento judicial en su aspecto vertical y horizontal<sup>610</sup>.

Por último, Dworkin señala que en caso de que no se reconozca la obligatoriedad de los principios en la toma de decisiones judiciales, es imposible sostener la obligatoriedad de determinadas normas positivas<sup>611</sup>. Indica que es común en la práctica jurídica de los EEUU e Inglaterra que los jueces resuelvan sus casos sin aplicar normas positivas legisladas. Más bien, subraya que en ocasiones las normas legales se encuentran sujetas a sucesivas interpretaciones y reinterpretaciones, aun más allá de la voluntad de los legisladores que las sancionaron. Por consiguiente, resalta que si los magistrados pueden modificarlas mediante juicios morales e interpretaciones subsiguientes, esto significa que las mismas no son vinculantes para ellos. Sin embargo, subraya que los positivistas saben que hay estándares que son obligatorios para los jueces y que establecen límites que explicitan cuando un juez puede apartarse de la norma legal ya establecida o, en su defecto, modificarla. Caso contrario, estas no serían viables porque podrían ser fácilmente dejadas de lado<sup>612</sup>. Dworkin describe que en ciertos casos el juez puede cambiar una norma jurídica en forma legítima. Así, por ejemplo, cuando el cambio es exigido por un principio que lo justifique –en *Riggs*, el principio de que nadie puede beneficiarse por el delito cometido justificaba una interpretación nueva del Estatuto de New York–. No obstante, advierte que deben considerarse ciertos estándares que le impidan apartarse de las normas que

---

<sup>609</sup>Cfr. *Idem*, p. 89.

<sup>610</sup>Cfr. *Idem*, p. 90.

<sup>611</sup>Cfr. *Ibidem*.

<sup>612</sup>Cfr. *Idem*, p. 91.

protegen el *statu quo* –por ejemplo, la *doctrina de la supremacía legislativa* se identifica con una serie de principios que requieren al juez el respeto de las leyes; y la *doctrina del precedente* establece el seguimiento coherente de las decisiones judiciales previamente establecidas—<sup>613</sup>.

En esta línea, Dworkin establece que hay tres principios que inspiran y dan sentido a un sistema jurídico, que ningún juez puede ignorar: los principios de equidad, debido proceso, justicia e integridad.

a-Equidad: consiste en que el juez, al momento de decidir sus sentencias, debe tratar en forma semejante los casos semejantes, reconociendo en la equidad la fuerza gravitacional que tiene el precedente en su decisión, y no tomando decisiones aisladas como si fuese un arquitecto independiente. Es aquí la importancia de fundamentar sus decisiones con base en argumentos de principios y no en argumentos políticos. Esto se debe a que sólo las sentencias basadas en argumentos de principios –y, en última instancia en la equidad– pueden ejercer una fuerza gravitacional sobre las sentencias futuras<sup>614</sup>. Dworkin resalta que la equidad no sólo reside en cómo un juez debe juzgar sus casos, sino también, a nivel estructural, en cómo está distribuido en el sistema político y las responsabilidades de los funcionarios, lo cual ejerce límites a las decisiones que un juez puede tomar –así, por ejemplo, las cuestiones políticas son propias del poder legislativo y ejecutivo—<sup>615</sup>.

b-Debido proceso: exige que los procedimientos mediante los cuales los jueces toman sus decisiones deben ser adecuados a las exigencias de la justicia. Al mismo tiempo, indica que los procedimientos deben estar preestablecidos en leyes competentes que garanticen la objetividad y la certeza en cada una de sus etapas. Dworkin explica que, en la esfera de un juez, los procedimientos deben ser adecuados para hacer cumplir las leyes del sistema político. Esto implica que deben respetar la supremacía legislativa, el reconocimiento de la influencia del precedente, las prácticas de la historia legislativa y el principio de prioridad local<sup>616</sup>.

c-Justicia: se erige como un principio sustancial que complementa la equidad y el debido proceso otorgándoles una dimensión moral. En este sentido, en una democracia asociativa y constitucional como la propuesta por Dworkin, es importante que el uso de la fuerza coercitiva del Estado sea suministrado a través de procedimientos, que no se reduzcan a una equidad formal, sino que tengan por objeto tra-

---

<sup>613</sup>Cfr. Idem, pp. 91-92.

<sup>614</sup>Cfr. Idem, pp. 185-186; Cfr. IJ, p. 124.

<sup>615</sup>Cfr. IJ, pp. 80, 124, 282, 284.

<sup>616</sup>Cfr. Idem, p. 124,

tar a los ciudadanos de una manera dignificante. Así, los actos institucionales que tienen por objeto materializar la justicia deben tener una sola voz: el trato igualitario que ennoblece la dignidad. En última instancia el derecho como integridad persigue un fin último, hacer justicia en ciudadanos de carne y hueso<sup>617</sup>.

d-Integridad: aparte de los principios precedentes que funcionan como guía en la decisión del juez, otorgando al mismo tiempo fundamento a sus sentencias, hay otro principio que funciona como soberano de los demás, el principio de la *integridad política*. Este exige que las decisiones de los agentes del Estado se tomen con base en concepciones armoniosas de principios, incluso cuando haya discrepancias entre los agentes y ciudadanos sobre cuáles interpretaciones deben ser consideradas correctas. También exige que el Estado actúe con una única voz en las decisiones políticas que se tomen de tal manera de tratar a todos los ciudadanos con la igualdad que merecen. En este sentido, el ideal de la integridad adecúa y orienta las concepciones que se construyan de la justicia, equidad y debido proceso, para que todas confluyan bajo un solo propósito e imbuyan de coherencia a las decisiones institucionales<sup>618</sup>.

## 2.5-La importancia de las leyes y el precedente

En aras a desentrañar cómo un juez debe actuar para dar respuesta a los casos difíciles Dworkin utiliza una estrategia explicativa: imagina un juez filósofo, llamado Hércules, dotado de habilidades sobrehumanas en lo que concierne a erudición y perspicacia. Dicho juez, como bien se mencionó con anterioridad, es capaz de comprender los pormenores del sistema jurídico en su completitud y construir una teoría general que integre una forma de concebir la legislación, los precedentes y la Constitución que le permita arribar a una respuesta correcta. Hércules, al igual que todo juez competente, conoce y acepta las normas jurídicas de su jurisdicción; reconoce el poder que tiene la legislación para crear y extinguir derechos y obligaciones, y es consciente que debe adecuar sus decisiones a las leyes y precedentes de los tribunales superiores<sup>619</sup>.

En este sentido, el profesor enseña que, a su vez, para poder dar una respuesta fundada a los casos que se le presentan el juez debe elaborar una *teoría de la Constitución*. Exigencia que explica mediante un ejemplo que plantea la existencia de un conflicto entre una Constitución escrita que establece la invalidez de toda le-

---

<sup>617</sup>Cfr. Idem, pp. 124, 162.

<sup>618</sup>Cfr. Idem, pp. 124-125.

<sup>619</sup>Cfr. DS, p. 177.

gislación que estipula una religión como oficial, y una ley que regula la gratuidad del transporte escolar para niños que cursan sus estudios primarios en instituciones parroquiales. El juez Hércules debe decidir si dicha ley otorga o no predilección a una religión determinada y, más concretamente, si los niños tienen derecho al transporte no arancelado. Explica que el juez mitológico haría bien en comenzar por preguntarse cuál es la razón por la que la Constitución crea y extingue derechos y obligaciones y, también, por qué ciertos derechos básicos como el derecho a salvarse mediante la práctica de un culto religioso no deviene en un derecho legal. De este modo, encontrará que, en primer lugar, la Carta Magna regula un esquema de principios mediante los cuales los ciudadanos organizan sus vidas y que, por ende, la falta de legislación de dicho derecho básico como un derecho institucional se debe a una razón de equidad. Por tanto, el desafío de Hércules consistirá en discernir cuál es en verdad ese esquema de principios que la Constitución regula, para lo cual, como se indicó, deberá diseñar una teoría constitucional que lo disponga.

En este sentido, pueden encontrarse dos enfoques distintos que subyacen en una teoría de la Constitución, Dworkin los plasma mediante un ejemplo concerniente a la religión. El primero, entiende como incorrecto que el Parlamento promulgue una ley con preferencia para determinados cultos porque generaría una tensión en la sociedad –es decir, una teoría basada en las consecuencias–. La segunda, entiende como básico el derecho a la libertad religiosa y establece que el trato preferencial a un culto determinado es inadecuado –es decir, una teoría basada en principios–. Dworkin postula que Hércules debe tomar su decisión analizando las normas constitucionales y las prácticas que siguen dichas normas para discernir cuál de las dos teorías es la correcta en el marco del esquema propio de la Constitución. Tendrá que desentrañar la significancia de un concepto controversial, preguntarse: qué es la libertad religiosa y, asimismo, si ésta exige que los niños que estudian en una parroquia puedan acceder a un transporte gratuito que es pagado mediante los impuestos de todos los ciudadanos. Por consiguiente, la respuesta que brinde el juez va más allá de adecuar el caso a las normas constitucionales, sino que también se extiende sobre cuestiones de filosofía política y moral<sup>620</sup>. Explica Dworkin:

De manera que Hércules se ve llevado por este proyecto a un proceso de razonamiento que se parece mucho al proceso del árbitro ajedrecístico escrupuloso. Debe organizar una teoría de la Constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese

---

<sup>620</sup>Cfr. Idem, pp. 177-178.

esquema de gobierno, lo mismo que el árbitro de ajedrez se ve llevado a elaborar una teoría del carácter de su juego. Debe enriquecer esa teoría refiriéndose alternativamente a la filosofía política y a los detalles institucionales. Debe generar teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos del esquema y poner a prueba las teorías en función de la institución global. Y cuando el poder de discriminación de la prueba se agote, debe elaborar los conceptos controvertidos de que se vale la teoría triunfante<sup>621</sup>.

En esta línea, corresponde mencionar que aparte de una teoría de la Constitución, el profesor también resalta la necesidad de elaborar una teoría de la autoridad de la legislación. En este sentido, puesto que la redacción de la ley es amplia y, a veces, ambigua. La misma debe poder explicar las razones por las cuales las leyes tienen el poder de alterar los derechos. Esto también exige preguntarse, a nivel constitucional, por qué los miembros del Parlamento que fueron elegidos democráticamente, se encuentran legitimados para tomar decisiones colectivas en aras de determinar qué conducta debe ser considerada como incriminatoria y restringir así derechos básicos de las personas. Lo anterior supone indagar sobre la responsabilidad de los legisladores, dilucidar los argumentos políticos –como la necesidad de ejercicio de una coacción federal sobre dichos delitos y no estatal– y argumentos de principios –relacionados a la restricción de la libertad de tránsito bajo determinadas condiciones que condicen con el tipo delictivo– que llevaron a los representantes a sancionar dicha ley<sup>622</sup>.

Por otra parte, en adición a una teoría de la Constitución y la legislación, Dworkin subraya la necesidad de elaborar una teoría del precedente. En este sentido, explica que puede haber casos difíciles que no se encuentren legislados. Por tanto, solo mediante el derecho consuetudinario, basado en las decisiones previas de los tribunales, podría llegarse a vislumbrar una posible respuesta que reconozca el derecho de alguna parte a una sentencia favorable. En este sentido, explica que las decisiones previas que se expliquen sobre circunstancias semejantes al caso en cuestión ejercen una fuerza gravitacional para los próximos casos<sup>623</sup>.

Dworkin destaca que si bien los magistrados reconocen la fuerza del precedente, es muy común que existan desacuerdos entre ellos sobre la forma de interpretar las normas jurídicas y los principios que postulan. A su vez, dichos principios también deben ser reconocidos como tales y aplicables al caso que se pretende

---

<sup>621</sup>Idem, p. 179.

<sup>622</sup>Cfr. Idem, pp. 179-181.

<sup>623</sup>Cfr. Idem, p. 182.

resolver. Sin embargo, resalta que los jueces, incluso en la incertidumbre, no tomarán una actitud independiente, sino que se esmerarán por justificar sus sentencias basándose en decisiones anteriores de otros jueces. Menciona que dicha característica los diferencia de los legisladores que, en general, deciden su voto sobre algún proyecto de ley con base en cuestiones de política, sin tener la obligación de demostrar que su decisión es coherente con las de sus colegas o legisladores pasados<sup>624</sup>.

Dworkin menciona que las leyes no tienen la fuerza gravitacional que tiene el precedente judicial y subraya que la fuerza de estos últimos puede ser mayor. Explica que dicha fuerza se fundamenta en la equidad que consiste en tratar los casos semejantes en forma semejante. Es por eso que, haciendo referencia al caso *Spartan Steel*, en el cual la parte actora, con base en precedentes judiciales, demanda el pago de daños y perjuicios que van más allá de las consecuencias inmediatas:

Si el gobierno de una comunidad ha obligado al fabricante de motores de automóviles defectuosos a pagar daños y perjuicios a una mujer que resultó herida a causa del defecto, entonces este hecho histórico debe ofrecer, por lo menos, alguna razón para que el mismo gobierno exija a un contratista que ha causado perjuicio económico por el mal trabajo de sus empleados que compense la pérdida resultante. Podemos poner a prueba el peso de esa razón, no preguntándonos si el lenguaje de la decisión anterior, adecuadamente interpretado exige que el contratista pague daños y perjuicios, sino planteándonos una cuestión diferente: si es equitativo que el gobierno, tras haber intervenido en el primer caso en la forma en que lo hizo, rehúse su ayuda en el segundo<sup>625</sup>.

En este sentido, Dworkin menciona que el juez Hércules, que tiene los conocimientos y herramientas suficientes para llegar a la respuesta correcta, no tardará en arribar a dos conclusiones nucleares. La primera, que la equidad es la única justificación propicia en la práctica consuetudinaria del precedente. La segunda, que la fuerza gravitacional del precedente se limita a los argumentos de principios que se utilizaron en las decisiones anteriores y servirán para fundamentar el caso a resolver. Por eso, haciendo referencia a este último punto, si el precedente judicial que sirve de base justificadora se encontrase basado en argumentos políticos, dicha decisión no impondría una fuerza gravitacional sobre los casos semejantes y subsiguientes. Esto se debe a que los argumentos políticos, propios de los legisladores y a veces asumidos por los jueces, carecen de coherencia y no están apoyados en la

---

<sup>624</sup>Cfr. Idem, pp. 184-185.

<sup>625</sup>Idem, p. 186; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, 1 Q.B. 27 (1973).

equidad. Resalta que estos más bien persiguen metas colectivas. Por consiguiente, Hércules, al analizar la fuerza gravitacional de los precedentes para decidir sus casos, solo considerará los argumentos de principios, pues son estos argumentos legitimantes<sup>626</sup>.

De este modo, Dworkin explica que la fuerza gravitacional del precedente, se encuentra basada en argumentos de principios. Por lo que el desafío del juez es discernir qué conjunto de principios justifica los precedentes, de una manera adecuada con la equidad, para que puedan ser aplicados al caso que se intenta resolver. Enfatiza que Hércules debe esmerarse por construir una red de principios, tanto abstractos como concretos, que justifique de una manera congruente la aplicación de los precedentes de la práctica judicial y las normas constitucionales y legislativas<sup>627</sup>.

A fin de lograr un esquema coherente de principios señala que es menester distinguir un ordenamiento horizontal de uno vertical. Por consiguiente, enseña que el ordenamiento vertical encuentra su base en los distintos grados de autoridad que existen en la jurisdicción. Así, las decisiones de la Corte Suprema se encuentran por encima de las decisiones de los tribunales inferiores. En cada nivel Hércules tiene el deber de justificar los principios que utiliza teniendo en cuenta que sean coherentes con la justificación de los principios de las decisiones superiores. Por su parte, con respecto al ordenamiento horizontal, al no haber una jerarquización de niveles sino una homogeneidad, el juez también debe elaborar decisiones que sean coherentes con los principios que justifican las decisiones del mismo rango; es decir, con la de los tribunales que se encuentran en idéntico nivel<sup>628</sup>. En este esfuerzo por buscar la coherencia total en las decisiones, considerando los principios del ordenamiento vertical y horizontal para evitar la arbitrariedad al decidir casos difíciles, puede observarse la diferencia más nítida entre el pensamiento de Dworkin y las escuelas escépticas y positivistas. Explica el autor:

Hércules no seguirá aquellas teorías clásicas de la adjudicación que ya he mencionado, que suponen que un juez sigue las leyes o precedentes mientras mantienen una dirección clara, y que cuando la pierden queda en libertad de actuar por su cuenta. La suya es más bien una teoría sobre lo que requiere la ley o el precedente mismo, y, aunque naturalmente en la formulación de ese juicio se reflejarán sus propias convicciones intelectua-

---

<sup>626</sup>Cfr. DS, pp. 186-188.

<sup>627</sup>Cfr. Idem, p. 189.

<sup>628</sup>Cfr. Idem, pp. 190-191.

les y filosóficas, se trata de una cuestión muy diferente de suponer que dichas convicciones tienen alguna fuerza independiente en su argumentación por el sólo hecho de ser suyas<sup>629</sup>.

## 2.6-Necesidad de una teoría de los errores

Dworkin menciona que en su tarea argumentativa por fundamentar los casos difíciles con base en principios, Hércules debe enfrentar dos desafíos. El primero, al construir una red de principios debe decidir qué peso otorgarles a los argumentos de los precedentes que ejercen una fuerza gravitacional sobre el caso a decidir. Para eso no debe olvidar que la fuerza de los argumentos subyace en la equidad, y que los mismos no influyen solamente en la resolución de su caso, sino también en las decisiones que se tomarán en casos semejantes; lo mismo sucederá con los argumentos que postule en su caso una vez que lo resuelva<sup>630</sup>. El segundo, debe tener la prudencia suficiente para reconocer que no todos los elementos de la historia institucional deben ser considerados a fin de lograr una congruencia total. Esto se debe a que no es posible desentrañar un conjunto de principios en virtud de los cuales se pueda armonizar en forma perfecta las leyes y precedentes del sistema que se encuentran relacionados con el caso a resolver. En este sentido, Hércules es consciente que a lo largo de la historia ha habido jueces y legisladores dotados de una capacidad precaria para comprender y resolver las cuestiones de derecho, que se dejaron influenciar por ideologías y creencias poco serias. Por esta razón, en algunos casos han recurrido a principios equivocados y clasificaciones de elementos jurídicos erróneas, de tal manera que las justificaciones de los casos fueron desacertadas<sup>631</sup>.

Por ejemplo, en caso de que el juez Hércules tenga que decidir un caso como *Spartan Steel*, no podrá recurrir a principios que limitan la acción de la parte afectada a las consecuencias que fueron previstas en el contrato en caso de defectos en la cosa vendida. Tampoco podrá recurrir a las leyes de responsabilidad de daño por accidente que priven a la parte actora del derecho a exigir atención y cuidado por los daños padecidos en su salud y bienes; o que los reduzcan a una suma fija y determinada de dinero sin tener en cuenta las circunstancias personales y las del hecho en cuestión. Hércules no puede basarse en dichos antecedentes para dictar sentencia sin que esta devenga en inequitativa<sup>632</sup>.

---

<sup>629</sup>Idem, p. 192.

<sup>630</sup>Cfr. Idem, p. 192.

<sup>631</sup>Cfr. Idem, p. 194.

<sup>632</sup>Cfr. Ibidem.

Es por eso que Dworkin propone la necesidad de elaborar una *teoría de los errores institucionales*, la cual debe comprender dos aspectos: 1-debe ser capaz de demostrar los efectos que producirá para argumentos posteriores el hecho de considerar como erróneo algún elemento de la historia institucional; 2-debe ser capaz de prescindir de los eventos innecesarios, tanto en su número como en su carácter<sup>633</sup>.

Describe que para desarrollar el primer aspecto Hércules tendrá que efectuar dos distinciones. La primera, relacionada a la autoridad del evento institucional en juego, a fin de poder observar las consecuencias que origina en virtud de su posible fuerza gravitacional. En este sentido, detalla que si el evento es considerado como un error, este no pierde la autoridad que le es propia aunque queda carente fuerza gravitacional, por lo que no podrá servir para casos posteriores. La segunda, deberá distinguir los errores engastados de los errores corregibles. En este sentido, detalla que los *errores engastados* se caracterizan porque su autoridad subsiste aunque pierdan su fuerza gravitacional; a diferencia de *los errores corregibles* que se caracterizan porque la autoridad de los mismos se encuentra supeditada en forma inevitable a la existencia de su fuerza gravitacional; por tanto, el error deja de subsistir en caso de perder dicha fuerza. Así, como ejemplo de un error engastado, en caso de que Hércules declare inadecuada una ley que niega la indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los vicios que se encuentran en los productos de los fabricantes, la misma seguirá teniendo autoridad, pero no tendrá fuerza gravitacional, por lo que no se recurrirá a dicha ley para argumentos posteriores. Por el contrario, si un caso jurisdiccional en virtud de dicha ley rechaza la indemnización de daños y perjuicios para el demandante, entonces tal decisión devendrá en un *error corregible* y quedará reducida a un fósil jurídico, sin ningún valor e inapropiada para ser utilizada<sup>634</sup>.

Dworkin menciona que con respecto a la segunda parte de la teoría de los errores se le exige al juez que elabore una justificación detallada de la práctica del precedente. Como se indicó, advierte que la misma debe consistir en una red de principios que pueda servir para la totalidad de las decisiones legislativas y judiciales. Debe poder explicar por qué la misma es mejor o más adecuada que otras teorías que incurren en el error. A dicho efecto, el profesor considera que la equidad entendida dentro de la comunidad en cuestión, como fundamento general del precedente, es preponderante en la historia institucional. De esta manera, las decisiones que antes cumplían con los parámetros de equidad pero que en un futuro dejaron de hacerlo es un rasgo vital para calificar las decisiones erróneas y las teorías

---

<sup>633</sup>Cfr. Idem, p. 196.

<sup>634</sup>Cfr. Idem, pp. 196-197.

que las fundamentan. Al mismo tiempo, explica que Hércules debe considerar si los eventos institucionales cumplen con los parámetros de moralidad política propios de la comunidad. Esto es así porque por más un principio sea aceptado popularmente, si el mismo es injusto; como consecuencia, el argumento de equidad que lo fundamentaba devendrá inválido para decisiones futuras<sup>635</sup>.

## 2.7-Convicciones y moralidad

Dworkin especifica que una tesis de derechos contiene un aspecto descriptivo y un aspecto normativo. El aspecto descriptivo concierne a la estructura de la adjudicación judicial –por ejemplo, el juez que decide sus casos debe identificar los diferentes elementos jurídicos involucrados, como directrices, reglas y principios, al tiempo que debe observar la composición horizontal y vertical del sistema judicial y su relación con la legislación–. El aspecto normativo, concierne a la justificación de la adjudicación judicial, el cual consiste en brindar sentencias que respeten los derechos institucionales y se encuentren fundadas en argumentos de principios, de tal manera que cumplan con las exigencias de la justicia<sup>636</sup>.

El profesor describe una objeción que es contraria al aspecto prescriptivo, más precisamente, que pone en tela de juicio el poder normativo del magistrado para resolver los casos. En este sentido, arguye que cuando un juez decide y fundamenta sus casos –los cuales conciernen a cuestiones de moralidad política– lo hace en virtud de convicciones y preferencias individuales, las cuáles pueden variar dependiendo de quién sea juez de turno. Por lo que dicha crítica desestima la posibilidad de que exista una única respuesta correcta y pone en duda la legitimidad del juez para decidir sus casos<sup>637</sup>.

A modo de respuesta, Dworkin explica que hay dos formas en la que un juez podría recurrir a sus convicciones personales para fundamentar un caso. En primer lugar, podría forjar sus convicciones apelando a las creencias populares de la comunidad sobre lo que es o no correcto. O, también, podría actuar como un escéptico en cuestiones de moralidad y desinteresarse de las mismas por considerar que no existe una opinión que sea más preponderante que las demás. En segundo lugar, el juez podría considerar sus convicciones de una manera distinta, confiando en la ve-

---

<sup>635</sup>Cfr. *Idem*, pp. 197-198.

<sup>636</sup>Cfr. *Idem*, p. 199.

<sup>637</sup>Cfr. *Ibidem*

racidad de las creencias que la fundan y, tratando de armonizarlas, para lo cual será necesario una teoría de la adjudicación<sup>638</sup>.

Para explicar lo anterior contrasta dos formas diferentes de elaborar una decisión judicial: la del juez Herbert y la del juez Hércules. Una forma de proceder es la señalada por la *jurisprudencia clásica* según la cual, al decidir los casos, el juez circunscribe los límites de las exigencias derecho concreto y, acto seguido, sentencia en forma discrecional sobre aspectos que el derecho no especifica recurriendo a sus propias convicciones –sean que estén fundadas en la opinión de las mayorías o en un escepticismo moral–. Otra forma es la de Hércules, personaje que procede de una manera diferente. No comienza por circunscribir los límites del derecho concreto en juego para luego apelar a sus convicciones y rellenar los vacíos. Más bien, determina los derechos de las partes mediante su propio juicio, que deriva de su interpretación de los materiales institucionales y reflejan la moralidad de la comunidad. Hércules sabe que sus convicciones pueden ser erróneas para sentenciar porque divergen de las tradiciones que fundamentan al derecho que debe aplicarse. Por tanto, elige, por un momento, dejarlas de lado, siendo dicha decisión un juicio moral. Sin embargo, Hércules también es consciente que seguir la moralidad popular al tomar una decisión puede ser contrario a la justicia –por ejemplo, porque vulnera un derecho fundamental–. En dicho caso lo que hará será discernir por qué la moralidad popular es incongruente con la moralidad constitucional –y no la comparará con su moralidad personal puesto que se encuentra sujeta a un error consciente–. En última instancia, Hércules buscará que se respeten los principios que fundamentan y sostienen a las instituciones. Por consiguiente, tratará de defender el derecho institucional fundamentado en la moralidad constitucional auténtica de la comunidad contra cualquier amenaza por más popular que sea<sup>639</sup>. Explica Dworkin:

La teoría de la adjudicación de Hércules no estipula en ningún momento elección alguna entre sus propias convicciones políticas y las que él considera convicciones políticas de la comunidad como tal. Por el contrario, su teoría identifica una concepción particular de la moralidad comunitaria como decisiva para los problemas jurídicos; esa concepción sostiene que la

---

<sup>638</sup>Cfr. Idem, p. 201.

<sup>639</sup>Cfr. Idem, pp. 202-203, 207. Menciona Dworkin con respecto a la moralidad comunitaria: «La moralidad comunitaria, en lo referente a estos problemas por lo menos, no es una especie de suma o combinación o función de las afirmaciones concurrentes de sus miembros; es, más bien, lo que cada una de las afirmaciones concurrentes afirma ser. Cuando Hércules confía en su propia concepción de la dignidad, en el segundo sentido de “confiar” que distinguimos, todavía está confiando en su propio sentido de lo que estipula la moralidad comunitaria». Idem, p. 206.

moralidad comunitaria es la moralidad política que presuponen las leyes y las instituciones de la comunidad. Por cierto, Hércules debe confiar en su propio juicio para saber cuáles son los principios de dicha moralidad, pero esa forma de confianza es la segunda forma que distinguimos, que en algún nivel es inevitable<sup>640</sup>.

En conclusión, Dworkin deja de manifiesto que cuando el juez resuelve los casos judiciales –sean fáciles o difíciles– debe determinar los derechos de las partes y fundar su decisión en argumentos de principios –apelando a la justicia, la equidad y el debido proceso–. Sabe que para eso debe construir concepciones de los conceptos que se encuentran vinculados –como podría ser la dignidad o la democracia, entre otros– para lo cual apelará a sus convicciones más profundas y a la moralidad institucional. De este modo, la teoría de la adjudicación que Dworkin propone mediante la figura idealizada del juez Hércules se encuentra vinculada con una teoría de la interpretación integrativa y, al mismo tiempo, con una teoría de la moralidad política que ayude a desentrañar el significado de los conceptos en juego. Así, podrá encontrar la única respuesta correcta.

## SECCIÓN SEGUNDA: HACIA UNA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

### 1-PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Luego de explicados los presupuestos generales del pensamiento jurídico de Dworkin, la pregunta que queda por desentrañar es: ¿cómo debe decidir sus sentencias el juez Hércules? La respuesta: el juez debe decidir sus casos aplicando la teoría de la interpretación constructiva, cuyos lineamientos generales ya fueron abordados a lo largo del capítulo. Por tanto, para terminar de explicarla solo queda vincular los elementos descriptos en los epígrafes precedentes a fin de que sea posible comprenderla de una manera coherente y completa. En esta línea, los postulados nucleares que integran la teoría de la interpretación dworkiniana que se trata de conectar, son los siguientes:

I-La estructura de árbol de la moral: el derecho es una rama de la moral política. Al mismo tiempo, la moral política es una rama que desciende de la moral per-

---

<sup>640</sup>Idem, p. 203.

sonal. Y, por último, la moral personal es una rama que se desprende de una teoría general sobre lo que significa vivir bien<sup>641</sup>.

II-La independencia metafísica del valor: hay valores objetivos que prescindan de la existencia de partículas morales y de las preferencias personales, lo que conlleva a objetar las concepciones esgrimidas por el realismo moral y el escepticismo en relación a la moral –la importancia de este corolario reside en discernir que la moralidad política depende de la interpretación y que la interpretación depende del valor–<sup>642</sup>.

III-El desacuerdo teórico: existen desacuerdos entre los miembros de una sociedad sobre cómo entender los distintos conceptos morales y políticos. Estos desacuerdos conciernen a los fundamentos que hacen que una determinada concepción sea compartida y tomada como verdadera<sup>643</sup>.

IV-Los conceptos interpretativos: estos designan un valor que el intérprete debe desentrañar. Las personas pueden comprenderlos y, por ende, coincidir y discrepar con respecto a ellos, porque comparten las prácticas y experiencias sociales en la que dichos conceptos aparecen<sup>644</sup>.

V-El aspecto procedimental: la teoría de la interpretación se cimienta sobre un procedimiento a seguir que permite construir concepciones de los conceptos interpretativos, de tal manera que se fortalezcan recíprocamente y parezcan verdaderas en sí mismas. Mediante este procedimiento se trata de atribuir un propósito a un objeto – práctica social– para lograr del mismo la mejor versión del género al que pertenece. Las etapas del método interpretativo son tres: preinterpretativas, interpretativa y postinterpretativa<sup>645</sup>.

VI-Responsabilidad del intérprete: la responsabilidad moral es la epistemología del pensamiento dworkiniano. Toda vez que la interpretación es argumentativa, el intérprete debe dar razones que fundamenten el *modus operandi* seguido en la construcción de las distintas concepciones y, al mismo tiempo, debe demostrar que

---

<sup>641</sup>Cfr. JE, pp. 20, 151. Dworkin explica que «la moral es un sector del valor, una dimensión de la convicción sobre lo que debe ser». Afirma que las personas tienen convicciones sobre lo que es bello y lo que es vivir bien. Asimismo, distingue varios sectores que conciernen a la moral: «la moral personal de la moral política y la moral de la obligación, lo correcto y lo incorrecto, de la moral de la virtud y el vicio». Idem, p. 151.

<sup>642</sup>Cfr. Idem, p. 24.

<sup>643</sup>Cfr. Idem, pp. 21-24, 206-210.

<sup>644</sup>Cfr. Idem, pp. 21, 201; Cfr. JT, pp. 21-22.

<sup>645</sup>Cfr. JE, pp. 167-168; Cfr. IJ, pp. 57-58; Cfr. LIFANTE VIDAL, “La teoría...”, pp. 42-43; Cfr. KRESS, “The interpretative...”, p. 840.

dichas concepciones se encuentran fundadas en argumentos morales –argumentos de principios–. En este sentido, el intérprete debe aspirar a la verdad en la construcción de sus concepciones, la cual también es carácter interpretativo, ya que la verdad es argumentativa. Por ende, para que las concepciones sean verdaderas éstas deben estar interconectadas de tal forma que se interpelen entre sí. Es por esto que en el pensamiento dworkiniano la integridad es el nervio de la responsabilidad<sup>646</sup>.

VII-Convicciones morales del intérprete: el intérprete no puede prescindir de sus convicciones más profunda al momento de construir las concepciones de los conceptos involucrados. Sin embargo, sus convicciones no pueden ser arbitrarias, es necesario que las transforme en un filtro denso que sea reflejo de una coherencia valorativa entre ellas. Dicho filtro debe ser lo suficientemente eficaz para contener las presiones rivales que derivan de la biografía personal –intereses políticos, egoísmos, preferencias, emociones, entre otros–<sup>647</sup>.

VII-La dignidad humana: es el concepto interpretativo más importante y se encuentra fundamentado en los principios interconectados de autorrespeto y autenticidad. Las concepciones de los diferentes valores políticos y morales no pueden ser contrarias a ella bajo peligro de devenir en arbitrarias. Por ende, la dignidad humana otorga unidad y coherencia a cada concepción que se construye y, en definitiva, solvencia a la sentencia del juez<sup>648</sup>.

Mediante los próximos epígrafes se tratará de explicar, en forma pormenorizadas, la vinculación que existe entre los apartados precedentes.

### 1.1-Unidad entre derechos y moral

Hay una afirmación que es central para comprender en profundidad qué es el derecho para Dworkin: *el derecho es una práctica social interpretativa*. Para poder entender sus pormenores, en primer lugar, es necesario discernir el significado de una afirmación que la precede:

La moral en general tiene una estructura de árbol: el derecho es una rama de la moral política, que a su vez es una rama de una moral personal más

---

<sup>646</sup>Cfr. JE, pp. 129-131.

<sup>647</sup>Cfr. Idem, p. 140; Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en la...”, p. 293.

<sup>648</sup>Cfr. JE, pp. 243-244; Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para...”, pp. 363-364.

general, y esta, a su turno, es una rama de una teoría aún más general de lo que es vivir bien<sup>649</sup>.

Estas palabras de Dworkin son iluminadoras para discernir qué entiende el autor por derecho, su naturaleza y, en definitiva, cómo un juez debe aplicarlo. Su punto de partida es que el derecho y la moral no son sistemas diferentes sino que ambos conforman un mismo y único sistema. El derecho se desprende de la moral. Y es en este aspecto en donde la crítica de Dworkin al positivismo de Hart, más precisamente, a la tesis de la separabilidad, adquiere sentido, puesto que la objeción a la misma se encuentra vinculada con una forma de concebir al derecho. Para el profesor norteamericano el derecho está integrado por elementos no necesariamente positivados –como los principios– que los jueces utilizan para resolver sus casos. Al mismo tiempo, esta primera consecuencia se encuentra acompañada de una segunda, ya que al tener el derecho una dimensión moral, los derechos de las personas no se reducen a aquellos que se encuentran explícitamente legislados, sino que también existen derechos morales. Los mismos protegen intereses legítimos de los individuos y los jueces deben velar por su cumplimiento. Dichos derechos conformarían la causa teleológica que legitima al control de constitucionalidad fuerte y que exige al juez una forma determinada de proceder para satisfacerla.

En esta línea, conviene recordar que para Dworkin la moral no es de carácter metafísico, según la cual existen hechos morales que son correctos en sí mismos y otros que no, que el juez debe discernir al sentenciar como si hubiese una fuerza externa o partículas con determinadas características que imprimen el carácter de verdad en los juicios valorativos<sup>650</sup>. Por otra parte, también rechaza la visión de la corriente opuesta; es decir, la de aquellos pensadores que niegan la metafísica y se consideran excépticos de la moral. Esto se debe a que la consideran como una cuestión meramente subjetiva y arguyen que los juicios morales del juez se identifican con expresiones de preferencias o emociones individuales<sup>651</sup>. Dworkin, por el contrario, rechaza ambas posiciones y considera que la moral es de carácter objetiva, pero no se trata de una objetividad que descansa en una ontología específica sino, más bien, en argumentos sólidos. De este modo, propone una moral de carácter argumentativo en donde la interpretación adquiere una importancia

---

<sup>649</sup>JE, p. 20.

<sup>650</sup>Cfr. Idem, pp. 24-26.

<sup>651</sup>Cfr. Idem, p. 23.

preponderante. En palabras del autor: «el reino de la moral es el reino del argumento, no del hecho crudo y bruto»<sup>652</sup>.

Explicado lo anterior se entiende la naturaleza de la moral en el pensamiento dworkiniano: «(...) la moral política depende de la interpretación y que la interpretación depende del valor»<sup>653</sup>. Por consiguiente, para Dworkin la moral pertenece al reino del valor, el cual es un reino objetivo e independiente de postulados axiomáticos. En otras palabras, la moral y el reino del valor están intrínsecamente relacionados, puesto que según el autor la moral se va construyendo mediante la actividad interpretativa que se consume en juicios morales sobre valores –valores que son objetivos y cuya objetividad descansa en la integridad–. Esta integridad se percibe en las concepciones que el juez contruye de conceptos –valores y principios–, las cuales de fortalecen entre sí y forman una red axiológica interconectada. Por esta razón Dworkin sostiene que la unidad del valor reside en la integridad.

## 1.2-Integridad en la interpretación

En esta línea, Dworkin recurre a una fábula griega para explicar la idea que constituye el corazón de su pensamiento filosófico: *la unidad del valor*. Explica que según el poeta Arquíloco –a quién se le reconoce la autoría de la fábula empleada– el zorro conoce muchas cosas a diferencia del erizo que solo conoce una, aunque realmente importante, *el erizo conoce la grandeza del valor*. Según la visión del profesor norteamericano, los zorros serían aquellos filósofos que niegan –o ignoran– la existencia de valores objetivos –por ejemplo, los pensadores adherentes al escepticismo arquimediano–. Al mismo tiempo, también derrama abundante tinta contra los positivistas, quienes se caracterizan por ignorar la existencia del valor, dejándolo afuera de sus postulados centrales. Por lo tanto, cuestiones como la justicia no tienen asidero en el desafío por discernir qué debe entenderse como derecho. El culto a la norma positiva de los positivistas hace que olviden los valores que subyacen en todo sistema jurídico. Los positivistas se cubren los ojos para no ver las espinas del erizo pero éstas se hacen sentir en la actividad jurisdiccional<sup>654</sup>.

En este sentido, Dworkin considera que *hay una verdad por conquistar*<sup>655</sup>: el intérprete de la moral, cuando elabora las concepciones de los valores, busca que

---

<sup>652</sup>Idem, p. 27.

<sup>653</sup>Idem, p. 22.

<sup>654</sup>Cfr. Idem, p. 15.

<sup>655</sup>Cfr. Idem, p. 34.

sean auténticas. Esta verdad es de carácter argumentativo y se logra mediante el ejercicio del *razonamiento moral*. Este es el modo que tiene un intérprete o juez de decidir sus sentencias, por medio de la coherencia de principios. Es por eso que Dworkin, cuando analiza qué es el derecho en *Law's Empire*, construye una teoría de la interpretación que, a su vez, engloba una teoría de la objetividad moral. Porque, toda vez que el derecho deriva de la moral, la práctica interpretativa es inherente al derecho y forma parte del mismo, lo define. Por consiguiente, para dotar de practicidad al derecho y poder comprender cómo un juez debe decidir sus sentencias es necesario explicar los pormenores de dicha teoría.

Así, como se mencionó, el profesor norteamericano detalla que su teoría de la interpretación hace honor al *valor de la unidad*. Explica que su método interpretativo puede concebirse como una puerta de acceso al contenido de los diferentes conceptos políticos y morales que forman parte de un sistema jurídico. Estos conceptos tienen en común que son de carácter interpretativo, por lo que pueden variar de sociedad en sociedad y pueden ser comprendidos entre sus ciudadanos porque éstos comparten la práctica, la cultura y hasta la forma de concebirlos. Sin embargo, también detalla que los mismos son objetos de discrepancias, puesto que no existe un criterio específico o una especie de ADN natural para discernir en forma inequívoca lo que significan. Todos invitan a la elaboración de interpretaciones, pero solo existe una que es mejor que las demás y que puede adecuarse a las exigencias de la práctica social.

En esta línea, en *Law's Empire* explica la integridad del derecho. Destaca que al resolver un caso difícil el juez debe interpretar la ley y los precedentes en forma integral, teniendo en cuenta argumentos de principios –no meramente políticos–, antecedentes históricos y las distintas concepciones de valores pertenecientes a la misma familia del valor que se encuentra en tela de juicio<sup>656</sup>. En *Is Democracy Possible Here* expone la importancia de la democracia y describe que esta debe entenderse respetando el derecho de igual consideración y respeto de sus miembros. Una democracia de este tipo debe entenderse como asociativa y debe ser interpretada a la luz de los valores de la libertad y la igualdad<sup>657</sup>. Por otra parte, en *Justice for Hedgehogs* detalla cómo debe entenderse la dignidad humana, la cual se encuentra cimentada sobre los principios fundamentales de respeto y autenticidad. De esta manera, advierte que ningún concepto se explica por sí mismo, caso contrario se caería en una circularidad, por tanto, el intérprete debe esforzarse por encontrar

---

<sup>656</sup>Cfr. IJ, 132-133, 137-139.

<sup>657</sup>Cfr. DP, pp. 167-176.

argumentos desde otros valores hermanos para poder construir así concepciones auténticas de los valores comprometidos<sup>658</sup>.

A su vez, desde un enfoque pedagógico, Dworkin señala que el éxito de las grandes ideas filosóficas se debe al empleo de metáfora originales que ayudan a explicarlas –por ejemplo, *la alegoría de la caverna de Platón* o *el velo de la ignorancia de Rawls*, entre otras–. Siguiendo esta misma huella, formula su propia metáfora para explicar el núcleo de su teoría general de la interpretación, la cual se conoce como: *cápsula geodésica o red interconectada de valores*<sup>659</sup>.

De esta manera, enseña que los conceptos deben interpretarse unos a la luz de otros como si formasen una red interconectada o cápsula geodésica<sup>660</sup>. Deben interpretarse en forma íntegra –no aisladamente como postula Isaiah Berlin–, de tal modo que las concepciones que se construyan de ellos se fortalezcan entre sí, al igual que lo hacen las virtudes de la valentía y la templanza en el pensamiento aristotélico. El profesor norteamericano destaca que la integración es una condición necesaria para llegar a la verdad, ya que es mediante la representación del valor de la unidad que se otorga coherencia y fundamento a las distintas concepciones que componen el entretejido complejo de valores<sup>661</sup>. De este modo, haciendo alusión al mito griego, enfatiza que es importante evitar el *síndrome de Procusto* que, como su nombre lo indica, hace alusión a un personaje de la mitología que tenía la extraña costumbre de amputar o estirar los miembros de sus huéspedes para que encajen a la perfección en el lecho nupcial. En este sentido, Dworkin quiere explicar que la integridad en la interpretación no conlleva efectuar una unidad precaria en donde no existe ninguna lógica viable, sino que las concepciones deben parecer correctas desde un enfoque integral y holístico<sup>662</sup>.

---

<sup>658</sup>Cfr. Idem, p. 130.

<sup>659</sup>Cfr. JT, p. 179; Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para...”, pp. 368-369.

<sup>660</sup>Cfr. JT, p. 179; Cfr. JE, p. 28.

<sup>661</sup>Cfr. JE, p. 154.

<sup>662</sup>Cfr. Idem, p. 20. Este desafío interpretativo formulado por Dworkin es comparable al método del equilibrio reflexivo de John Rawls aunque con diferentes matices. Dicho filósofo político planteaba una integridad entre convicciones concretas y abstractas del valor de la justicia, proponiendo una interacción entre distintos principios, aunque en forma jerárquica. Así, por ejemplo, postulaba una prioridad léxica entre la libertad y la igualdad en beneficio de la primera, estrategia a la que Dworkin no adhiere toda vez que en su teoría de la interpretación no existen valores que estén por encima de otros, sino que todos deben interpretarse en condición de igualdad y en forma armónica. Sin embargo, esto no quita su simpatía con la existencia de ciertos principios fundamente que estructuran todo el sistema –que en el caso de Dworkin serán el autorrespeto y la autenticidad–.

## 1.3-Derecho como práctica interpretativa

Para Dworkin el derecho no es algo estático, no es simplemente un conjunto de principios, reglas y directrices, sino que también es la respuesta a preguntas como: de dónde surgen, qué hacemos con ellos y cómo los aplicamos. Es por eso que, según el autor, el derecho es dinámico, es una *práctica social interpretativa* en la que participan en forma activa una diversidad de agentes con diferentes roles – como ciudadanos, jueces, juristas y legisladores– que realizan actos de carácter interpretativo mediante los cuales le asignan un sentido a la misma<sup>663</sup>.

El profesor menciona que dicha práctica reúne cuatro características: es social, constructiva, anti-escéptica y creativa. En este aspecto, corresponde detenerse sobre las mismas:

a-Es *social* porque son las personas en conjunto las que comparten las prácticas en las que aparecen los conceptos interpretativos –morales y políticos– y tratan de resolver desacuerdos genuinos sobre cuál es la mejor interpretación que puede hacerse de ellos. Los miembros de la sociedad forjan en forma progresiva su personalidad, su forma de pensar y actuar, en virtud de las interpretaciones que efectúan de valores sociales como la justicia, la igualdad, la democracia, entre otros. Es por eso que en las obras de Dworkin puede apreciarse que la comunidad crea por medio de su práctica al derecho; es allí en donde la persona del autor y del intérprete se confunden, siendo en la labor judicial donde su análisis adquiere un sentido práctico, puesto que es el juez quien trata de desentrañar los límites de la práctica y elaborar las concepciones de derecho a la luz de aquella, estudiando las sentencias de los demás jueces –en sentido vertical y horizontal– y la legislación pertinente<sup>664</sup>.

b-Es *constructiva* porque la práctica es construida a lo largo del tiempo y en lugar determinado, por un conjunto de individuos que participan en ella en forma activa; es decir, mediante determinados actos efectuados con convicción –con conocimiento y aceptación de que lo hecho tiene un valor–. De esta manera, la práctica se desarrolla a través de actos de autoridad como sanción, promulgación y aplicación de leyes –como podrían ser las sentencias de los jueces–, y también mediante actos de obediencia de los ciudadanos a dichas normas jurídicas<sup>665</sup>.

---

<sup>663</sup>Cfr. IJ, pp. 11, 47, 281, 284; Cfr. ZAMBRANO, "Objetividad en la...", pp. 284-285.

<sup>664</sup>Cfr. IJ, pp. 11, 47; Cfr. ZAMBRANO, "Objetividad en la...", p. 285.

<sup>665</sup>Cfr. IJ, pp. 49, 53, 56, 57; Cfr. ZAMBRANO, "Objetividad en la...", p. 286.

c-Es *creativa*. Lo es por dos razones. En primer lugar, porque los actos concretos que realizan los protagonistas de la práctica social derivan de juicios valorativos; es decir, no son consecuencia de la aplicación de un silogismo de subsunción u otro procedimiento mecánico, sino que los agentes toman decisiones en virtud de sus convicciones más profundas y en ejercicio de una actitud interpretativa<sup>666</sup>. En segundo lugar, porque la interpretación *es el relato de un propósito*, una interacción permanente entre el objeto y su propósito, que consiste en analizar el objeto a interpretar –la práctica social– como lo haría un artista, como si la práctica social fuese una obra de arte que es producto de la indagación incansable de un conjunto de visiones, temas y sentidos que la distinguen y singularizan. Esta búsqueda de sentido es el norte de la interpretación, no son las causas sino los propósitos lo que importa. Para Dworkin la interpretación se encuentra orientada a analizar los propósitos que son impuestos a un objeto para tratar de explicarlo en su mejor versión posible, respetando el paradigma que lo enmarca<sup>667</sup>.

d-Es *anti-escéptica*. El intérprete sabe que hay una verdad que desentrañar, es decir, una única respuesta correcta a dilucidar. Dworkin subraya que, ante un desacuerdo genuino, es meritorio diferenciar entre la existencia de dicha verdad y la posibilidad de demostrarla, puesto que si esta diferencia se ignorase y no se pudiese probar la existencia de una única respuesta correcta, luego la verdad no existiría. No obstante, la realidad es que debe existir una verdad, caso contrario nadie se esmeraría en interpretar qué es lo correcto o cual es la mejor versión de práctica en cuestión. La interpretación descansa en convicciones y actos interpretativos que forman la práctica social. En este sentido, la verdad no puede verificarse mediante un método científico que indique qué es la justicia o qué es lo correcto, sino que cuando se trata de crear concepciones de valores interpretativos, la verdad descansa en el reforzamiento mutuo y, en última instancia, en la responsabilidad moral que caracteriza al intérprete cuando trata de desentrañar la mejor respuesta posible mediante un análisis ordenado de sus propias convicciones y la construcción de concepciones auténticas<sup>668</sup>.

En conclusión, actividad interpretativa integral constituye el núcleo esencial del derecho entendido como práctica social interpretativa. Dworkin denomina esta concepción como el *derecho como integridad*, y no la reduce a discernir cómo surge el derecho, sino que también observa cómo el derecho es aplicado por los jueces y obedecido por los ciudadanos. En definitiva, se sostiene que el derecho es fruto de

---

<sup>666</sup>Cfr. ZAMBRANO, "Objetividad en la...", p. 286.

<sup>667</sup>Cfr. IJ, p. 166.

<sup>668</sup>Cfr. ZAMBRANO, "Objetividad en la...", pp. 296-298.

actividades tanto de creación, como de aplicación y obediencia. Esta es la diferencia más preponderante que existe con el positivismo canónico. El positivismo evita indagar sobre las convicciones de los participantes de la práctica jurídica y en el porqué de su acatamiento o desobediencia<sup>669</sup>.

#### 1.4-La interpretación en tres etapas

Dworkin postula que los actos interpretativos, en especial, aquellos que son propios de los jueces y se identifican con una sentencia que materializa la única respuesta correcta, tiene un itinerario de creación; es decir, el juez sigue un determinado proceso para que los mismos sean consecuencia de una actividad interpretativa auténtica. En dicho proceso tienen lugar, en forma simultánea –no seriadas–, determinadas etapas que se consuman en juicios valorativos. Etapas en donde, al principio, hay un grado de convergencia entre los participantes de la práctica que disminuye a medida que se avanza<sup>670</sup>.

a-Etapa pre-interpretativa: el intérprete trata de desentrañar cuáles son las exigencias que pertenecen a la práctica jurídica. De esta manera, identifica los elementos materiales que circundan al objeto que se pretende estudiar –clase de reglas, normas, costumbres, entre otros–. En este sentido, Dworkin realiza una analogía con la interpretación literaria para comprender el propósito que se busca al indagar sobre la práctica jurídica, ya que el desafío del intérprete literario, salvando la distancia, consiste en discernir si el objeto, llámese *Estudio Escarlata* de Conan Doyle, se identifica más con el género policial o con el fantástico, lo que implicará que se utilicen herramientas y criterios diferentes que permitan un mejor estudio. A tal fin, menciona que también es muy importante identificar el paradigma compartido en el que debe enmarcarse la interpretación, porque aunque en la práctica existan discrepancias sobre cuál es la concepción adecuada de un valor determinado, lo cierto es que el paradigma es lo que hace posible que pueda comprenderse a su mejor luz, haciendo posible distinguir la veracidad o falsedad de los desacuerdos que giren en torno a la misma. En definitiva, es el paradigma el que enmarca a los conceptos en tela de juicio y establece los límites de la interpretación que deben respetarse.

En esta línea, el profesor detalla que el paradigma se encuentra integrado por ciertos requisitos que forman parte de la práctica social que es objeto de estudio, sin los cuales la misma no podría desarrollarse. Estos cambian a lo largo de la his-

---

<sup>669</sup>Cfr. IJ, pp. 289-290.

<sup>670</sup>Cfr. Idem, p. 58; Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en la...”, pp. 286-287.

toria, provocando cambios en los paradigmas y, por ende, en la práctica social, lo cual es una consecuencia del efecto dinámico que distingue a las relaciones sociales. Así, por ejemplo, en un contexto determinado constituía un acto de cortesía saludar a una mujer con un beso en la mejilla o en su defecto en la mano, pero puesto que con el tiempo aumentaron las enfermedades virósicas, la forma de saludar cambió, fue remplazada por una inclinación de cabeza a una distancia mínima de cincuenta centímetros. De este modo, el beso pasó a ser una falta de respeto porque implica no tener consideración de la salud de la dama. Por consiguiente, la forma de expresar respeto, requisito indispensable de la práctica de la cortesía, cambió en dicha comunidad. En esta línea, puede observarse cómo los paradigmas tornan adecuada a la interpretación. Las concepciones que se construyan y no respeten los elementos fundamentales de los paradigmas serán consideradas arbitrarias<sup>671</sup>. Es por eso que Dworkin expresa: «toda comunidad posee paradigmas de derecho, proposiciones que en la práctica no pueden objetarse sin sugerir corrupción o ignorancia»<sup>672</sup>, y a reglón seguido indica:

Los jueces piensan en el derecho pero dentro de la sociedad y no fuera de ella; el medio intelectual general, así como también el lenguaje corriente que refleja y protege dicho medio, ejerce restricciones prácticas sobre la idiosincrasia y restricciones conceptuales sobre la imaginación<sup>673</sup>.

En conclusión, el juicio pre-interpretativo consiste, por una parte, en determinar los elementos materiales y el género al que pertenece el objeto a interpretar –por ejemplo, discernir si son normas jurídicas, científicas o religiosas–. Por la otra, desentrañar los requisitos propios del paradigma que otorga forma a la interpretación y engloba a la práctica social bajo análisis.

b-Etapa interpretativa: en esta etapa el desafío del intérprete consiste en atribuir una serie de propósitos al objeto de estudio –a la práctica social–. Para ello, trata de desentrañar las razones que hacen que la práctica devenga legítima y racional –es lo que se conoce como *juicio de justificación*–. Al mismo tiempo, este juicio se encuentra orientado, es decir, pretende que la justificación general de la práctica analizada ofrezca una explicación fiel y aceptable de la misma –es lo que se conoce como *juicio de encaje*–. Por tanto, dicha meta funciona como límite, como el novelista que tiene que escribir un capítulo de una novela ya comenzada que debe resultar armónico con el pasado, pero al mismo tiempo integral y coherente con

---

<sup>671</sup>Cfr. IJ, pp. 62, 64.

<sup>672</sup>Idem, p. 72.

<sup>673</sup>Idem, p. 75.

los capítulos subsiguientes. Si bien a fines explicativos es conveniente dividir ambos juicios, la realidad es que es un único juicio, un mismo acto que podría resumirse en un juicio de carácter justificativo y fidedigno con la práctica en cuestión<sup>674</sup>.

Es meritorio indicar que, trasladadas dichas explicaciones al caso concreto de un juez que debe fundamentar su sentencia, éste no se preguntará por las motivaciones especiales que impulsaron a los Padres Fundadores a redactar la Constitución. Tampoco se detendrá a indagar sobre las intenciones particulares de los legisladores que sancionaron la ley que regula el caso a resolver. Esto se debe a que, según Dworkin, dicha proeza es una tarea inconmensurable: no está claro si hay que atender a las intenciones de los que votaron a favor de la misma o solo de los que votaron en contra o, en definitiva, a las motivaciones del grupo mayoritarios – considerando a los individuos en forma conjunta–. Por otra parte, también es complejo discernir qué motivaciones deben ser consideradas relevantes y cuáles no – algunas pueden ser de conveniencias, otras religiosas y otras morales–. El autor explica que el intérprete que considere al derecho como integridad se preguntará por los fines de la práctica en su conjunto a la luz de sus convicciones personales y, es en virtud de ello, decidirá fundamentar su decisión. Son las razones que hacen a la práctica valiosa las que el intérprete tratará de desentrañar<sup>675</sup>.

En la elaboración de la única respuesta correcta, tanto en la justificación como en la adecuación de la misma al caso en cuestión, hay una exigencia imprescindible que el juez debe respetar: la coherencia. En este sentido, el juez debe decidir su sentencia dentro de los límites del paradigma presente –paradigma liberal democrático–, en virtud del cual debe entender al derecho no como una identificación directa con el uso de la fuerza, sino más bien como un uso racional de la fuerza que trata con igual consideración a todos los ciudadanos y tiene por objeto ordenar sus conductas para el logro de una vida buena. De igual modo, el juez también tiene como exigencia la adecuación de su decisión no solo a una dimensión jurídica vertical –lo que los jueces de otros niveles han sentenciado con anterioridad– sino también horizontal –lo que los jueces de su mismo nivel han sentenciado–, lo cual marca una de las características fundamentales del precedente, hay una tradición judicial que da sentido a su decisión y que también postula los límites que no puede vulnerar. Y, por último, su sentencia debe estar fundamentada en argumentos de principios –equidad, debido proceso y justicia–, debe tratar de desentrañar los principios legitimantes mediante una lectura moral de la Constitución. Esta no puede estar basada en argumentos políticos o pragmáticos, no puede actuar en forma ar-

---

<sup>674</sup>Cfr. Idem, p. 58.

<sup>675</sup>Cfr. Idem, pp. 55-57.

bitraria como haría un positivista en caso de no encontrar una ley positiva aplicable<sup>676</sup>.

c-Etapa post-interpretativa o reformadora: en esta el intérprete, luego de asignar un conjunto de propósitos al objeto de estudio –según el género al cual consideraba pertenecer–, debe analizar los efectos que tiene lo estudiado y decidido en la práctica real, en aras a cerciorar cuál es la mejor forma de realizar dichos propósitos. Esto le exige desarrollar una actitud interpretativa constante puesto que, aun cuando los juicios de justificación y encaje hayan sido adecuados en un principio, estos pueden estar sujetos a error y pueden merecer modificación. Esto se debe a que en el mundo de las relaciones humanas no existen prácticas sociales ni paradigmas estáticos<sup>677</sup>. Así, por ejemplo, haciendo alusión a *Les Misérables* de Victor Hugo, puede citarse el caso de un juez positivista que debe condenar a un sujeto por incurrir en hurto con fractura, en casa habitada y en horas nocturnas. Así, si en virtud de su interpretación del hecho y la ley sancionatoria, y luego de efectuado los correspondientes juicios de justificación y encaje el juez lo condenase a cinco años de prisión, puede ocurrir que en un juicio post-interpretativo observe que su interpretación no se adecúa a la realidad de la práctica jurídica y social. Así, por ejemplo, porque discierne que es una pena excesiva para alguien pobre, huérfano y analfabeto que rompe el cristal de una panadería para ayudar a alimentar a los siete hijos de su hermana viuda. Por tanto, tendrá que revisar su interpretación para cumplimentar con los propósitos que la práctica impone y evaluar si efectivamente las circunstancias del sujeto son importantes al momento de aplicar la pena y si, en definitiva, sus concepciones relativas a la pena y el hurto agravado no merece ser modificadas y adaptadas a la realidad.

### 1.5-Convicciones reflexivas

Dworkin resalta que la interpretación no debe realizarse desde una perspectiva descriptiva; es decir, mediante un análisis meramente externo de la situación, sino que el intérprete debe involucrarse puesto que resolver un caso concreto consiste en construir una respuesta comprometida con un sistema axiológico. Así, por ejemplo, el juez no aplica el derecho en forma mecánica, sino que lo hace por medio del razonamiento judicial que, a su vez, forma parte del razonamiento moral –el juez justifica su decisión jurídica desde la moral–. Esto es una consecuencia ineludible de la conexión que existe entre el derecho y la moral, el derecho es una parte

---

<sup>676</sup>Cfr. CP. 100-102; Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en la...”, p. 285.

<sup>677</sup>Cfr. IJ, p. 58.

de la moral. El derecho no es un coto hermético de reglas, sino que requiere de parte del agente que lo interpreta una lectura comprensiva de los preceptos morales y jurídicos que lo fundamentan, por lo que la responsabilidad del intérprete es una virtud ineludible para que el derecho sea expresión de la moralidad<sup>678</sup>.

Siguiendo esta huella, Dworkin explica que actuar con responsabilidad moral no consiste solo en interpretar las concepciones de principios y argumentos de valor de una forma congruente, sino también en actuar en virtud de *convicciones morales*. Explica que las convicciones de una juez cumplen un papel importante en la construcción de las diferentes concepciones. Por lo tanto, corre con el deber de lograr una coherencia valorativa entre sus convicciones, de tal manera que formen un filtro lo suficientemente fuerte para que pueda superar las presiones de motivos rivales como las emociones, el autointerés, los prejuicios, las preferencias que —al igual que las convicciones efectivas— emanan de su historia personal y provocan que las concepciones que se construyan no sean fruto de un ejercicio responsable<sup>679</sup>.

En este sentido, Dworkin indica que al resolver un caso el juez tiene una diversidad de creencias sobre lo que es la equidad, la justicia, el debido proceso y lo que estos valores requieren. Y, en virtud de ellas, puede considerar erróneamente la existencia de una jerarquización entre sus convicciones. Así, considerar que algunas son troncales y otras forman parte de las ramas; algunas son fundamentales y otras dependientes. Por consiguiente, es capaz de razonar que las mismas, al ser propias de un juez de carne y hueso, no son del todo coherente, puesto que se encuentran lejos de formar la estructura interconectada de fortalecimiento mutuo que exige la integridad y legitima la justificación. Es así que, ante un caso concreto, como la condena por romper una vidriera para robar un pedazo de pan, puede reflexionar en un doble sentido. Por un lado, puede pensar que su creencia de la justicia exige que todo aquel que comete un daño debe reponerlo sin cortapisas. Por el otro, que su creencia sobre la dignidad humana, le señala que castigar a una per-

---

<sup>678</sup>Cfr. JE, pp. 140-141.

<sup>679</sup>Cfr. JE, p. 150. Dworkin advierte que «si usted organizara todas sus convicciones morales en un filtro idealmente eficaz que encapsula su voluntad, esas convicciones formarían un gran sistema interconectado e interdependiente de principios e ideas. Usted podría defender cualquier parte de esa red con la mera mención de otra parte, hasta conseguir de alguna manera justificarlas todas en términos de las restantes. De esta manera, la justificación de su condena de la guerra de Iraq podría incluir, en algún punto de una descripción de extraordinaria extensión el recurso a principios sobre la negligencia en los asuntos personales, la confiabilidad como virtud y la cautela como vicio, para ampliarse luego a otros principios supuestamente justificativos de cada una de esas convicciones, y así de seguido casi sin término. La verdad de cualquier juicio moral verdadero consiste en la verdad de un número indefinido de otros juicios morales. Y su verdad proporciona parte de lo que constituye la verdad de cualquiera de esos otros». Idem, p. 150.

sona a cinco años de prisión por tratar de satisfacer necesidades básicas es inequitativo y no se adapta a los ideales que persigue la legislación sancionatoria –evitar la consumación de delitos y lograr la resocialización de los reos–. Por lo que, su desafío, en primer lugar, será ordenar sus propias convicciones abstractas de tal manera que se sean coherentes al considerarlas en conjunto –y no jerárquicamente–; es decir, debe sopesarlas como si compusiesen un único sistema. Luego sí, estará capacitado para analizar el caso concreto y, a partir de una mejor comprensión interna, elaborar concepciones de los valores afectados que sean compatibles entre sí y adecuadas para vivir una vida buena<sup>680</sup>.

### 1.6-La dignidad humana

Por último, como se describió en un principio, el esquema de la interpretación dworkiniana sobre cómo deben elaborarse las concepciones de los distintos valores tiene la forma de una *cápsula geodésica o de una red interconectada* que, de alguna manera, refleja el procedimiento que el intérprete debe respetar. No obstante, todavía queda por mencionar un rasgo fundamental que se corresponde con la estrella polar que debe guiar al intérprete en su ejercicio por tratar de construir concepciones holísticas que sean armoniosas entre sí. Esta estrella se identifica con la dignidad humana. De esta manera, las concepciones que el intérprete desarrolla de los diferentes valores –sea la justicia, la equidad, la democracia, entre otros– no pueden ser contrarias a la dignidad de las personas bajo el peligro de devenir en arbitrarias<sup>681</sup>.

Dworkin desarrolla el concepto de la dignidad humana a partir de las ideas interconectadas de *vivir bien y tener una vida buena*. Estos ideales éticos hacen las veces de la *eudemonia* clásica, ya que se corresponden con el fin al que la interpretación de los distintos conceptos morales –y también políticos– debe aspirar. El profesor explica que vivir bien significa lidiar construir una vida buena, la cual se encuentra condicionada a restricciones que son esenciales para la dignidad humana. Por otra parte, resalta que una vida buena es aquella que es auténtica, que conlleva un valor adverbial o de ejecución, fruto de un obrar creativo. Así, una vida buena sería como una obra que fue producida por alguien que pretendía crear arte, de ahí que predica una vida buena es aquella que es vivida como una obra de arte<sup>682</sup>. Estos ideales también son de carácter interpretativo, y la responsabilidad ética del

---

<sup>680</sup>Cfr. IJ, pp. 232-239. (El ejemplo es mío).

<sup>681</sup>Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para...”, p. 368.

<sup>682</sup>Cfr. JE, pp. 254-256.

intérprete con respecto a ellas consiste en integrarlas tratando de encontrar concepciones que sean apropiadas y no comprometan una a costa de la otra, concepciones que se fortalezcan y necesiten mutuamente, ya que en definitiva vivir bien incluye bregar por tener una vida buena<sup>683</sup>.

Ante este desafío, el profesor norteamericano señala que para poder integrar la ética y la moral en una red interpretativa global la distinción entre las ideas vivir bien y tener una vida buena no alcanzan, ya que éstas suponen que para tener una vida buena es ineluctable respetar los deberes morales, lo que hace depender la responsabilidad ética de la responsabilidad moral y no al revés. Así, afirma que no basta con incorporar la ética a la moral, sino que hay que integrarlas y para eso se hace necesario lograr una conexión interpretativa de carácter bilateral. Por consiguiente, enseña que la forma más plausible de entender los valores morales es analizarlos como integrados con la responsabilidad ética, y no mediante una mera incorporación a esta. Advierte que esta integración solo puede conseguirse encontrando alguna dimensión inevitable del vivir bien que no se encuentre relacionada en forma directa con los deberes que las personas tienen para con sus semejantes pero que de alguna manera los afecte. En esta línea, Dworkin encuentra la respuesta en los *principios interpretativos de autorrespeto y autenticidad* que fundamentan al concepto de la dignidad humana<sup>684</sup>.

A modo descriptivo, explica que el principio de autorrespeto afirma que cada persona debe darle una importancia objetiva a su vida, debe vivirla en serio, ya que esto es lo que hace que sea una ejecución exitosa. Por otro lado, el principio de la autenticidad enseña que cada individuo está investido de una responsabilidad personal que lo invita a identificar lo que representa un éxito en su vida. Estos dos principios comprendidos en forma armónica componen el núcleo de la dignidad humana, la cual exige respeto y autenticidad. Solo después de aceptar que es importante considerar la vida como algo valioso y no conciliable con una filosofía hedonista o escéptica o, en otras palabras, solo después de reflexionar que es objetivamente importante vivir bien, tiene sentido elegir la paleta de valores en virtud de los cuales merece ser vivida, buscando así un modo de vida que sea correcto según las circunstancias individuales. En este sentido, puede observarse que la autenticidad envuelve dos dimensiones: por un lado, responsabilidad de obrar en obediencia a los ideales que mueven la acción y, por el otro, el esfuerzo por conquistar la inde-

---

<sup>683</sup>Cfr. Idem, pp. 243-249.

<sup>684</sup>Cfr. Idem, pp. 252-253.

pendencia ética que lleva a elegir por *modus propio* –sin dominación o coacción de terceros– los valores éticos apropiados que regirán la propia vida<sup>685</sup>.

De esta manera, siendo el objetivo integrar la ética con la moral a través de una integración de apoyo mutuo, Dworkin analiza el efecto que dichos principios provocan en el campo de la moral en donde las exigencias refieren al trato que debe suministrarse a las demás personas. En este sentido, enseña que corresponde interpretar el principio de autorrespeto en clave kantiana. Advierte que el respeto a la propia vida también conlleva considerar que la vida de los demás tiene una importancia objetiva. Por otra parte, el principio de autenticidad –desde el óptico de la moral– asigna una responsabilidad universal, ya no solo por la propia vida sino también por la vida de los demás. Esta responsabilidad no es de carácter subjetiva, no se encuentra basada en gustos, creencias, emociones o deseos–, no es una responsabilidad especial que ciertas personas tienen ante los demás porque comparten atributos semejantes, sino que es una responsabilidad objetiva que se basa en la verdad de que toda vida humana tiene en sí un valor adverbial. Los atributos personales no pueden explicar por sí solo la importancia objetiva de lo que implica vivir bien<sup>686</sup>.

En conclusión, puede apreciarse que la explicación del esquema interpretativo propuesto por Dworkin se asemeja al modelo clásico. Esto se debe a que los filósofos griegos se esmeraron por integrar la dimensión personal de los ciudadanos con la dimensión política que compartían en sociedad, como si ambas estuviesen íntimamente conectadas. De esta manera, consideraban que las interpretaciones de las virtudes personales estaban integradas con las virtudes políticas, las cuales debían ser interpretadas en forma recíproca, como si se interpelaban entre sí, de tal modo que mediante ellas los ciudadanos puedan alcanzar la *eudemonia* –estado del ser traducido como felicidad–. Lo mismo formula Dworkin con respecto a los conceptos morales y políticos<sup>687</sup>. Ante los desacuerdos teóricos, el intérprete debe tratar de construir la mejor concepción de un valor a la luz de otros valores de la misma fa-

---

<sup>685</sup>Cfr. Idem, pp. 254-256. Señala Dworkin: «Cada persona tiene la responsabilidad innata e inalienable de intentar que su vida sea exitosa; es decir, de vivir bien y aceptar responsabilidades éticas con uno mismo y responsabilidades morales con los otros, no sólo lo consideramos importantes, sino porque en sí mismo es importante, lo creamos o no». Ronald DWORKIN, *Religión sin dios*, trad. Víctor Altamirano, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2015, p. 18.

<sup>686</sup>Cfr. JE, p. 316.

<sup>687</sup>Cfr. Idem, p. 353. El profesor señala que el gran desafío de su obra, *Justice for Hedgehogs*, consistió en producir teorías sobre conceptos como justicia, libertad, democracia y derecho, que ayuden al intérprete a crear concepciones de los mismos que permitan resolver ecuaciones simultáneas de la dignidad; en otras palabras, interpretaciones que sean respetuosas de la dignidad de la persona y que valgan como interpretaciones satisfactorias de la práctica política.

milia, de modo que entre todos se fortalezcan entre sí. La concepción resultante debe estar basada en argumentos morales que la fundamenten, los cuales también involucran las convicciones del intérprete que deben ser analizadas de una manera integral, en esta tarea reside la responsabilidad moral del intérprete. La concepción que se logre no puede vulnerar la dignidad humana que, al igual que los demás valores políticos y morales, también deviene en un concepto interpretativo con la particularidad de que se encuentra constituida sobre los principios de autorrespeto y autenticidad<sup>688</sup>. Así, las concepciones que se logren deben ser medios para que las personas puedan vivir bien aspirando a una vida buena. De esta forma, puede observarse que la integridad es el ideal que engloba la actividad interpretativa en el pensamiento dworkiniano. Ideal que se extiende sobre el sujeto que interpreta, más precisamente, a esfera de sus convicciones y, también, sobre el objeto a interpretar, es decir, sobre la práctica social que involucra a los conceptos.

---

<sup>688</sup>Cfr. *Idem*, p. 230.



**SEGUNDA PARTE: EL CONTROL JUDICIAL DE  
CONSTITUCIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO DE  
JEREMY WALDRON**

**I-POSICIÓN EN CONTRA DEL CONTROL JUDICIAL DE  
CONSTITUCIONALIDAD FUERTE –PARTE GENERAL–**

**1-CONSTITUCIÓN, CONTROL JUDICIAL Y DEMOCRACIA**

El pensamiento político de Waldron se distingue por sostener la ilegitimidad del control judicial de constitucionalidad fuerte. El autor considera que este mecanismo restringe la voluntad popular y que, mediante su ejercicio, los jueces imponen sus concepciones sobre cuestiones políticas y morales bajo el fundamento de que salvaguardan los derechos regulados en la Constitución. De este modo, el profesor neozelandés indaga en la relación que existe entre el control judicial de constitucionalidad fuerte y la Constitución. Distingue dos clases de constitucionalismo: 1-el constitucionalismo negativo, entendido como restricción a la soberanía popular; 2-y el constitucionalismo positivo, entendido como fortalecimiento de la autodeterminación del pueblo.

**1.1-Constituciones escritas y no escritas**

Waldron comienza por discernir que en el campo de la academia es común entender al constitucionalismo como un conjunto de principios y reglas constitucionales –o arreglos institucionales– que establecen una forma determinada de organización política cuyo objeto es limitar el ejercicio del poder del gobierno. Dichas limita-

ciones pueden darse de diferentes maneras, ya sea mediante el *federalismo* o, como en el caso que compete a este epígrafe, por medio del *control judicial de constitucionalidad fuerte* que ejercen los magistrados sobre los actos del poder legislativo. Mecanismo que, como puede observarse, queda lejos de ser sostenido en la antigua Inglaterra en donde el poder legislativo era el que ejercía el poder del pueblo y establecía los límites al Monarca, como sucedió con la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1250<sup>689</sup>.

En este sentido, Waldron reconoce que, si la Constitución se entiende como un conjunto de arreglos institucionales que regulan los poderes gubernamentales, es meritorio discernir que existen constituciones escritas y no escritas –o consuetudinarias–. Por tanto, las mismas no necesariamente se encuentran reducidas a una única ley –así, por ejemplo, la Constitución del Reino Unido puede considerarse escrita y condensada en una diversidad de leyes como la Declaración de Derechos de 1689, la Ley de Comunidades Europeas de 1971, la Ley de la Unión de 1707, entre otras–<sup>690</sup>.

A partir de esta consideración, Waldron explica que en la actualidad existe cierta tendencia entre los pensadores políticos a identificar el constitucionalismo con un único documento escrito. De este modo, la misma es considerada como derecho supremo y es aplicada por los jueces, de tal manera que las leyes de rango inferior que sean contrarias a ella sean consideradas inválidas<sup>691</sup>. Para darse a entender, Waldron cita las palabras del juez Marshall en *Marbury v. Madison*:

Todos los que han redactado constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación, y en consecuencia la teoría de cualquier gobierno de este tipo será que todo acto de la legislatura incompatible con la constitución es inválido. Esta teoría está vinculada en esencia a una constitución escrita<sup>692</sup>.

Detalla que otro argumento que suele esgrimirse para defender el carácter escrito de la Constitución es la defensa de los derechos individuales contra los actos abusivos del Estado, como bien mencionó Hamilton:

---

<sup>689</sup>Cfr. CGJ, pp. 27-28.

<sup>690</sup>Cfr. Idem, p. 30.

<sup>691</sup>Ibidem.

<sup>692</sup>Ibidem.

Constitucionalismo es el nombre que damos a la confianza que los hombres depositan en el poder de las palabras escritas sobre un pergamino para mantener al gobierno en orden<sup>693</sup>.

Aparte de esta seguridad, Waldron describe que también suele mencionarse el conocimiento público que la Constitución adquiere en una comunidad política al ser plasmada en un texto. Lo cual, entre otras cosas, otorga cierta objetividad a sus cláusulas y hace que las mismas no queden reducida a meras subjetividades interpretativas de los jueces. Así, es posible que ante el desacuerdo sobre su significado haya un punto fijo del cual partir para resolver la cuestión<sup>694</sup>.

De esta manera, Waldron reconoce que una Constitución escrita facilita el debate sobre las cláusulas constitucionales haciendo posible la reflexión sobre los tópicos bajo análisis. En virtud de la experiencia del Reino Unido, advierte que con respecto a aquellos aspectos que no están internalizados en una Constitución y sólo están sujetos a costumbres o convenciones, es complejo llegar a un acuerdo, puesto que se confunde lo eminentemente constitucional con lo meramente opinable, provocando así malos entendidos. Por consiguiente, estima que es necesario que la deliberación sobre cuestiones en las que existen discrepancias debe centrarse en un texto escrito que posibilite, entre otras cosas, llevar un orden de las reformas sobre las que conviene avanzar<sup>695</sup>.

En esta línea, subraya que lo importante es que la formalización escrita favorezca la reflexión, evitando que la misma quede reducida a un problema de interpretación o *fetichismo textual* en el cual sólo algunos pocos pueden participar. Subraya que dicho problema acontece cuando las fórmulas mediante las cuales están escritas las cláusulas constitucionales comienzan a ser adoradas al punto de convertirse en eslóganes políticos, dificultando que lo verdaderamente importante, el núcleo sustancial de la cuestión, sea objeto de una deliberación. Expresa que, el peligro consiste en que el debate quede reducido a argumentos interpretativos, como por ejemplo, a cómo desentrañar el sentido último de las normas, si debe tenerse o no en cuenta la voluntad de los padres fundadores, y si lo es, cómo desentrañarla, lo cual termina por difuminar el verdadero problema que merece ser discutido en la actualidad y sobre el cual la sociedad discrepa<sup>696</sup>.

---

<sup>693</sup>Idem, pp. 30-31.

<sup>694</sup>Cfr. Idem, p. 31.

<sup>695</sup>Cfr. Idem, pp. 31-32.

<sup>696</sup>Cfr. Idem, pp. 32-33.

## 1.2-Constitucionalismo restrictivo

Waldron identifica al constitucionalismo restrictivo con *una ideología constitucionalista*, que busca lograr determinados fines políticos, y que para hacerlo tiene por objeto *controlar, limitar y restringir* el poder estatal. En este sentido, cita una parte del prólogo escrito por Stephen Holmes en *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today* de Andrés Sajó, que dice:

Las constituciones son gigantescos órdenes restrictivos motivados por la pasión de la evitación. Son inevitablemente impulsadas por el deseo de evitar resultados políticos específicos que se consideran peligrosos y desagradables<sup>697</sup>.

Y, también, para darse a entender con mayor precisión recurre a las breves palabras de McLlwin que explican el núcleo de la cuestión «en todas sus etapas sucesivas el constitucionalismo presenta una característica esencial: es una limitación legal impuesta al gobierno»<sup>698</sup>. En este sentido, Waldron considera que se encuentra presente la idea de que la atribución del poder estatal en manos del pueblo conduce a abusos y falta de raciocinio en la toma de decisiones políticas por lo que son necesarios ciertos órganos y mecanismos para su limitación<sup>699</sup>.

En esta línea, explica que en el constitucionalismo moderno la forma de restricción del poder estatal para evitar arbitrariedades hacia la integridad y libertad de los individuos adquiere la forma de *derechos*. Por ejemplo, el derecho a no cerceñar la libertad de conciencia y de expresión, el derecho a no ser objeto de tortura, entre otros. Sin embargo, advierte que dicha conexión simbiótica entre derechos individuales y constitucionalismo escrito puede devenir contraproducente. Así, menciona que la idea de restricción fundamentada a derechos suele confundirse con la idea de *gobierno limitado* para evitar las aspiraciones de gobiernos de carácter democrático, lo que hace que el constitucionalismo adquiera una dimensión política, lejos de toda neutralidad partidaria, y se asocie con los ideales de un constitucionalismo contaminado por los objetivos de la política *laissez faire*<sup>700</sup>. Describe Douglas Sturm:

El constitucionalismo, una tradición de la teoría y la práctica política a la que frecuentemente se asocia la idea de los derechos humanos, tiene

---

<sup>697</sup>Idem, p. 33.

<sup>698</sup>Idem, p. 33.

<sup>699</sup>Cfr. Idem, p. 34.

<sup>700</sup>Cfr. Idem, p. 35.

una connotación de gobierno limitado. En un extremo, el constitucionalismo está vinculado con el concepto del Estado de *laissez faire*<sup>701</sup>.

En este sentido, Waldron advierte que el problema de los constitucionalistas de la ideología es que identifican el Estado de derecho con el gobierno limitado. Cuando desde una visión neutral, el control de los actos de gobierno mediante la sujeción a las leyes, abarca tanto la restricción como la extensión de dichas acciones. En este sentido, en ciertas ocasiones es obligación del gobierno cumplir un rol activo y promover acciones sociales y económicas –como planes de viviendas para personas carenciadas– y no reducir sus acciones a la concretización de los derechos de primera generación. Por consiguiente, considera que el Estado de Derecho no puede entenderse como un estado cíclope que sólo visualiza los ideales de gobierno limitado a los cuales favorece, dejando de lado las exigencias reales de la sociedad. Es por eso que Waldron subraya que pareciera que la preocupación del constitucionalismo ideológico –como así también de los padres fundadores de la Constitución de EEUU– no consiste en lo que se debe hacer por el pueblo mediante acciones afirmativas, sino más bien en evitar aquello que el pueblo pueda hacer en contra de los ideales de un gobierno limitado<sup>702</sup>.

### 1.3-Constitucionalismo de empoderamiento

Waldron menciona que hay una forma de entender al constitucionalismo que es auténtica, y distante a cualquier ideología, un *constitucionalismo positivo* de empoderamiento que consiste en establecer y regular instituciones para que los ciudadanos puedan cooperar y organizar sus propios planes de acción imposibles de ser concretarlos de manera aislada. En esta línea, resalta la importancia de las asambleas como instituciones en la que los legisladores deliberan y votan sobre diferentes alternativas para tratar de solucionar los problemas comunes, canalizando así el desacuerdo mediante una acción colectiva. Esto conlleva también el establecimiento de mecanismos electorales para que los miembros de las mismas sean elegidos por el pueblo, y sus decisiones sean legítimas en términos democráticos<sup>703</sup>.

En esta línea, Waldron resalta que la Constitución –como así también el constitucionalismo– no puede reducirse solo a establecer tribunales de justicia para que resuelvan los conflictos entre particulares y los abusos de poder de las autoridades. Sino que también tiene que prever la manera de formalizar acciones positivas que

---

<sup>701</sup>Idem, p. 35.

<sup>702</sup>Cfr. Idem, p. 36.

<sup>703</sup>Cfr. Idem, p. 37.

satisfagan las exigencias de la sociedad, haciendo foco en las legislaturas y sus procedimientos específicos de elaboración de leyes<sup>704</sup>. Porque, en definitiva, ambas tareas se encuentran interrelacionadas, y dejar alguna de lado implica manifestar una visión reducida de lo que una Constitución es y exige<sup>705</sup>.

Waldron subraya que además de establecer las instituciones necesarias para la regulación del poder público las constituciones también establecen los procedimientos para que puedan funcionar. El profesor subraya, en particular, el procedimiento de elaboración de leyes que abarca la forma en que los miembros deliberan y sancionan las leyes, como así también las relaciones necesarias entre los demás órganos de gobierno. Esto es, el poder ejecutivo que administra y lleva a cabo las acciones de gobierno y el poder judicial que, mediante la interpretación de las leyes, las aplica a los casos concretos. Considera que esta coordinación entre poderes políticos, debe ser pensada en forma integral, como órganos que actúan conjuntamente para un mismo fin, y no como entidades individuales que están en constante competencia y cuyo objeto es limitar el proceso de creación de leyes y su posterior concreción, una visión propia del constitucionalismo restrictivo<sup>706</sup>.

Waldron resalta la importancia del bicameralismo legislativo y advierte sobre la necesidad de considerar el proceso legislativo de deliberación como un espacio para que se escuchen las diversas voces de la sociedad, y sea posible la participación ciudadana. Por consiguiente, el procedimiento legislativo de toma de decisiones políticas debe considerarse como una forma para empoderar a los miembros de la comunidad. Al mismo tiempo, sostiene que la separación funcional de los poderes público debe considerarse de un modo organizacional para salvaguardar y potenciar el desenvolvimiento genuino de lo que acontece en las gradas del Parlamento y la consecuente puesta en funcionamiento de sus decisiones. Esto se debe a que el tratamiento al que son sometidas las leyes luego de que son sancionadas es un trabajo que requiere la asistencia de los distintos poderes<sup>707</sup>. Expresa Waldron:

En general, necesitamos comprender la importancia de la manera en que una Constitución aloja la actividad política de la sociedad, estableciendo un punto intermedio entre el mobiliario y el protocolo para que la deliberación pública se convierta en una empresa estructurada, permitiendo que las opiniones de una persona se presenten de manera articulada en relación

---

<sup>704</sup>Cfr. Idem, p. 38.

<sup>705</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>706</sup>Cfr. Idem, pp. 38-39.

<sup>707</sup>Cfr. Idem, p. 39.

con las opiniones de otras y facilitando la formación de opiniones reflexivas, responsables y políticamente efectivas. Esto no es en principio una cuestión de restricción; más bien, es una cuestión de lo que una constitución hace afirmativamente con lo que de otro modo sería la poco precisa, inestable y peligrosa política de la calle<sup>708</sup>.

Waldron menciona que en un sistema democrático la Constitución exige empoderar a aquellos individuos que de otro modo no tendrían voz en la toma de decisiones públicas a fin de distribuir el poder político de una manera igualitaria. Subraya que dicha distribución no se reduce a un mero acto de gobierno, sino que es necesario mantener a las personas en el status que les corresponde. Lo cual implica una acción afirmativa por parte del Estado, puesto que en la política existe la tendencia a que se diluya la igualdad conseguida a lo largo del tiempo. Aspecto que se manifiesta en la falta de representación real de los ciudadanos más alejados de la arena política. Resalta que este fenómeno de devaluación del status político de los más vulnerables exige que el Estado deba considerar factores económicos y sociales —como el reparto equitativo de las riquezas— a fin de salvaguardar la igualdad política, presupuesto que requiere la democracia para no devenir en una forma de gobierno irrisoria<sup>709</sup>.

En este sentido, Waldron considera que es posible imaginar un constitucionalismo de empoderamiento, alternativo a las ideologías constitucionalistas que consideran que la imposición de límites al gobierno —y el consecuente control de las tiranías de las mayorías— tiene mayor importancia que el reconocimiento y la promoción de la igualdad política de los ciudadanos<sup>710</sup>. En esta línea, menciona a modo de ejemplo el *constitucionalismo popular* de Kramer o Tushnet, cercano al autogobierno democrático, que de alguna manera concibe a la Constitución como un documento que empodera a los ciudadanos haciéndolos responsables de sus decisiones, sin pretender restringirlos<sup>711</sup>.

---

<sup>708</sup>Idem, p. 39.

<sup>709</sup>Cfr. Idem, pp. 40-41.

<sup>710</sup>Cfr. Manuel José GARCÍA MANSILLA, “Estado actual del debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2009, pp. 32-35.

<sup>711</sup>Cfr. CGJ, p. 42. Explica Tushnet: “Este país”, dijo Abraham Lincoln en su primer discurso inaugural, “con sus instituciones, pertenece a las personas que lo habitan”. La ley constitucional populista se lo toma muy en serio. Y la Constitución nos pertenece colectivamente, ya que actuamos juntos en un diálogo político entre nosotros, ya sea que actuemos en las calles, en las urnas o en las legislaturas como representantes de otros. ¿Qué es el derecho constitucional populista? A lo largo de este libro la he descrito como una ley orientada a hacer realidad los principios de la Declaración de Independencia y el Preámbulo de la Constitución. Más específicamente, es una ley comprometida con el

## 2-DELIMITACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD FUERTE

### 2.1-Modelos de restricción

Waldron describe que existen diferentes formas de entender las restricciones al gobierno según cuál sea el modelo al que se adhiera.

a-El modelo constitucionalista: considera que la función esencial de la Constitución es imponer restricciones al gobierno, como el constitucionalismo de Estados Unidos, en el que la validez de la legislación se encuentra supeditada a la voluntad de la Corte<sup>712</sup>. En aras a detallar la legitimidad democrática de este modelo, Waldron describe los argumentos que efectúan sus defensores. Por un lado, consideran que la legislación es fácil de modificar, a diferencia, por ejemplo, de una Constitución que suele requerir una mayoría calificada. Lo que se suma al hecho de que la legislación no se encuentra concebida como *derecho supremo*, que sirva de guía a las demás autoridades en la toma de decisiones políticas, a diferencia de que sucede con una Carta de derechos. Por otro lado, sostiene que la falta de un control judicial de constitucionalidad fuerte sobre la legislación, trae como consecuencia que lo que debe considerarse correcto en términos jurídicos se encuentre sujeto a las presiones políticas partidarias propias de la labor parlamentaria.

b-El modelo legislativo: a diferencia del modelo constitucionalista, considera que la legislación primaria es la que tiene por objeto imponer limitaciones al gobierno. Waldron cita como ejemplo el modelo neozelandés en donde rige la llamada *Ley de Declaración de Nueva Zelanda* sancionada por el voto mayoritario del Parlamento en 1990, la cual no puede ser interpretada por el poder judicial como última instancia de decisión, sino que son los representantes del pueblo quienes deciden sobre su mejor interpretación<sup>713</sup>.

c-Modelo estilo Westminster de Gran Bretaña: el autor explica que en dicho modelo la restricción proviene de la tradición que caracteriza al *Common Law* sumado a los principios constitucionales y axiológicos que los jueces identifican por medio de sus sentencias. Así, cita las palabras de Venn Dicey: «Nuestra Constitu-

---

principio de los derechos humanos universales justificables por la razón al servicio del autogobierno». Mark TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1º ed., Princeton University Press, New Jersey, 1999, p. 181, (la traducción es mía). Véase también: Larry KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 7-8.

<sup>712</sup>Cfr. CGJ, p. 45.

<sup>713</sup>Cfr. Idem, p. 45. El modelo neozelandés se explicará en epígrafes posteriores como un modelo que posibilita el diálogo entre los órganos del Estado.

ción, en pocas palabras, es una constitución creada por los jueces, y evidentemente contiene todas las características, buenas y malas, del derecho creado por jueces»<sup>714</sup>. Subraya que este modelo se caracteriza porque no tiene una Constitución escrita redactada en un documento único como sucede en los Estados Unidos, sino que la Constitución es en parte consuetudinaria y en parte legislada en determinados documentos –*Bill of Rights*–. Lo que hace posible que la voluntad popular pueda manifestarse a lo largo del tiempo haciendo posible el autogobierno y sin quedar circunscripta bajo decisiones pasadas.

d-Modelo de los derechos humanos: Waldron menciona que los derechos humanos, aparte de funcionar como un mecanismo de protección de los individuos, en determinadas ocasiones funcionan –en primer lugar– como limitaciones al Estado que se encuentran plasmadas en Convenciones y Tratados Internacionales –PIDPC, Convención contra la Tortura, Convención de Ginebra–, los cuales en determinadas ocasiones son internalizados por las Constituciones o legislación interna. En este sentido, cuando las autoridades gubernamentales los ratifican el Estado se compromete a respetar los derechos castigando acciones contrarias a los mismos. Por otra parte, destaca que los derechos humanos no pertenecen a un pueblo determinado, sino que su protección trasciende las fronteras nacionales por lo que las restricciones a su violación pueden provenir de organismos y países foráneos a la jurisdicción en la que dichas violaciones se consuman. Esto se debe a que la protección internacional conforma un único sistema que requiere un trabajo en conjunto. Waldron detalla que *el otro lado de los derechos humanos*, consiste en que cada pueblo debe autodeterminarse a sí mismo mediante la sanción de su propia Constitución, al tiempo que destaca las investiduras de sus propios redactores constitucionales; rechazando los límites externos como los que exige la legislación de los derechos humanos. Considera que las restricciones de derechos humanos deben provenir del mismo pueblo representado en sus padres fundadores<sup>715</sup>. En este sentido, el profesor resalta que existe una diferencia preponderante entre considerar a los derechos humanos como una empresa que conlleva la imposición de restricciones a los gobiernos mediante la internalización de Tratados y Convenciones; y concebirlos como cartas de triunfo que derivan de la autodeterminación por parte de constituyentes nacionales, y que llevan a ignorar el compromiso internacional sobre las limitaciones que el respeto de los derechos exige. En otras palabras, Waldron agrega que los constitucionalistas ideológicos, aparte de reducir el constitucionalismo a restricciones con forma de derechos humanos, también se preocupan en que dichas

---

<sup>714</sup>Cfr. Idem, p. 46.

<sup>715</sup>Cfr. Idem, pp. 49-50.

limitaciones sean consecuencia de un proceso de creación constitucional local. En este sentido, a modo de ejemplo, menciona al juez Scalia –textualista originalista– que en *Roper v. Simmons* –2005–, en su voto sobre la pena de muerte a personas que cometieron delitos siendo menores de edad, se muestra reticente a escuchar las voces internacionales opuestas a tales decisiones, bajo el fundamento de que, aunque EEUU sea la única democracia que se manifieste a favor, la Constitución es ley suprema de un país y no puede considerarse supeditada a decisiones y documentos foráneos. Por consiguiente, para un pensador que adhiere a dicha doctrina, lo importante no es el texto en sí, sino la interpretación que los jueces nacionales hacen del mismo –haciendo eco de las intenciones de los padres fundadores–. Es decir, lo relevante es que las restricciones sean lo más parecidas posible a *limitaciones de soberanía popular*, de tal manera que parezca que fueron autoimpuestas por el pueblo, por su historia, con prescindencia de que sigan o no el mismo sentido de las limitaciones extranjeras, de tal manera que abracen la Constitución y, como consecuencia, al control de constitucionalidad como elementos propios –aunque en la realidad no lo sean–<sup>716</sup>.

## 2.2-Características del control judicial de constitucionalidad fuerte

Waldron trata de delimitar el objeto de su crítica. Menciona que el mismo concierne al control judicial de constitucionalidad de la legislación, es decir, a la revisión sobre los actos del poder legislativo, no sobre los del poder ejecutivo. Y, dentro de las clases de control judicial, subraya que se refiere al control fuerte, no al débil.

En este sentido menciona algunas características propias del control judicial de constitucionalidad fuerte:

a-Los jueces pueden decidir no aplicar la ley a un caso concreto o, en su defecto, modificar los efectos que derivan de la aplicación de dicha ley en aras a proteger los derechos de alguna de las partes. Por consiguiente, mediante la inaplicabilidad de la ley y, como consecuencia del principio *stare decisis*, la misma puede devenir ineficaz. En este sentido, el tribunal tiene el poder de eliminar las leyes convirtiéndolas en elementos jurídicos obsoletos. Esta es una diferencia notable con respecto al control judicial débil, por ejemplo, propio del Reino Unido, en el que los jueces no pueden dejar de aplicar la ley, sea rechazándola o modificándola, bajo el fundamento de que violaría los derechos y la voluntad popular, aunque sí pueden examinarla

---

<sup>716</sup>Cfr. Idem, pp. 50-53.

y emitir una resolución de incompatibilidad cuando es contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos, que si bien no afecta la validez de la ley en tela de juicio, sí posibilita el inicio de su proceso legislativo abreviado que sane dicha incompatibilidad. Resalta que un modelo de control judicial más débil, es el de Nueva Zelanda, en donde los tribunales deben aplicar la ley, sin la posibilidad de emitir resolución alguna, aunque los jueces pueden interpretarla de tal manera que no sea violatoria de los derechos individuales<sup>717</sup>.

b-Con respecto a los derechos también existen diferencias: en un control judicial de constitucionalidad fuerte, como el de EEUU, la legislación es revisada a fin de que sea respetuosa de los derechos fundamentales receptados por la Constitución escrita –no sólo por respeto al principio de división funcional de poderes o el federalismo–. Así, aquellas leyes que no sean acordes a los mismos son tenidas como inconstitucionales. Lo cual, como se mencionó, origina el problema del textualismo, el hecho de entender los derechos desde el texto y no desde la realidad. Por otra parte, con respecto al control judicial débil, los derechos no suelen estar cristalizados en una carta escrita y no forman parte de su estructura. Un ejemplo es el Acta de Derechos Humanos del Reino Unido y su asociación con dicho control. Las consecuencias de tales diferencias en la forma de concebir los derechos humanos se trasladan a las cuestiones de interpretación y a la posibilidad de modificación de los mismos por parte del pueblo, sea por mayoría calificada o simple<sup>718</sup>.

c-Otra diferencia concierne a la etapa en la cual se produce el control sobre la legislación. En un control judicial fuerte, el control se suele producir a *posteriori* luego de que la legislación haya sido promulgada y entrado en vigencia. Por otra parte, con respecto al control débil, que puede estar en cabeza de un tribunal constitucional, este se efectúa antes de que la legislación sea aprobada, y tiene por objeto realizar una evaluación de tipo abstracto o sugestiva sobre las modificaciones que considera adecuadas.

d-Por último, otra diferencia a señalar, es que en un sistema de control judicial fuerte los tribunales ordinarios pueden invalidar las leyes. De este modo, al no estar especializados en materia constitucional, los argumentos con que fundan sus sentencias pueden perfilarse hacia cuestiones morales que no hacen al núcleo de la cuestión. Por otra parte, si el control está en cabeza de un tribunal constitucional especializado, como sucede en Gran Bretaña en donde prima el control débil, la fundamentación será más precisa y oportuna para orientar la legislación.

---

<sup>717</sup>Cfr. Idem, pp. 63-64.

<sup>718</sup>Cfr. Idem, pp. 65-66.

## II-POSICIÓN EN CONTRA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD FUERTE –PARTE ESPECIAL–

El pensamiento jurídico de Jeremy Waldron se caracteriza por su rechazo al control judicial de constitucionalidad *fuerte* para decidir cuestiones sustanciales que conciernen al pueblo. Por eso, para explicar la posición del autor la presente parte se dividirá en dos secciones. En la primera sección se indagará sobre los argumentos que el pensador esgrime contra el control judicial. Esto implica reflexionar sobre razones de forma y de resultado que permitirán comparar la idoneidad del poder judicial con la del poder legislativo, a fin de determinar por qué el poder legislativo se encuentra en una situación privilegiada para tomar decisiones en materia de derechos. En la segunda sección, se profundizará en la noción que tiene Waldron del control de constitucionalidad *débil* y, a su vez, en su propuesta sobre cómo debería ser la relación entre el poder judicial y el poder legislativo para abordar los problemas comunes que incumben a la sociedad.

### SECCIÓN PRIMERA: CRÍTICAS Y RÉPLICAS DE WALDRON

#### 1-OBJECCIÓN AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

##### 1.1-Posición: control fuerte como contrario a la democracia

En su crítica al control judicial de constitucionalidad fuerte Waldron trata de desentrañar cuál es el argumento liminar que deja entrever la falta de legitimidad de que los jueces tengan la última palabra sobre cuestiones sustanciales de gobierno.

En este sentido, parte del punto de que, en rasgos generales, los ciudadanos conciben al poder judicial como un elemento esencial de la democracia, bajo fundamentos vinculados a los resultados de las sentencias, como en las decisiones acertadas en favor a las minorías –*Roe, Brown, Lawrence*, entre otros–, siendo conscientes, al mismo tiempo, de los riesgos que pueden correrse, como el dictado de sentencias erróneas. No obstante, en términos generales, consideran que la posibi-

lidad de invalidar leyes emitidas por los legisladores mediante procedimientos democráticos, se debe al peligro de que las mayorías parlamentarias restrinjan los derechos de grupos vulnerables y se conviertan en una verdadera tiranía, puesto que en el Parlamento las aspiraciones políticas influyen sobre las decisiones finales<sup>719</sup>.

Al mismo tiempo, Waldron señala que es común escuchar afirmaciones relacionadas a la falta de capacidad de los legisladores para deliberar sobre temas de fondo, en comparación a los jueces que se encuentran instruidos y llegan a los estrados luego de realizar una carrera judicial. No obstante, menciona que dicha crítica a la investidura de los legisladores y al modo en que trabajan, adolece de falsedad. Por consiguiente, menciona un caso diferente al de EEUU en donde prima la voluntad de los jueces por sobre la del pueblo, el caso de Gran Bretaña de la década de 1960, cuando se debatieron leyes relacionadas a tópicos controversiales como legalización del aborto, la conducta homosexual consentida entre adultos, la libertad de expresión y la abolición de la pena de muerte. Detalla que los debates que se originaron en la Cámara de los Comunes fueron de carácter público, desarrollados con responsabilidad y en respeto a la posición de las minorías. Prevalciendo así la decisión de los integrantes del pueblo y no la de un órgano exento de credenciales populares. Por lo que la falta de calidad de los debates no es un argumento oportuno que merezca ser tenido en cuenta; como tampoco lo es el miedo a que las mayorías se conviertan en tiranías que menoscaben los derechos de las minorías<sup>720</sup>.

Sin embargo, a pesar de los argumentos sobre los resultados y la calidad de los debates, la objeción de Waldron es clara: el control judicial sobre la legislación es inadecuado como contralor de última instancia en el marco de una sociedad democrática y libre. Por tanto, como se explicitó al comienzo, su objetivo es el siguiente: encontrar el argumento medular que fundamenta su premisa<sup>721</sup>. Señala:

Lo que quiero hacer es identificar un argumento central contra el control judicial de la legislación que sea independiente tanto de sus manifestaciones históricas como de las cuestiones sobre sus efectos particulares: las decisiones –buenas o malas– que ha generado, y las desilusiones y afirmaciones que nos ha legado. Quiero enfocarme en ciertos aspectos del argumento contra el control judicial que se diferencian de los argumentos sobre la forma en que los jueces ejercen su poder y el ánimo –respetuoso o militan-

---

<sup>719</sup>Cfr. Idem, pp. 56-57.

<sup>720</sup>Cfr. Idem, p. 57.

<sup>721</sup>Cfr. Idem, p. 56.

te— con que abordan la legislación que se les presenta para su aprobación<sup>722</sup>.

### 1.2- Condiciones para desentrañar el argumento central contra el control judicial de constitucionalidad fuerte

En aras a distinguir el argumento central —*core case*—, de los argumentos marginales —*non-core cases*—, para desentrañar el fundamento de la ilegitimidad del control judicial fuerte, Waldron detalla cuáles son las cuatro condiciones que deben darse para que su razonamiento no caiga en un sinsentido. Por eso, su argumento central es de carácter hipotético, puesto que si no existiese alguna de dichas condiciones el mismo devendría inapropiado. Indica que la lógica de tales presupuestos se encuentra en la necesidad de evitar caer en el razonamiento orientado exclusivamente en los resultados —por ejemplo, en la legitimidad basada en la eficacia o aceptación de las sentencias del poder judicial o leyes del Parlamento—. De aquí que las mismas están enfocadas sobre el aspecto procedimental. Dicho en otras palabras, las condiciones constituyen el marco que debe darse para abordar los desacuerdos que acaecen en la sociedad plural mediante los procedimientos propios de las instituciones legislativas. Es en el procedimiento donde reside la legitimidad política y el argumento por el cual los tribunales no son aptos para invalidar las leyes sancionadas por los representantes del pueblo<sup>723</sup>.

Las condiciones son las siguientes:

a- Instituciones democráticas: el desacuerdo tiene lugar en una sociedad democrática, y las instituciones mediante las cuales los representantes del pueblo deciden las cuestiones sustanciales de gobierno son del mismo tenor. El pueblo elige a sus representantes mediante el sufragio universal, equitativo y periódico, y los representantes resuelven los desacuerdos que conciernen a todos los ciudadanos mediante la deliberación respetuosa de todas las voces afectadas. Dicho procedimiento de decisión es complejo, razón por la cual existen ciertas reglas formales que deben respetarse para la viabilidad de la deliberación, como así también, cierta estructura que está dada por el bicameralismo y la previa sesión en comisiones de análisis específico antes de abordar los temas en forma general. Al mismo tiempo, el profesor menciona que los legisladores son verdaderos representantes, que a través de mecanismos de encuesta se preocupan por verificar cuáles son los intereses de sus re-

---

<sup>722</sup>Idem, p. 58.

<sup>723</sup>Cfr. Idem, pp. 67-69.

presentados, de tal manera que los canalizan en las gradas del Parlamento. Por otra parte, también se reconoce la existencia de partidos políticos a los cuales pertenecen los legisladores y promueven ciertos intereses u objetivos que trascienden los intereses individuales de aquellos que adhieren o no a los mismos. Al mismo tiempo, detalla que el funcionamiento de los procedimientos legislativos y electivos se encuentran sujetos a revisión permanente para mantener la equidad entre los ciudadanos y una cuota aceptable de representación. En conclusión, las instituciones democráticas se desenvuelven en una forma racionalmente aceptable, y los ciudadanos adhieren y respetan los valores de la equidad y deliberación política puesto que se encuentran internalizados en la cultura política que comparten. Por otra parte, Waldron subraya que el buen funcionamiento de las instituciones democráticas –tanto es su aspecto deliberativo como electoral– no debe identificarse con la justicia o injusticia de los resultados –leyes sancionadas o representantes electos–, ya que con respeto a los resultados los individuos seguirán discrepando<sup>724</sup>.

b- Instituciones judiciales: en la sociedad que Waldron se imagina funciona un poder judicial constituido por tribunales independientes en términos políticos, cuyo funcionamiento es adecuado, y abordan los conflictos individuales que se les presentan sin actuar por iniciativa propia. Aparte de eso, resuelven los casos en el marco de un litigio adversarial y bipartito, y elaboran sus sentencias en virtud de las aristas que consideran relevantes en el caso a los fines del derecho y la práctica jurisdiccional. Sumado a esto, se encuentran estructurados de tal manera que los particulares puedan apelar las decisiones de los tribunales inferiores ante las cámaras judiciales y, como última instancia, ante el máximo tribunal que es pluripersonal –compuesto de entre 5 a 9 personas–, cuyas directivas son seguidas por los jueces inferiores. Al mismo tiempo, describe que sus integrantes se encuentran dotados de una buena educación y un status social relevante, por lo que a los ojos de la sociedad son tenidos por destacables. También subraya que, en el aspecto práctico, tienen desacuerdos sobre cuáles son los derechos de los individuos y de las minorías al igual que todo ciudadano común. Lo cual tiene efecto sobre el ejercicio del control de la legislación, puesto que tendrán que resolver sus discrepancias mediante un método específico, como podría ser –y de hecho lo es– el voto por mayoría simple, aspecto que conlleva a preguntarse si dicho procedimiento es adecuado. Al mismo tiempo, menciona que dichos tribunales se caracterizan porque sus miembros no son elegidos por la ciudadanía ni tienen cuotas de representatividad popu-

---

<sup>724</sup>Cfr. Idem, pp. 69-71.

lar, por lo que no son responsables electoralmente, lo cual hace que tampoco se encuentren sujetos a presiones políticas<sup>725</sup>.

c-Compromiso con los derechos: los miembros de la sociedad comparten un compromiso con el reconocimiento y promoción de los derechos individuales, en especial, de las minorías. Los cuales no pueden negarse por intereses utilitaristas o porque así lo cree la mayoría<sup>726</sup>. Al mismo tiempo, menciona que la conciencia social de los derechos se amplía y dinamiza a medida que los individuos deliberan sobre las nuevas realidades que se originan. Por lo que mantienen un interés activo por el rol de los derechos en la vida de los individuos al punto de que el respeto general por los mismos forma parte del consenso en la sociedad. Describe que dicho reconocimiento se manifiesta en la adopción de cartas de derechos –o declaraciones que hacen las veces de instrumentos internacionales de carácter jurídico –por ejemplo, la Constitución de los EEUU, la Convención Europea de los Derechos Humanos, entre otros–, aunque reconoce que la regulación escrita de los derechos no constituye un presupuesto esencial para su reconocimiento y defensa. Presunción que tiene efectos en sus críticas al poder judicial, ya que una cosa es defender los derechos y otra es objetar el funcionamiento del control judicial fuerte<sup>727</sup>.

d- Desacuerdo sobre derechos: el punto de partida de la teoría política de Waldron es que, aunque exista un consenso social sobre la importancia de los derechos, subyacen constantes desacuerdos sustanciales sobre lo que son y, también, sobre cuáles son sus alcances. Lo cual indica que las personas se toman los derechos en serio y tienen una preocupación razonable y de buena fe. Así, por ejemplo, existen discrepancias sobre si los derechos sociales y económicos deben ser contemplados como integrantes de una Carta de derechos ya que requieren una acción positiva del Estado para su concreción, o si el derecho a la libertad de expresión tiene que ser limitado y, si es así, cuáles serían dichos límites, entre otras cuestiones que podrían presentarse. Por consiguiente, Waldron remarca que el mundo de los derechos se encuentra caracterizado por las cargas de juicio de Rawls, aunque afectan tanto lo que debe entenderse por bien como por justo. Al mismo tiempo, explica que los desacuerdos sobre derechos no deben entenderse como una adherencia al relativismo moral sobre su existencia, aunque advierte que esto no implica que no exista una verdad en relación a los mismos y a los principios de raigambre constitucional

---

<sup>725</sup>Cfr. Idem, p. 73.

<sup>726</sup>Cfr. Idem, pp. 73-74.

<sup>727</sup>Cfr. Idem, pp. 74-76.

que ayudan a un razonamiento adecuado. Por eso, menciona que, aun cuando exista una Carta de derecho escrita los desacuerdos no terminarán de resolverse<sup>728</sup>.

### 1.3-La forma del argumento central

El problema que Waldron visualiza es el siguiente: es necesario un procedimiento legítimo en términos democráticos, que permita tomar decisiones sustanciales sobre derechos individuales en un contexto de desacuerdo constante, caracterizado por la pluralidad de creencias que subyacen en la sociedad moderna. A dicho problema, como ya se indicó, Waldron plantea una solución: las decisiones de fondo deben ser tomadas por el Parlamento puesto que son los legisladores los representantes del pueblo y, al mismo tiempo, es el Parlamento la institución que cuenta con la estructura idónea para hacerlo<sup>729</sup>.

No obstante, a pesar de defender la regla de la mayoría y la teoría de la autoridad de *Wollheim* para decidir sobre problemas que dividen a la sociedad, observa que el control judicial de constitucionalidad fuerte sigue siendo concebido por los ciudadanos como el apropiado para dirimir los asuntos más profundos y acuciantes que preocupan a todos. Por consiguiente, la legitimidad de los jueces se encuentra tan valorada que, en democracias maduras como la de los Estado Unidos, su voluntad prima por encima de la de los legisladores y se les reconoce como legítima la potestad de invalidar o modificar leyes<sup>730</sup>.

Ante este panorama Waldron enfatiza en la necesidad de reforzar su teoría de la legitimidad mediante la comparación de las razones de proceso y de resultado con las que cuentan el poder legislativo y el poder judicial. Su propósito es dilucidar qué institución es verdaderamente adecuada para abordar cuestiones que conciernen a toda la sociedad, de manera que ayuden a forjar el procedimiento adecuado para llegar a una acción común, aun ante la suposición que los desacuerdos no desaparecerán por más democráticos y perfectos que sean los mecanismos de decisión que se elaboren.

---

<sup>728</sup>Cfr. Idem, pp. 77-78.

<sup>729</sup>Cfr. Idem, pp. 79-80.

<sup>730</sup>Waldron parte de la teoría de la democracia de *Wollheim* para echar luz sobre cómo deben dirimirse las cuestiones cuando existen desacuerdos sustanciales, puesto que mediante la misma explica que aunque dos ciudadanos discrepen con respeto a la decisión que debe tomarse, aceptarán el resultado final como propio y legítimo de ser obedecido, luego de la votación. Esto se debe a que el mismo será producto de un procedimiento en el que cual sus voluntades formaron parte del mismo y fueron respetadas. Cfr. Idem, p. 83.

En esta línea, el profesor explica en qué consisten ambas clases de razones:

- Razones de proceso: tienen por objeto fortalecer la participación en la toma de decisiones con independencia de cuál sea el resultado final. Así, por ejemplo, nadie negaría que los padres son las personas legítimas para ejercer el deber de corrección a sus hijos, aunque se pueda discrepar sobre el modo en que lo efectúan. No obstante, en el área política el deber de corrección se encuentra relacionado con la equidad política y el ejercicio de los derechos a deliberar y votar al calor de los desacuerdos.
- Razones de resultado: las mismas tienen por objeto fortalecer un procedimiento según cuán conducente sea para el logro de resultados adecuados –justos, correctos, etc.–. Waldron considera que, en cuestiones de principios –y, por ende, de derechos–, es meritorio llegar a resultados aceptables para no violar las libertades fundamentales. Detalla que el procedimiento no debe ser tendencioso ni especialmente beneficioso para ciertas posiciones políticas con respecto a una cuestión sustantiva y controversial, o fundamentarse en postulados utilitaristas. Más bien, lo que se busca es que permita llegar a la verdad en relación a los derechos y que, en virtud de ello, el resultado sea legítimo; es decir, que merezca ser aceptado y pueda resolver el problema que se suscite sin menoscabar los derechos en tela de juicio<sup>731</sup>.

Waldron menciona que ambas razones son importantes en el diseño de un procedimiento legítimo para la toma de decisiones políticas. Aunque como se observará, advierte que entre ellas existe una diferencia: las razones de resultado son no concluyentes, puesto que no fundamentan en forma inequívoca la legitimidad del control judicial de la legislación; por su parte, las razones de proceso traslucen la ilegitimidad del mismo y resaltan las ventajas del poder legislativo para tratar los desacuerdos de sustancia<sup>732</sup>.

#### 1.4-Razones relacionadas con el resultado

En aras a desentrañar las razones de resultado que legitiman a un procedimiento de toma de decisiones sustanciales en un sistema jurídico contemporáneo, Waldron recurre a Lon Fuller. Dicho pensador sostiene que los tribunales no son los adecuados para tratar todas las clases de demandas concernientes a los derechos individuales. En este sentido, detalla que muchas veces se suscitan demandas

---

<sup>731</sup>Cfr. Idem, p. 84.

<sup>732</sup>Cfr. Idem, p. 87.

cuyos intereses van más allá de los que incumben a las partes, y adquieren un carácter multifacético que torna inapropiado al poder judicial para tratarlo. Por eso, con respecto a las razones de resultado se enfoca en las capacidades de los jueces para resolver las cuestiones de derecho que se les presenta, ya que considera que en ellas reside el punto neurálgico de la cuestión.

En este sentido, Waldron indica que existen razones de resultados en contra y a favor del control judicial como así también de la labor legislativa. Por tanto, considera que las mismas no devienen en concluyentes ni hacen al argumento medular contra al control judicial de constitucionalidad fuerte. De este modo, para dar un ejemplo del doble sentido de las razones de resultado, objeta la crítica de Raz quien aduce que el Parlamento no brinda un contexto adecuado para resolver las cuestiones atinentes a derechos puesto que los representantes se encuentran sujetos a influencias políticas e intereses sectoriales. Lo cual puede provocar que sus juicios sean sesgados y sus decisiones parciales, haciendo que las leyes sean acordes a las aspiraciones de mayorías despreocupadas por el respeto de derechos genuinos. Sin embargo, el profesor menciona que dicha razón también afecta a los tribunales, ya que los jueces también se encuentran sujetos a presiones sectoriales al momento de decidir sus casos. Por otra parte –y esta vez en concordancia con Raz– detalla que en términos probabilísticos es inviable que los jueces resuelvan cuestiones de fondo. Considera que, como los jueces no se encuentran afectados en sus intereses, pueden devenir en órganos ineficaces en cuanto a la resolución de sus sentencias. Por eso, advierte que los legisladores, en virtud del sentido de apreciación que poseen por estar en contacto con la realidad y ser representativos del pueblo, se encuentran en mejores condiciones para resolver cuestiones de derecho que les son cercanas y les afectan<sup>733</sup>.

No obstante, a pesar de sus objeciones al poder judicial, Waldron se encuentra con la necesidad de defender la estructura y funcionamiento del Parlamento del ataque de sus opositores que esgrimen los argumentos de la tiranía y la parcialidad. Una crítica común es la suposición de que el Parlamento sólo funciona para empoderar la voluntad de las mayorías, y no para resolver cuestiones con un sentido equitativo. No obstante, Waldron menciona que para evitar la inmadurez en la deliberación y en las elecciones existen determinadas reglas como los presupuestos de capacidad mínimos para votar. Además, subraya que con respecto a lo estructural la bicameralidad ayuda a asegurar la veracidad en la información mediante la deliberación de miembros que representan diferentes intereses, lugares, culturas y

---

<sup>733</sup>Cfr. Idem, p. 89.

exponen sus propios puntos de vistas. Al mismo tiempo, señala que existen pautas formales para que los debates se susciten de manera respetuosa y ordenada. Estas características hacen que el resultado final sea representativo de todos y encuentre legitimación desde las diferentes perspectivas que tuvieron lugar en su evaluación y sanción<sup>734</sup>.

Luego, menciona la última crítica relacionada al funcionamiento del poder legislativo y, por ende, a la calidad del resultado final en virtud de la cual se pretende deslegitimar al Parlamento y resaltar la necesidad del control judicial de la legislación. Señala que dicho argumento desconoce o ignora cómo se desenvuelven los jueces en el campo práctico cuando elaboran sus sentencias. Por eso, en aras a vislumbrar tal ceguera introspectiva describe con un espíritu crítico las tres ventajas relacionadas a las razones de resultado que se le reconoce al poder judicial y en virtud de las cuales se lo honra<sup>735</sup>.

a-Orientación a cuestiones particulares: una de las ventajas que se atribuye al poder judicial es su capacidad de brindar una solución a individuos concretos y determinados en las situaciones del caso. Lo que no ocurre en el Parlamento en donde los problemas se abordan desde una perspectiva general. No obstante, Waldron menciona que dicho argumento solo tiene sentido en las primeras instancias judiciales puesto que cuando las decisiones se apelan y los casos deben ser resueltos por instancias superiores, en especial, al nivel de la Corte Suprema, la singularidad e idiosincrasias de las partes como así también su contexto situacional, pierden sentido y devienen abstractas. Detalla que esto se suma al hecho de que, cuando los casos se tornan relevantes, sea por los efectos que la decisión final puede generar en el interés colectivo de la sociedad o por la internalización del mismo en la agenda periodística, puede alterar el resultado judicial e inclinar la balanza hacia la parcialidad. Es de aquí que Waldron menciona que, cuando los casos devienen generales se diluye la singularidad de las partes y los efectos de las sentencias trascienden la esfera privada. Así, el poder legislativo deviene en un órgano que se encuentra en mejores condiciones para resolver la cuestión debido a su estructura bicameral y la posibilidad que otorga para que acontezca un debate genuino, sin cortapisas, posibilitando así el acaecimiento de resultados democráticos y legítimos<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup>Cfr. Idem, p. 90.

<sup>735</sup>Cfr. Idem, p. 91.

<sup>736</sup>Cfr. Idem, p. 92.

b-Orientación hacia el texto de la Carta de derechos: Waldron parte del punto de que el control judicial centra su actividad en la salvaguarda de una Carta de derechos, de carácter escrita, que es elaborada y aceptada en conformidad con la voluntad del pueblo para el respeto de los derechos individuales. No obstante, detalla que el problema se presenta cuando existen desacuerdos sobre qué son los derechos y cuáles son sus alcances, puesto que la regulación de los mismos en una Constitución escrita dificulta que puedan ser modificados por la voluntad de la mayoría parlamentaria. Por lo que la formulación de los derechos en una Carta escrita puede devenir en un defecto cuando las discrepancias se encuentran al orden del día. Menciona que el problema que acontece es que, puesto que los jueces son los encargados de interpretarla, se diluye el desacuerdo existente a fin de respetar la letra de la Ley. En este sentido, se promueve un formalismo textual que gira en torno al modo de entender las formulaciones canónicas encriptadas desde hace siglos haciendo de ello una labor liminar para dar una sentencia oportuna. Por lo que el foco de la cuestión, en el ámbito judicial, se reduce a argumentos marginales de interpretación, y las cuestiones morales terminan siendo dejadas de lado. Por consiguiente, los jueces se preocupan en encontrar una legitimidad formal en sus sentencias, para lo cual recurren al texto, sin discutir las razones de fondo que subyacen en los casos. Por último, Waldron detalla que otro de los problemas de la regulación escrita de los derechos se debe a que se establece una jerarquía entre los derechos que se encuentran regulados y los que no; de manera que, al momento de efectuar la revisión de la legislación, los jueces la realizan en virtud de lo que la Constitución regula dejando de lado aquellos que son incipientes y no fueron pensados al momento de su redacción. Por lo que el problema de la formalización es más amplio que el carácter estático que imprime en los derechos regulados. También es un problema que deja su huella en el razonamiento moral sobre lo que debe considerarse derecho, para lo cual pareciera que los jueces son los únicos responsables y legitimados para decidirlo<sup>737</sup>.

c-Formulación de razones: por último, Waldron menciona que la ventaja más preponderante que se atribuye al poder judicial es que los casos se deciden en virtud de razones de derecho. Dichas razones, como detalló con anterioridad, se encuentran orientadas al cuerpo escrito de la Constitución y, toda vez que las mismas no se encuentran actualizadas, las deliberaciones sobre los derechos devienen defectuosas en términos morales y políticos porque giran en modo asincrónico con las necesidades reales. De este modo, *dar razones* se identifica con vincular la decisión final con la prosa de un texto elaborado en el siglo XIX o, en su caso, en construir

---

<sup>737</sup>Cfr. Idem, pp. 93-95.

analogías similares con las de casos semejantes que se dieron con anterioridad, en aras a respetar la doctrina del precedente. Por consiguiente, una vez más, el profesor neozelandés arguye que las cuestiones intrínsecas de los desacuerdos de buena fe son desplazadas y ocupan un lugar trivial, la forma tiene predilección sobre la sustancia, la letra que circunscribe los derechos tiene mayor preponderancia que la importancia moral de los mismos. En conclusión, la búsqueda por dotar de autoridad formal a la sentencia, encuadrándola dentro de los cánones constitucionales o los lineamientos del precedente, se convierte en la razón de mayor peso dentro de la labor judicial. Lo cual termina siendo contradictorio y menoscabando las razones por las cuales el poder judicial deviene en una entidad que se encuentra en mejor situación para decidir las cuestiones sobre derechos individuales<sup>738</sup>.

Siguiendo esta última línea, Waldron menciona que durante los debates los representantes también dan razones para fundamentar sus votos. Detalla que estas son compartidas a la comunidad mediante el boletín oficial, aunque las mismas no se encuentran centradas en cuestiones de formalidad textual ni tienen por fin convencer al juez, sino que se indagan sobre lo que es verdaderamente importante; es decir, sobre cuestiones morales y políticas que afectan los derechos individuales y hacen discrepar a los ciudadanos. El profesor menciona el ejemplo del debate en la Cámara de los Comunes de Gran Bretaña sobre un proyecto de ley de 1966 cuyo objeto era legalizar el aborto. Detalla que la deliberación sobre dicho tópico fue extensa y apasionada, y que los representantes de ambas posiciones, tanto los que estaban a favor de su legalización como en contra, expusieron sus argumentos en forma honesta y en atenta escucha. Y si bien la decisión final fue por su legalización, los perdedores reconocieron que sus voces fueron respetadas por parte de los vencedores<sup>739</sup>. Es por eso que Waldron menciona a modo de conclusión:

(...) La diferencia clave entre el debate legislativo británico y el razonamiento judicial estadounidense es que este se preocupa más por problemas de interpretación y doctrina, mientras que quienes toman decisiones en el Parlamento británico pueden enfocarse sin cortapisas en el problema del aborto y en lo que este supone, es decir, en el estatus ético del feto; en los dilemas de las mujeres embarazadas y la importancia de sus elecciones, su libertad y su intimidad; en los conflictos y dificultades morales que todo esto implica, y en los problemas prácticos respecto del papel que debería desempeñar el derecho en asuntos morales íntimos. Estos son los asuntos que una sociedad debe discutir cuando decide sobre el derecho al aborto, y

---

<sup>738</sup>Cfr. Idem, p. 96.

<sup>739</sup>Cfr. Idem, p. 97.

son los asuntos a los que se dedica más tiempo en los debates legislativos y menos en las deliberaciones judiciales<sup>740</sup>.

### 1.5-Razones relacionadas con el proceso

Waldron describe que las razones de proceso tienen por objeto enfocarse en la legitimidad de la forma en que se toman las decisiones sustanciales relacionadas con los derechos individuales. Las cuales se encuentran enfocadas en la imparcialidad y en la participación equitativa de todas las voces comprometidas con el objeto del debate. En este sentido, toda vez que las razones de resultado no son concluyentes para legitimar el ejercicio del control judicial fuerte ni tampoco el funcionamiento del poder legislativo, puesto que tanto las leyes como las sentencias pueden adolecer de defectos que menoscaban las libertades básicas de las minorías, Waldron se pregunta si las razones de proceso pueden suplir dicha carencia y, como se advertirá, terminará por concluir que las mismas legitiman el ejercicio del poder legislativo por sobre el judicial<sup>741</sup>.

De este modo, para explicar la falta de autoridad de las sentencias del poder judicial, indaga en dos interrogantes que dejan de manifiesto la necesidad de una teoría de la legitimidad en la toma de decisiones política –la cual es complicada de lograr en la esfera judicial–. Estos son:

- ¿Por qué los ciudadanos deben aceptar y acatar las decisiones de una institución pública conformada por un número reducido de personas –por ejemplo, un tribunal o Parlamento–?
- ¿Por qué los ciudadanos que discrepan con la decisión final deben respetarla?

Waldron menciona que la respuesta a la primera pregunta encuentra asidero en la estructura de las legislaturas y en el procedimiento de aprobación de las leyes, puesto que el respeto de las leyes deriva del hecho de que fueron aprobadas por el voto de las mayorías de los legisladores previa deliberación respetuosa de las distintas posiciones comprometidas. A esto se suma el hecho de que los legisladores fueron elegidos por los ciudadanos mediante elecciones universales, libres y directas, en donde cada uno pudo expresar en secreto su voluntad. Por otra parte, la se-

---

<sup>740</sup>Idem, pp. 97-98. Waldron también menciona que el funcionamiento del Parlamento puede padecer de patologías, y el razonamiento legislativo verse afectado, por ejemplo, cuando las mayorías representativas actúan en forma apresurada y negligente motivadas por el pánico, reduciendo el debate a cuestiones consecuencialistas, sectarias o meramente populares. Cfr. Idem, p. 99.

<sup>741</sup>Cfr. Idem, p. 100.

gunda pregunta encuentra respuesta en las características propias de regla de las mayorías ya que la misma es imparcial en relación a los resultados, puesto que trata de manera equitativa a cada voluntad otorgándole un mismo peso individual. La regla de la mayoría, ejercitada con equidad y respeto, tanto en la elección de los representantes como en la aprobación de leyes, hace que la decisión final devenga legítima y digna de ser acatada, aun cuando la misma sea contraria en lo sustancial con la posición propia y originaria<sup>742</sup>.

Ante este panorama, Waldron trata de responder a dichas preguntas desde las antípodas del poder judicial, al cual compara con el poder legislativo con base en el siguiente punto:

Dado que las instituciones y procesos diferentes podrían generar resultados distintos, defender la legitimidad de una institución o proceso dados exige mostrar que son o serían más justos en términos procedimentales que otras instituciones o procesos que se encuentran disponibles y podrían adoptar la decisión contraria<sup>743</sup>.

Es por eso que modela otras dos interrogantes y, desde la conciencia de un ciudadano común, se pregunta:

- ¿Cuál es la razón por la cual las personas –jueces– deciden los casos sustanciales de derecho?
- ¿Por qué utilizan la regla de la mayoría para resolver los fallos?

Para demostrar la falta de respuestas oportunas o insuficientes en comparación con las ventajas del poder legislativo, Waldron explica los argumentos de los defensores del poder judicial a fin de demostrar su falta de idoneidad:

a-Ante el argumento basado en *legitimidad democrática* que tienen los jueces para resolver sus casos –aun cuando sus sentencias tengan efectos que conciernen a todos los individuos, cuyos efectos trascienden al de las partes–, en virtud de cómo fueron elegidos en sus puestos, Waldron menciona que no cuentan con credenciales democráticas suficientes. En este sentido, los jueces son propuestos por el poder ejecutivo y elegidos por los miembros del senado, los cuales a su vez son elegidos por el pueblo mediante elecciones directa. No obstante, dichas credenciales –de carácter indirecto en cuanto a sus notas de democracia– son inferiores a las de

---

<sup>742</sup>Cfr. Idem, pp. 101-102.

<sup>743</sup>Idem, p. 103.

los miembros del Parlamento, quienes son elegidos directamente por el pueblo y actúan como representantes en los temas que abordan. A esto se suma que los jueces no deben rendir cuenta de sus actos ante ninguna autoridad, a diferencia de los legisladores que deben hacerlo periódicamente ante los votantes, ya que si no legislan en consideración a los intereses de sus representados y no muestran una preocupación por el interés general, difícilmente podrán permanecer en sus bancas.

b-Por otra parte, con respecto al modo en que se resuelven las sentencias, esto es, la aplicación de la regla de la mayoría, que a nivel de la Corte Suprema se materializa en contar cabezas, en una decisión de 5 votos contra 4, menciona que esta forma también es criticable. Esto se debe a que no existe un fundamento congruente por el cual dicho mecanismo tenga mayor legitimidad que la regla de la mayoría utilizada por los miembros del Parlamento. Esto se debe a que, si entre los mismos jueces discrepan incluso en cuestiones de principios, y puesto que en el Parlamento la cuota de representatividad ciudadana es mayor, entonces éste último se encuentra en mejor situación para finiquitar las cuestiones sustanciales por medio del mismo método. Por lo que la defensa de la regla de la mayoría utilizada por los tribunales como medio de resolución se torna cuestionable ya que el desacuerdo reina, los resultados pueden adolecer de defectos y, en especial, la imparcialidad puede encontrarse afectada<sup>744</sup>.

En esta línea, Waldron menciona que los defensores del poder judicial han tratado de rebatir las objeciones referentes a la falta de credenciales democráticas auténticas y la falta de imparcialidad, mediante una retahíla de argumentos:

a-Los jueces no toman decisiones basadas en sus propios intereses subjetivos sino fundadas en la Constitución. Sin embargo, el profesor arguye que la regulación escrita de los derechos no resuelve los desacuerdos en el campo práctico y, a su vez, las discrepancias sobre la legitimidad de la autoridad en relación a quién debe decidir sobre los mismos no se encuentra dirimida<sup>745</sup>.

b-Los jueces, cuando sentencian, refuerzan y comprueban los compromisos que tomó la sociedad en su conjunto, por medio de los cuales pactó ciertos principios de moralidad sobre cómo aquellos deben ser entendidos. No obstante, Waldron menciona que los miembros de la sociedad actual no formalizaron ningún compromiso sobre derechos individuales, sino que en todo caso esa fue una voluntad explícita en siglos pretéritos que subyace sobre el yugo de las nuevas generaciones.

---

<sup>744</sup>Cfr. Idem, pp. 106-107.

<sup>745</sup>Cfr. Idem, p. 108.

Por lo que los compromisos que honran los jueces, en los cuales basan su labor jurisdiccional, no son legítimos en términos democráticos, como tampoco lo es el fundamento por el cual los ciudadanos deben acatar sus sentencias<sup>746</sup>.

c-En caso de que los representantes del pueblo discrepen con una sentencia judicial cuentan con un mecanismo para reformar la Constitución, documentos en el cual los jueces basan sus decisiones, y que en caso de que la misma no se lleve a cabo implicaría una aceptación democrática de carácter implícita sobre lo decidido. Sin embargo, como se detalló precedentemente, Waldron sostiene que dicho argumento es ilusorio porque reformar una Carta de derechos, a diferencia de una ley ordinaria, requiere de ciertas exigencias que obstaculizan su modificación, como una mayoría calificada en ambas cámaras. La cual es difícil de lograr y atenta contra la voluntad popular<sup>747</sup>.

d-Por último, la vía judicial no debe comprenderse en forma aislada, sino complementaria con otros modos que tienen los ciudadanos para resolver sus controversias –es decir, como una posibilidad más que tienen de participar cívicamente–. Sin embargo, Waldron postula que dicha posibilidad no resuelve las objeciones que existen en cuanto a sus características intrínsecas y estructurales contrarias a las exigencias de principios de igualdad política propios de una democracia. Enuncia que dicha posibilidad solo tiene sentido cuando el poder legislativo padece patologías graves en cuanto a su funcionamiento, lo cual es una excepción que acontece en democracias débiles y enfermizas<sup>748</sup>.

## 2-CONTRA-ARGUMENTOS A FAVOR DEL PODER JUDICIAL FUERTE

### 2.1-La tiranía de las mayorías

Waldron menciona que uno de los argumentos que esgrimen los defensores de control judicial de constitucionalidad fuerte para legitimar su posición es el *temor a la tiranía de las mayorías*. En este sentido, puesto que en el Parlamento las leyes son sancionadas mediante el voto mayoritario y, en aras a que los individuos y las minorías no sean oprimidos por cuestiones despectivas ni vulnerados sus derechos fundamentales, es necesario un órgano distinto que los proteja, evite consecuencias

---

<sup>746</sup>Cfr. Idem, pp. 108-109.

<sup>747</sup>Cfr. Idem, p. 109.

<sup>748</sup>Cfr. Idem, p. 110.

indeseadas y promueva el respeto de la Constitución. Caso contrario, arguyen como argumento axiomático, no tendrían ninguna otra defensa posible<sup>749</sup>.

Waldron refuta dicho argumento con distintos contra-argumentos.

a-Explica que existe una confusión en lo que se entiende como *tiranía de las mayorías*, ya que simplemente se la considera como la negación de derechos expresada por la voluntad de una mayoría numérica. Considera que, si esto es así, la tiranía estará presente en cualquier institución que ante el desacuerdo de derechos tome sus decisiones mediante el mayor número de votos. Así, por ejemplo, para los defensores de la vida *–pro life–*, la decisión vencedora adoptada por el voto mayoritario de los defensores del aborto *–pro choice–* será tiránica o viceversa. Detalla que, si sólo se hace foco en los resultados, ante la resolución de las leyes o sentencias incorrectas sobre derechos, entonces dichas instituciones serían tiránicas y todo estaría determinado por *cuánta tiranía* debe existir para que la decisión devenga en violatoria de los derechos individuales. Por ende, expresa que para no caer en el absurdo es necesario considerar, no solo el resultado final, sino también el modo en cómo se toman las decisiones. Es decir, subraya que es importante que en la toma de la decisión final sobre cuestiones sustanciales, se trate de una manera igualitaria y respetuosa a los miembros que participan de la misma, tanto los que pertenecen a la minoría como a la mayoría. Afirma que este elemento participativo tiene que existir aun cuando el resultado no sea el correcto, puesto que es un presupuesto insoslayable de la democracia<sup>750</sup>.

b-Al mismo tiempo, en aras a explicar qué debe considerarse como una decisión injusta en relación con la tiranía de las mayorías, advierte que es necesario distinguir entre mayorías y minorías *decisionales*, y mayorías y minorías *temáticas*, las cuáles se diferencian porque estas las últimas se encuentran afectadas en sus intereses en virtud de la decisión que se tome. Por consiguiente, sólo aquellos que votan por la parte perjudicada y se encuentran afectados en sus derechos de manera adversa, son considerados como pertenecientes a una minoría *–temática–* que es objeto de la tiranía de la mayoría. En este sentido, según Waldron, para que una persona X pueda ser víctima de la tiranía de la mayoría se tienen que dar dos condiciones:

- Existencia de una decisión final incorrecta con respeto a los derechos de las minorías o individuos afectados.

---

<sup>749</sup>Cfr. Idem, pp. 109-110.

<sup>750</sup>Cfr. Idem, pp. 111-112.

- X debe formar parte de la minoría temática y, por ende, encontrarse afectada adversamente en sus derechos.

En sentido contrario, se desprende que el simple hecho de pertenecer a la minoría –ante una decisión que beneficia a la mayoría– no es suficiente para ser víctima de la tiranía de la mayoría. Siempre y cuando, claro está, se haya podido participar de manera respetuosa en la deliberación y los intereses personales hayan sido escuchados y sopesados conjuntamente con los intereses de los demás miembros.

c-Siguiendo la lógica del argumento medular, Waldron recuerda que el tercer supuesto del cual parte para elaborar su caso central, establece que los miembros de la mayoría se interesan por los derechos de las minorías. Este presupuesto se encuentra en línea con el cuarto supuesto según el cual el desacuerdo existente en materia de derechos no son producto de una búsqueda y aspiración a cristalizar intereses egoístas. Por eso, considera que la *tiranía de las mayorías*, –cuando es bien entendida– tiene lugar en los casos marginales; es decir, en contextos en donde existen patologías que afectan el funcionamiento del poder legislativo y, por ende, el control judicial se torna necesario para aminorar los problemas sintomáticos<sup>751</sup>.

Por último, Waldron compara sus premisas con las de Dworkin quien defiende el control judicial de constitucionalidad de la legislación en sentido fuerte. Subraya que ambos coinciden en que los procedimientos democráticos de toma de decisiones políticas son legítimos cuando son respetados los derechos de aquellos que integran el debate, que de buena fe deliberan para tratar de llegar a una solución justa. No obstante, también remarca que difieren con respecto a las razones de resultado relacionadas con el control judicial, puesto que para Dworkin las sentencias judiciales que declaren inválidas una ley del congreso, en virtud de una demanda presentada por un ciudadano, sólo serán antidemocráticas si se comprueba que tal ley era necesaria para que los derechos individuales comprometidos puedan ser respetados. Por consiguiente, considera que si la sentencia fuese correcta en estos términos entonces la democracia se habrá fortalecido. De esta manera, como se observó, Waldron indaga más allá del resultado y se enfoca en el procedimiento por el cual se tomó la decisión final. Considera que aunque la sentencia sea acertada, no tiene legitimidad si el procedimiento judicial no es concordante con las exigencias del autogobierno<sup>752</sup>.

---

<sup>751</sup>Cfr. Idem, p. 115.

<sup>752</sup>Cfr. Idem, pp. 115-117.

## 2.2-Parlamento: juez en su propia causa

Waldron menciona que otros de los argumentos que utilizan los defensores del control de constitucionalidad se identifica con el principio *nemo iudex in sua causa*, nadie puede ser juez en su propia causa. Sostiene que para objetar que los representantes del pueblo puedan decidir cuestiones sustanciales que los afectan en sus derechos se suele acudir a dicha máxima. Por consiguiente, alegan que las decisiones últimas sobre cuestiones fundamentales no deben quedar en manos del pueblo, sino más bien, de un órgano neutral que pueda explayarse sobre las mismas sin tomar partido a su propio favor<sup>753</sup>.

No obstante, el profesor menciona que cualquier decisión que deba tomarse conllevará decidir, en cierta medida, sobre algo que lo afecta en su propio interés, salvo que las cuestiones puedan ser decididas por entes o personas extrañas. Menciona que hasta los jueces de la Corte, cuando sentencian, terminan siendo afectados con las decisiones que ellos mismos imparten en sus juicios, sea en forma directa o indirecta. Es por eso que detalla la necesidad de ser cauto al momento de brindar tal argumento dañino de la regla de la mayoría. En este sentido, expresa:

A menos que imaginemos una cadena de apelaciones interminable, siempre habrá alguna persona o institución cuya decisión será la última. Y siempre podemos decir de esta persona o institución que, puesto que tiene la última palabra, sus miembros están dictando una regla *ipso facto* sobre la aceptabilidad de su propio punto de vista. Invocar a la ligera el *nemo iudex in sua causa* no es excusa para olvidar la lógica elemental de la autoridad: la gente discrepa y se necesita una decisión última y un procedimiento para tomarla<sup>754</sup>.

No obstante, Waldron menciona que el principio *nemo iudex* sí tiene sentido y deviene oportuno, cuando quienes tienen que decidir una cuestión de fondo –por ejemplo, concerniente a los derechos individuales– lo hacen sabiendo que la misma afectará los derechos de terceros, y éstos no son invitados a participar de la decisión o son apartados arbitrariamente. Así, son otros los que están decidiendo ilegítimamente por ellos sin darles la oportunidad de deliberar y votar, como si fuesen meros objetos de imputación<sup>755</sup>.

---

<sup>753</sup>Cfr. DD, p. 354.

<sup>754</sup>DD, p. 355.

<sup>755</sup>Cfr. Idem, p. 355.

En conclusión, la invocación de dicha máxima es inadecuada cuando se cumplen los siguientes presupuestos: 1-los miembros de la comunidad –o sus representantes– son los que resuelven un problema que los afecta en sus derechos; 2-y tal problema es abordado mediante un procedimiento respetuoso de todos los individuos –tanto de los que pertenecen a las minorías como a las mayorías–, basado en la igualdad de oportunidades. Es aquí que resalta la importancia de un segundo adagio: *quod omnes tangit ab omnibus decidentur*, lo que concierne a todos debe decidirse por todos<sup>756</sup>.

### 2.3-Respuesta de Waldron: casos no centrales

Waldron menciona que sus críticas contra el control judicial pierden peso cuando los cuatro supuestos condicionales –pero no irreales– no acontecen en la sociedad. Es decir, cuando las instituciones democráticas y legislativas no funcionan racionalmente bien, debido a que los procedimientos electivos y deliberativos son defectuosos y, por ende, no hay una auténtica representatividad, ni respeto de la igualdad política. Lo que se suma al hecho de que existe una cultura corrupta que impide tomar los derechos de las minorías e individuos en serio. Este problema provoca que el control judicial devenga en una especie de remedio y resguardo excepcional para proteger los derechos que de otro modo estarían afectados<sup>757</sup>.

En esta línea, menciona que los argumentos y razones exployados, vinculados con el proceso, en aras a legitimar las decisiones del poder legislativo, no se encuentran sujetas a la necesidad de un desenvolvimiento democrático *perfecto* en lo que respecta a participación ciudadana en condiciones de igualdad política. Aunque subraya que es necesario que dichas instituciones públicas se organicen de tal forma que busquen concretar el ideal de la democracia, y su consecuente trato digno a los individuos que participan de los procedimientos decisionales<sup>758</sup>.

No obstante, aunque el Parlamento padezca una patología que lo haga disfuncional en términos democráticos, menciona que conferir una potestad total al poder judicial para que tenga la última palabra, puede obstaculizar una posible reforma legislativa y la concretización de un procedimiento democrático que funcione adecuadamente y brinde respuesta a los desacuerdos de derechos propios de una sociedad plural. En este aspecto, considera que la idea generalizada de que el Parlamento funciona como una caja de resonancia de la que nada bueno puede salir y

---

<sup>756</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>757</sup>Cfr. CGJ, p. 118.

<sup>758</sup>Cfr. Idem, pp. 118-119.

que, por ende, se necesita del criterio erudito de los magistrados, dificulta la posibilidad de construir una cultura legislativa responsable. Destaca que genera una especie de simbiosis. Por un lado, los derechos de los individuos y minorías pueden verse salvaguardados con el control judicial de una legislación perversa, pero por el otro, a nivel institucional, la falta de autolimitación judicial podría atentar contra la mejora y fortalecimiento de la democracia<sup>759</sup>.

En este sentido, Waldron resalta que el prejuicio existente contra minorías insulares y distinguibles que existe en una comunidad, y se traduce en una apatía hostil hacia los derechos de éstos por parte de los miembros del voto mayoritario, lleva a menoscabar la legitimidad de los procesos políticos de toma de decisiones que pretenden ser imparciales. Lo que hace necesario un cuidado especial que solo puede estar en cabeza de instituciones de carácter no electivo que traten de salvaguardar los posibles derechos afectados.

En esta línea, Waldron menciona que estas circunstancias indeseadas que legitiman el control judicial requieren efectuar una diferenciación, puesto que si las mayorías judiciales padecen los mismos síntomas prejuiciosos que las mayorías parlamentarias, la autoridad de los magistrados se torna ilusoria. Por lo que pareciese que el fundamento en donde descansa la autoridad de la elite de la judicatura, en un marco en el que se tenga consideración por las minorías, consiste en que ésta se encuentra comparativamente en una situación mejor que las elites del Parlamento, que también pretenden proteger los derechos de las minorías afectadas por prejuicios. Esto se debe a que suele considerarse que estas últimas no se encuentran afectadas por la presión social de las masas o instituciones partidarias. Por ende, en lo que respecta a la legitimidad, dependerá en qué institución la distribución del apoyo de los derechos de los individuos y las minorías es más preponderante<sup>760</sup>.

Por último, en aras a dejar en claro su postura, Waldron menciona que su objetivo es demostrar que el control judicial de la legislación, deviene ilegítimo en sociedades donde se cumplen los cuatros supuestos condicionales expresados. Es decir, sociedades en donde las instituciones democráticas y electivas se desenvuelven razonablemente bien a pesar de que existan discrepancias de sus miembros en cuestiones de derechos<sup>761</sup>. Al mismo tiempo, menciona a modo de crítica que es poco

---

<sup>759</sup>Cfr. Idem, p. 120.

<sup>760</sup>Cfr. Idem, pp. 121-122.

<sup>761</sup>Cfr. Idem, p. 123.

serio sostener que la autoridad del poder judicial descansa en las patologías funcionales del poder legislativo, expresa:

Tal vez existan circunstancias –patologías peculiares, instituciones legislativas disfuncionales, culturas políticas corruptas, legados de racismo y otras posibles formas de prejuicio endémico en las que valga la pena sopor-tar momentáneamente estos costos de confusión y privación. Sin embargo, los defensores del control judicial de la legislación deberían comenzar a formular sus argumentos a favor de esa práctica abiertamente sobre esas bases y hacerlo con un grado de humildad y vergüenza respecto de las cir-cunstancias que los motivan, en vez de predicarla como si fuese el epítome del respeto de los derechos y como un elemento normal y normativamente deseable de la democracia constitucional moderna<sup>762</sup>.

### 3-EL OTRO ARGUMENTO: LA SUPREMACÍA JUDICIAL

#### 3.1-El peligro de la supremacía judicial

En aras a defender el ideal del autogobierno popular, propio de toda república democrática, Waldron hace énfasis en el peligro de que se erija una supremacía ju-dicial que tenga poder sobre la voluntad del pueblo y la respectiva legislación san-cionada. Considera que de esta manera el gobierno puede dejar de estar en manos de los ciudadanos para pasar a estar en manos de una elite judicial no representa-tiva<sup>763</sup>.

En esta línea, el profesor fundamenta su posición contraria a la supremacía judicial desde el pensamiento de Lincoln que, en las antípodas de su gobierno –más precisamente en su discurso inaugural de 1861– ya advertía sobre la posibilidad que acontezca dicho problema institucional. De esta manera, ante una cuestión de índole general que no estaba resuelta por la Constitución, como la esclavitud en te-rritorios no conformados como Estados, el mandatario deja entrever la necesidad de que dicha situación sea decidida por el pueblo –y no por los miembros de la Corte– aunque reconoce la legitimidad de sus sentencias en cuestiones de carácter indivi-dual<sup>764</sup>. En palabras de Lincoln,

---

<sup>762</sup>Idem, p. 124.

<sup>763</sup>Cfr. Idem, pp. 125, 130.

<sup>764</sup>Cfr. Idem, p. 126.

No olvido la posición que adoptaron algunos en cuanto a que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por la Corte Suprema, ni tampoco niego que esas decisiones (...) merecen gran respeto y consideración (...). Al mismo tiempo, el ciudadano sincero debe reconocer que, si la política del gobierno sobre cuestiones vitales que afectan a toda la población ha de ser irrevocablemente determinada por las decisiones de la Corte Suprema, (...) el pueblo habrá renunciado en la práctica a su gobierno y lo habrá dejado en manos de ese ilustre tribunal<sup>765</sup>.

En esta línea, Waldron menciona que no existe una definición dogmática y generaliza sobre lo que debe entenderse por *supremacía judicial* de la Constitución, por lo que trata de desentrañar sus diferencias con el *control judicial fuerte* de la legislación en donde los jueces pueden dejar de aplicar la ley o modificar sus efectos en aras a adecuarlas a las exigencias de los derechos regulados en la Carta Magna. Detalla que la inclinación a la supremacía judicial por parte de los jueces se debe a la forma en que se ejercen el control judicial fuerte. Es aquí que para darse a entender analiza los presupuestos que debe reunir el poder judicial para que el ejercicio de la judicatura se convierta en una auténtica supremacía judicial<sup>766</sup>.

### 3.1.1-El desplazamiento del autogobierno

El problema del desplazamiento del puede sintetizarse en la siguiente premisa: si los tribunales pueden decidir como *última instancia* las cuestiones sustanciales que incumben a todos los ciudadanos –como la extensión territorial de la esclavitud– entonces el pueblo habrá abdicado en su potestad de ejercer el autogobierno para dejarlo a merced de los jueces. Por eso Waldron menciona las siguientes palabras para describir dicho aspecto de la supremacía judicial:

Aunque es difícil de precisar podríamos decir que la supremacía judicial es la tendencia de cualquier arreglo institucional que permite que estas cuestiones vitales y divisas sean resueltas por los tribunales<sup>767</sup>.

Del mismo modo, menciona que la consecuencia de este desplazamiento será que los ciudadanos se verán apartados de la posibilidad de decidir sobre el futuro del orden en su triple dimensión social, político y económico, sobre el que desean proyectar sus vidas. Esto se debe a que ciertas decisiones, como por ejemplo, si el

---

<sup>765</sup>Idem, p. 126.

<sup>766</sup>Cfr. Idem, pp. 130-132.

<sup>767</sup>Idem, p. 133.

pueblo debe organizarse como un estado capitalista o socialista; o si el país debe abandonar una determinada forma de gobierno y dar lugar a otra, como la monarquía; o, sin ir más lejos, si debe dejar de ser parte de un acuerdo internacional de integración económica como la Unión Europea, entre otras. Si las decisiones de dicha índole quedan supeditadas a la voluntad de los tribunales, entonces el poder popular de autogobernarse habrá sido menoscabado<sup>768</sup>.

Por eso, en los tópicos sobre los que los jueces se encuentran legitimados a decidir en sus sentencias, la diferencia entre el poder judicial fuerte y la supremacía judicial deviene en una cuestión de grado. Los jueces deben ser medidos en su capacidad de discernir el alcance de sus decisiones y, cuando corresponda, hacer reserva de su decisión<sup>769</sup>.

### 3.1.2-Soberanía judicial: la reproducción del problema de Hobbes

Waldron postula que la supremacía judicial, entendida desde los postulados de Hobbes, conlleva la reproducción del problema de la regresión al infinito en lo que respecta al ejercicio soberano del poder. Es este sentido, el pensador inglés entendía que, para que una sociedad pueda funcionar de manera organizada, era necesario la existencia de un soberano que ejerciese su gobierno en todas sus dimensiones –sancionar leyes, aplicarlas, ejercer la coacción para su cumplimiento, entre otras prerrogativas– dentro de los márgenes del acuerdo por el cual fue elegido, y sin encontrarse sujeto a otra restricción. Por eso, Waldron cita las palabras de Hobbes:

El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles, ya que teniendo poder para hacer y revocar las leyes, puede, cuando guste, liberarse de esa ejecución, abrogando las leyes que le estorban y haciendo otras nuevas; por consiguiente, era libre desde antes. En efecto, es libre aquel que puede ser libre cuando quiera. Por otro lado, tampoco es posible para nadie estar obligado a sí mismo; porque quien puede ligar, puede liberar, y por tanto, quien está ligado a sí mismo solamente, no está ligado<sup>770</sup>.

En esta línea, desde su concepción de la soberanía, Hobbes rechazaba el constitucionalismo como límite al abuso del poder, puesto que el soberano no puede es-

---

<sup>768</sup>Cfr. *Ibidem*.

<sup>769</sup>Cfr. *Idem*, p. 133.

<sup>770</sup>*Ibidem*, p. 134.

tar limitado en el ejercicio de su potestad de gobierno. Caso contrario, si existiese una ley por encima del soberano habría también un juez que, en virtud de los parámetros de la misma, pueda sancionarlo y restringirlo. De esta manera, habría un nuevo soberano –el juez–, y el ejercicio del control no tendría un límite determinado puesto que siempre se necesitará alguien que controle al controlador, lo que conllevaría a la disolución del Estado por falta de un único soberano y, por ende, el retorno al estado de naturaleza en donde el hombre es un lobo para el hombre<sup>771</sup>.

Siguiendo esta vena, la conclusión es clara, o existe un único órgano que sea tenido como soberano sin restricción alguna –sea la asamblea legislativa o el monarca–; o existe un juez que, mediante el ejercicio de su actividad jurisdiccional, deviene en un soberano irrestricto. Ahora bien, si no hay ninguna institución que pueda controlar los actos del tribunal cuando controla la legislación de los representantes del pueblo, invalidándolas o modificándolas, entonces éste deviene es un soberano encubierto. Por eso, el profesor menciona que lo que hay que decidir es si el poder judicial debe ser considerado como una institución dentro del estado de derecho o un soberano hobbesiano cuyo único límite es su propia voluntad<sup>772</sup>.

### 3.1.3-Usurpar *le pouvoir constituant*

La tercera forma mediante la cual el poder judicial puede devenir en un poder supremo es haciéndose de la potestad exclusiva de decidir cómo debe entenderse la Constitución, la cual es una forma de adueñarse de ella. En este sentido, parte del punto de que toda sociedad que ejerce su propio autogobierno tiene una Carta de Derechos que es manifestación de su voluntad soberana y establece los lineamientos liminares del ejercicio del poder. Dicho corolario, se basa en la distinción del pensador francés Sieyès, quien expresaba que el pueblo vendría a ser el poder constituyente –*le pouvoir constituant*–, y los tribunales el poder constituido –*le pouvoir constitué*–, cuyos cimientos creacionales se encuentran en la Constitución erigida por aquél<sup>773</sup>.

Siguiendo esta línea, Waldron describe los dos principios de Sieyès. El *principio positivo* según el cual el pueblo puede determinar las formas que le parezca correcta para modificar la Constitución haciendo ejercicio de su soberanía popular; y el *principio negativo*, según el cual la estructura de un sistema constitucional debe estar organizada para garantizar que ningún poder constituido –órganos del Esta-

---

<sup>771</sup>Cfr. Idem, pp. 134-135.

<sup>772</sup>Cfr. Idem, pp. 135-136.

<sup>773</sup>Cfr. Idem, pp. 136-137.

do y partidos políticos— pueda ser identificado con el poder constituyente. Waldron considera que se enfoca en analizar el segundo principio, el cual considera acertado, y explica que en una democracia ningún poder constituido puede considerarse como la voz del pueblo. Detalla que aun en el caso del Parlamento, cuando delibera y sanciona leyes en representación de los votantes, debe hacerlo mediante los procedimientos previamente establecidos en la Carta Magna<sup>774</sup>.

Aplicado este pensamiento al poder judicial Waldron concluye que las sentencias del tribunal dejan de ser legítimas en términos democráticos y se identifican con un ejercicio de supremacía judicial, cuando se erigen como la voz fundante del pueblo. Por tanto, el desafío consiste en discernir hasta qué grado de avance judicial, en materia interpretativa constitucional, es permitido en lo sustancial para que acontezca tal menoscabo institucional, y se viole el principio negativo que marcaba Sieyès<sup>775</sup>.

En conclusión, Waldron menciona que los tres desbordamientos mencionados: el desplazamiento del autogobierno, la reproducción del problema hobbesiano sobre la autoridad y la usurpación del poder constitucional, identifican tres formas de hegemonía. Esto es, la hegemonía del gobierno, de las leyes y de la Constitución, las cuales hacen que el poder judicial devenga en un poder supremo que se arroga las potestades que le competen a los ciudadanos en el ejercicio del autogobierno democrático<sup>776</sup>.

### 3.2-Inclinación hacia una supremacía judicial

Waldron menciona que en el campo práctico el poder judicial ejerce un control supremo cuando, mediante sus sentencias, trata de imponer un programa o agenda política organizada, que va más allá de la resolución de casos particulares entre personas concretas y se traduce en efectos generales sobre los demás órganos del Estados y miembros de la sociedad. Subraya que dicho activismo político, que trasciende el caso concreto, no es debido a la regla del precedente, —como pensaba Lincoln— en virtud de la cual una sentencia del máximo tribunal se torna obligatoria para los jueces inferiores convirtiéndose así, el poder judicial, en un ente supremo. Esto se debe a que el precedente también puede actuar en sentido opuesto y restringir el espectro programático. Por consiguiente, el carácter vinculante que puede

---

<sup>774</sup>Cfr. Idem, pp. 137-138.

<sup>775</sup>Cfr. Idem, p. 139.

<sup>776</sup>Cfr. Idem, p. 140.

tener una sentencia para los tribunales inferiores no necesariamente conlleva a consolidar un plan de acción social planificado<sup>777</sup>.

Yendo al tuétano de la cuestión, Waldron enfatiza que el poder judicial se torna abusivo cuando a través de sentencias sucesivas comienza a implementar un programa social o, en su caso, cuando se oponen –atribuyéndose una especie de poder de veto– a políticas programáticas generales elaboradas por otros órganos del Estado que fueron votadas por el pueblo y cuya concreción se encuentra bajo la responsabilidad de las mismas. Explica que la función del poder judicial reside en identificar los abusos a los derechos ocasionados por los demás poderes del Estados e individuos de la sociedad. Señala que un caso patente de inclinación hacia la supremacía judicial es el de la integración del Tribunal Supremo de la era *Lochner*, según la cual entre los años 1880-1930, en los EEUU, se invalidaron leyes que trataban de formalizar un plan económico y social progresista, por lo que el poder judicial actuaba como un órgano político cuyas sentencias tenían efectos de interés público que trascendían al de las partes en juicio. Enfatiza que existía un enfrentamiento institucional entre ambos poderes, de tal manera que mientras las sentencias invalidaban leyes otras tantas se sancionaban para contrarrestar los efectos de dichas invalidaciones<sup>778</sup>. En esta línea, explica Waldron:

Así que esta es otra de las maneras en que el control judicial puede tender a la supremacía judicial: cuando los jueces sólo prestan atención a su propia idea de la Constitución, como si ellos sólo fueran los propietarios y las otras ramas de gobierno y el pueblo en general no tuvieran derecho a opinar al respecto<sup>779</sup>.

En esta línea, Waldron advierte sobre la necesidad de pensar un constitucionalismo popular. Aunque no de raigambre radical como el de Tushnet que descarta la Constitución y el control judicial, sino uno que legitime y haga posible que los otros órganos del Estado, de carácter electivo, puedan decidir mediante debates cómo debería interpretarse una Carta de derechos y qué medidas políticas son acordes a sus exigencias, sin que la misma sea una atribución exclusiva de los jueces. Desafío que conlleva buscar un equilibrio entre las decisiones del pueblo manifestadas por medio de los representantes y los magistrados, para no caer en la supremacía de unos pocos<sup>780</sup>.

---

<sup>777</sup>Cfr. Idem, pp. 142-143.

<sup>778</sup>Cfr. Idem, pp. 144-145.

<sup>779</sup>Idem, p. 145.

<sup>780</sup>Cfr. Idem, p. 145.

Waldron considera que es peligroso cuando la Corte funciona con base en el interpretativismo viviente e irrestricto, de tal manera que considera a la Constitución como si fuese un árbol vivo que se debe cuidar, podar y armonizar en relación con las exigencias de la realidad en aras a que no quede desactualizado o reducido a máximas cristalizadas que datan del siglo XIX. Desde esta concepción los jueces son los encargados de controlar y revisar cómo debe entenderse las cláusulas de la Constitución para adaptarla a los valores emergentes. Por consiguiente, los señores con toga se transforman en verdaderos padres fundadores –redactores de la Constitución– con la potestad de decidir cuestiones sustanciales en nombre del pueblo, de tal manera que la Constitución queda subordinada a su voluntad, haciéndose con el *pouvoir constituant* y, por consiguiente, tornándose en un soberano hobbesiano que quebranta la democracia<sup>781</sup>.

### 3.3-Argumento procedimental: 5 contra 4

Waldron considera que el mecanismo de la mayoría simple es el medio idóneo para decidir las cuestiones sustanciales de derecho, con prescindencia de que se utilice en el Parlamento o en los tribunales. La realidad es que ambos órganos se encuentran sujetos a cuestiones de desacuerdo, puesto que estos circundan el campo de los principios como así también de las políticas públicas, y comparten, a nivel decisorio, el mismo método de resolución: la votación por simple mayoría. En este sentido, lo fundamenta a partir de varias razones como la estabilidad de la decisión, la imparcialidad y la capacidad epistémica para llegar a la verdad. No obstante, una de las objeciones que efectúa contra el poder judicial se encuentra relacionada con el ejercicio de dicho mecanismo, aunque en este sentido, lejos de criticar la esencia del procedimiento –según el cual un voto puede marcar la diferencia en el resultado final–, lo que el profesor efectúa es un análisis comparativo del mismo dentro de las esferas del poder judicial y el poder legislativo, en virtud de los fundamentos que lo legitiman como medio idóneo para arribar a una decisión ante los desacuerdos reinantes<sup>782</sup>.

En esta línea, Waldron no se reduce a afirmar que la decisión de la mayoría es el mecanismo natural de todo proceso de decisión, al punto que no necesite ninguna justificación, o como predica Arendt «el principio de la mayoría es inherente al proceso mismo de toma de decisiones»<sup>783</sup>, sino que manifiesta que la votación ma-

---

<sup>781</sup>Cfr. Idem, pp. 149-150.

<sup>782</sup>Cfr. Idem, pp. 153-154.

<sup>783</sup>Idem, p. 166.

yoritaria necesita ser justificada para que pueda desentrañarse su legitimidad. Por consiguiente, como es propio de todo procedimiento decisorio anuncia que es necesario discernir si las decisiones que se toman por medio de ellas pueden llegar a tener apoyo y, más precisamente, si es capaz de dar una respuesta oportuna que sea aceptada por los disidentes, lo cual solo es posible si las características del procedimiento son tales que lo hagan posible<sup>784</sup>.

Estas son las razones comparativas que hacen que la regla de la mayoría en cabeza de los jueces ponga en duda la legitimidad de sus decisiones con respecto a la que efectúan los legisladores:

a-Eficacia de la decisión final: el método de la decisión mayoritaria tiene una ventaja con respecto al azar –por ejemplo, con lanzar una moneda al aire–, y es su eficacia para resolver una cuestión dotándola de estabilidad y un carácter definitivo en términos relativos. En este sentido, si la moneda se vuelve a tirar el resultado puede cambiar, por lo que sería ridículo tomar decisiones sustanciales de derecho mediante dicho mecanismo. En cambio, si se vuelve a votar el cambio se encuentra sujeto a la variación de las voluntades de los votantes. Es aquí que, en este sentido, la decisión por mayoría es más eficaz que otros métodos. Sin embargo, llevado a un nivel comparativo entre legisladores y jueces existen ciertas diferencias a resaltar. En concreto, el baremo de las votaciones en el Parlamento es más sensible a las exigencias de la realidad puesto que sus integrantes son representativos del pueblo y cambian con cada elección periódica. En cambio, los jueces cambian en forma distante y no tienen alícuotas de representación, por lo que las tendencias, sean conservadoras o progresistas, pueden cristalizarse en un lapso de tiempo considerable disminuyendo así la posibilidad de adaptarse a las exigencias sociales, lo que termina por dotar a sus decisiones de un grado de fijeza que obstaculiza los cambios oportunos en el derecho. En este sentido, en la simbiosis entre la capacidad de finalizar un problema y la posibilidad de que la solución final no sea permanente, es donde reside el *quid* de la cuestión que termina por aventajar al Parlamento.

b-Posibilidad de arribar a la verdad: Waldron parte del punto de que los jueces, considerados como un grupo de expertos, tienen desacuerdos de principios al sentenciar, como así también lo tienen los legisladores al deliberar y votar sobre cuestiones políticas. Desde esta perspectiva, considerando que la verdad no puede ser asegurada por ningún órgano, recurre al fundamento de la sabiduría de las masas de Aristóteles para sostener que es más probable que un número elevado y diverso de individuos que poseen distintos conocimientos y experiencias puedan lle-

---

<sup>784</sup>Cfr. Idem, pp. 167-168.

gar a una respuesta adecuada ante un caso concreto, que un grupo minoritario por más erudito que sea. Al mismo tiempo, también cita el teorema de Condorcet que otorga muestra de esto. Así, si se parte del punto de que en términos aritméticos es más probable que cada uno de los jueces y legisladores –considerados en forma individual– llegue a la respuesta correcta, las posibilidades de acertar –en una elección binaria sin deliberación– se incrementarán a medida que aumente el número de voluntades participantes. En este sentido, ante la utilización del mismo método –decisión por mayoría–, el Parlamento está en mejor situación que el poder judicial por contar con una mayor cantidad de individuos<sup>785</sup>.

c-Equidad: la equidad es el rasgo más característico de la decisión de la mayoría en un contexto democrático. En esta línea, el voto de cada individuo vale lo mismo –una persona, un voto–, por lo que los individuos son tratados como iguales sin ningún sesgo político. Las elecciones se pueden ganar o perder por un simple voto y aquellos que hoy integran los puestos de poder pueden dejar de hacerlo en las próximas elecciones. Waldron menciona que dicha característica, puede encontrarse afectada en el poder judicial, puesto que, como sostiene Dworkin, el voto de determinados jueces en la decisión final puede tener más peso que el de otros –por ejemplo: el voto del presidente de la Corte o de aquellos que tienen más años ejerciendo la función jurisdiccional–<sup>786</sup>.

De esta manera, Waldron deja demostrado que ante dos órganos que utilizan el mismo procedimiento de decisión –deliberar y contar cabezas–, y ya que tanto los jueces como los legisladores dan razones de sus votos, los argumentos en favor a uno u otro se terminan dando por una cuestión comparativa. El mecanismo de la decisión mayoritaria –aunque sean 5 votos contra 4 o 218 contra 217– es en sí mismo intrínsecamente adecuado como mecanismo para intentar dar una respuesta a los desacuerdos. Siguiendo esta vena, el profesor neozelandés concluye que el hecho de que los jueces puedan tomar, por medio del mismo procedimiento, una decisión final que invalide la decisión los legisladores, se debe, en el fondo, a una cuestión antidemocrática. Puesto que es consecuencia de una desconfianza en la voluntad ordinaria de los ciudadanos y sus respectivos representantes ante determinadas cuestiones sustanciales. Y, sin ir más lejos, resalta que es el temor a una posible tiranía de las mayorías ordinarias, y no a una inviabilidad del procedimiento de la decisión mayoritaria<sup>787</sup>.

---

<sup>785</sup>Cfr. Idem, pp. 173-176.

<sup>786</sup>Cfr. Idem, pp. 180-186.

<sup>787</sup>Cfr. Idem, pp. 188-189.

SECCIÓN SEGUNDA: HACIA UN MODELO ALTERNATIVO DE TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS

1-LA NECESIDAD DE UN MODELO DIALÓGICO

1.1-El diálogo como piedra angular

La crítica de Waldron al control judicial fuerte no es ciega, sino que se encuentra acompañada de una propuesta que todavía debe ser construida, la cual debe partir del siguiente punto: la posibilidad de diálogo entre jueces y legisladores en la toma de decisiones sustanciales. Describe que dicho diálogo no debe ser entendido como una excusa de legitimación, como un poner los medios para una escucha sorda y que, luego, sean quienes tengan mayor poder los que tomen la dirección. Más precisamente, explica que debe evitarse el absurdo de pensar que los jueces, por ser expertos en los temas que abordan, no tienen nada que aprender de los legisladores, sino que por el contrario es menester que tengan una apertura al enriquecimiento mutuo. La cual debe estar cimentada en aquello que todos comparten, es decir, la preocupación y compromiso por los derechos individuales y la necesidad de llegar a una respuesta en concreto<sup>788</sup>.

En este sentido, el profesor neozelandés considera que ambos órganos –poder legislativo y poder judicial– pueden beneficiarse de sus propias ventajas. Así, por una parte, las legislaturas tienen experiencia y práctica en la deliberación y diálogo sobre derechos y cuestiones de moralidad política –lo cual conlleva abordar problemas desde una perspectiva de principios–, y también una perspectiva pragmática sobre las posibles consecuencias a futuro. Esto implica un desenvolvimiento pulido en el arte de la escucha y la observación de las diversas posiciones que circundan los tópicos que se tratan. Lo que ayuda a llegar a una decisión común. Por su parte, los jueces son expertos en cuestiones de interpretación constitucional, y se esfuerzan en buscar claridad y armonía en los textos jurídicos para que se adecuen a las exigencias del sistema de derecho, posibilitando así la comprensión de diferentes temas complejos mediante un análisis de principios e ideales –por ejemplo: *Brown v. Board of Education*–<sup>789</sup>.

---

<sup>788</sup>Cfr. Idem, pp. 195-196.

<sup>789</sup>Cfr. Idem, pp. 216-218.

En esta línea, Waldron menciona que la posibilidad de diálogo será posible si se considera un control judicial débil en vez de fuerte, puesto que en este último caso los jueces pueden dejar de aplicar la legislación o considerarla inválida sin necesidad de entablar intercambios de argumentos con quienes la sancionaron. Aunque también es consciente que dicha premisa depende de la cultura social y política que exista en cada Estado. Por eso, antes de explicar los posibles modelos de diálogo, describe los supuestos condicionales de los que parte:

a-Seriedad en los derechos: los miembros de la sociedad, jueces y legisladores, se toman los derechos en serio y son respetuosos de los principios constitucionales – democracia, división funcional de los poderes, federalismo, entre otros—<sup>790</sup>.

b-Existencia de una Carta o Declaración de Derechos: el compromiso por los derechos se materializa en forma de un documento que los miembros de la sociedad comparten y aceptan para regular sus conductas –por ejemplo, la Convención Europea de los Derechos Humanos, la Constitución de los Estados Unidos, entre otros—<sup>791</sup>.

c-Desacuerdo sobre derechos: los miembros de la sociedad discrepan sobre qué son los derechos, cuáles son sus alcances, qué libertades deben contar como tales, si en ocasiones de emergencia los mismos deben ser operativos o ceder en aras a privilegiar otros valores y, en definitiva, cómo deben interpretarse. Diferencias que son palpables entre jueces, legisladores y ciudadanos corrientes. Al mismo tiempo, en su mayoría los desacuerdos morales y constitucionales sobre derechos son de buena fe y razonables. Advierte que la existencia de los mismos no implica caer en un relativismo y negar la existencia de una verdad o una respuesta correcta, sólo que no se revela de manera que disuelva las discrepancias<sup>792</sup>.

d-La permanencia del desacuerdo: la regulación de los derechos en una Carta constitucional no finiquita el desacuerdo que existe en cuanto a los mismos. Sino que, por el contrario, en determinadas ocasiones cristaliza en soluciones, formulaciones de derechos, que no condicen con las que tiene la sociedad actual. Es aquí que, ya sea porque las formulaciones de derechos reguladas son muy abstractas o porque se encuentran desactualizadas, existen discrepancias con respecto a su regulación, y los análisis interpretativos no terminan por resolverlo<sup>793</sup>.

---

<sup>790</sup>Cfr. Idem, p. 198.

<sup>791</sup>Ibidem.

<sup>792</sup>Cfr. Idem, pp. 199, 202, 206.

<sup>793</sup>Cfr. Idem, p. 200.

e-Reconocimiento general de la importancia de los desacuerdos: los desacuerdos que existen son de vital importancia para la sociedad ya que sus tópicos enmarcan en cuestiones trascendentes que preocupan en la consciencia social, y que tendrán efectos en la vida y organización estructural de la comunidad. Algunos de dichos tópicos son el aborto, la inferencia del Estado en el mercado, la libertad religiosa, el gasto para las campañas políticas, entre otros. Detrás de cada discrepancia se presenta una disputa sobre cuál es la forma correcta de comprender los derechos involucrados, cuyas aristas van más allá a lo que se entiende como un problema interpretativo, puesto que involucra los ideales que subyacen en la sociedad y una observación detenida sobre las implicaciones que los mismos tienen en la organización del gobierno<sup>794</sup>.

f-Concepción del desacuerdo como una realidad normal: la existencia del desacuerdo debe ser concebida como una circunstancia normal y propia de una sociedad contemporánea y pluralista, y su abordaje, sea en los tribunales o legisladores, no implica que deba llegarse a una solución inequívoca o unánime con respecto a cómo debe ser solucionado. El consenso no debe ser un hecho al que se tenga que arribar inevitablemente. Por eso, el foco debe ponerse en la legitimidad de la decisión final, en su posibilidad de que pueda sostenerse a mediano y largo plazo. Es aquí donde el poder legislativo cuenta con predilección dada su estructura y representatividad<sup>795</sup>.

## 1.2-Un ejemplo de ausencia de diálogo

En aras a fundamentar el porqué de las condiciones mencionadas Waldron describe un ejemplo constitucional de los Estados Unidos en el que las mismas se encuentran plasmadas, concerniente a la libertad religiosa. Explica que los ciudadanos se toman en serio la libertad religiosa, a tal punto que la reconocen como algo valioso. La misma se encuentra regulada en la Primera Enmienda. No obstante, a pesar de dicha internalización constitucional los ciudadanos discrepan sobre cuáles son las exigencias que la libertad religiosa requiere. En este sentido, por un lado, están quienes sostienen que el Gobierno no debe promulgar leyes que limiten su ejercicio, aunque existan razones legítimas para hacerlo –como leyes que prohíben la venta de alcohol o narcóticos y afecten la administración de sacramentos, o leyes que restrinjan los sacrificios animales, o que impidan la remodelación de edificios históricos–. Por el otro, están los que consideran el respeto a la libertad religiosa, y

---

<sup>794</sup>Cfr. Idem, pp. 200-201.

<sup>795</sup>Cfr. Idem, pp. 202-203, 208.

sostienen la posibilidad de que el gobierno pueda restringirla, bajo la condición de que no sea una maniobra deliberada que pretenda exclusivamente limitar su ejercicio –por ejemplo, limitación por motivos antirreligiosos–<sup>796</sup>. Ante este desacuerdo existente entre los miembros de la sociedad, la cláusula del libre ejercicio, al estar redactada en términos abstractos, no determina cuál es la interferencia estatal permitida cuando llegue a comprometer las prácticas religiosas. Al mismo tiempo, puede observarse que dichas discrepancias son de vital importancia para los miembros que practican cultos religiosos y que, por consiguiente, su regulación tiene implicancias en cómo deben administrarse las políticas públicas de esa sociedad<sup>797</sup>.

Waldron menciona que la disputa sobre lo que debe entenderse por libertad religiosa según la Primera Enmienda tuvo lugar en Estados Unidos e implicó un conflicto exento de diálogo, entre la Corte Suprema y el Parlamento. Lo cual se debió a que los jueces decidieron no escuchar las voluntades de los legisladores. Detalla que las controversias comenzaron con la sentencia del máximo tribunal en *Employment Division v. Smith* mediante la cual se cambió la posición sobre cómo debe entenderse la garantía de la libertad religiosa, toda vez que se dejó de lado la doctrina que protegía con mayor vigor dicha libertad de culto<sup>798</sup>. Esto se debe a que, antes de *Smith*, la libertad de culto exigía que no se sancione ley alguna, sea intencional o no, que restrinja su ejercicio. Por consiguiente, en dicho fallo, se aceptó una doctrina, más restrictiva en términos subjetivos, en virtud de la cual la libertad religiosa solo conllevaba el rechazo de la legislación de leyes *intencionales* que pudiesen limitar su ejercicio<sup>799</sup>.

No obstante, como el Parlamento tenía una oposición opuesta a la del fallo en cuestión, en 1993 sancionó la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa –RFRA– que determinaba la adopción de la doctrina anterior a *Smith*, más generosa en términos de protección religiosa. Sin embargo, después de cuatro años, mediante el fallo *City of Boerne v. Flores*, la Corte volvió a la doctrina de *Smith* en contraposición a lo legislado en la RFRA, sin dar respuesta a los razonamientos que se efectuaron cuando se debatió dicha ley en el Parlamento, ni expresarse sobre el punto focal relacionado a la competencia de los legisladores para explicitar mediante dis-

---

<sup>796</sup>Cfr. *Idem*, pp. 203-204.

<sup>797</sup>Cfr. *Idem*, pp. 203-205.

<sup>798</sup>Las dos concepciones en torno a la libertad religiosa que describe Waldron, son: «(1) la libertad religiosa es (entre otras cosas) el derecho a verse libre de legislación pensada para limitar la práctica religiosa; o (2) la libertad religiosa es (entre otras cosas) el derecho a verse libre de toda legislación que limite la propia práctica religiosa, independientemente de que la limitación haya sido intencional». *Idem*, p. 228.

<sup>799</sup>Cfr. *Idem*, p. 231; *Employment Division v. Smith*, 494 US 872 (1990).

posiciones legales cómo debe entenderse la libertad religiosa en relación con las acciones de carácter público del gobierno. Simplemente, se declaró la existencia de un exceso en las facultades del Parlamento y se subrayó la legitimidad de la autoridad judicial para interpretar la Constitución y decidir qué debe entenderse como derecho, aún por sobre los representantes del pueblo y en virtud del emblemático caso *Marbury v. Madison*. Waldron menciona que dicha actitud fue reflejo de un ejercicio puro de supremacía judicial, como si el razonamiento judicial solo descansase en los precedentes judiciales, opacando así toda posibilidad de diálogo<sup>800</sup>.

Es por esta tendencia a la negación del diálogo de los jueces del máximo tribunal, que Waldron objeta la viabilidad del control judicial de constitucionalidad fuerte. En esta línea, en un sistema de este estilo, en donde se presume que los jueces tienen a última palabra bajo el fundamento de la superioridad argumentativa y, por tanto, una sapiencia destacable para desentrañar los principios constitucionales en juego y armonizarlos en los casos concretos, es que el intercambio de ideas deviene vano. De esta manera, los jueces actúan como soberanos supremos, obstaculizando la posibilidad de construir un diálogo enriquecedor entre distintas ramas del gobierno<sup>801</sup>. Expresa Waldron:

Lo que queremos es un sistema en el que los tribunales expresen su opinión en cuestiones constitucionales; cuando lo hagan, las legislaturas normalmente las escucharán, aunque no adhieran de manera automática, basándose en el prestigio asociado a la función judicial. Sin embargo, los tribunales y sus defensores están tan dominados por sus mitos sobre la deli-

---

<sup>800</sup>Cfr. CGJ, pp. 227-229, 232-234; *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S 507 (1997). Con respecto a la evolución de la libertad religiosa en Estados Unidos, puede leerse la siguiente explicación desde una perspectiva más objetiva que la de Waldron: «En la interpretación jurisprudencial del derecho norteamericano de libertad religiosa, la última década del siglo XX comenzó con la decisión Smith. En esta sentencia, el Supremo consagró un principio de neutralidad formal en el libre ejercicio de la religión. A partir de entonces, cualquier limitación del *free exercise* sería posible ante una normativa o práctica neutral y de general aplicación. Atrás quedaba la operación de equilibrio de intereses (*balancing test*) mantenida desde 1963. En efecto, en Sherbert, el Supremo procedió a un análisis riguroso (*strict scrutiny*) de los intereses enfrentados. Según este examen, el interés público debía ser lo bastante poderoso (*compelling state interest*) y representar la medida menos restrictiva (*least restrictive means*) si deseaba prevalecer sobre el derecho de *free exercise*. Tres años después de la decisión Smith, las Cámaras legislativas respaldaron una ley de restauración de libertad religiosa: Religious Freedom Restoration Act de 1993 (RFRA). Sin embargo, la polémica continuó hasta que el Supremo, en la sentencia Flores (1997), invalidó esta ley por entender que el Congreso se había excedido en sus facultades, invadiendo las competencias de los Estados. Más tarde, un nuevo intento legislativo encontró el apoyo del Congreso en la Religious Land Use and Institutionalized Persons Act del 2000 (RLUIPA)». José Ignacio RUBIO LÓPEZ, “La última aplicación de la doctrina norteamericana del *Strict Scrutiny* en el derecho de libertad religiosa: González v. O Centro Espirita”, *Ius Canonicum*, XLVI, 92 (2006) 581, pp. 585-586.

<sup>801</sup>Cfr. CGJ, pp. 235-236.

beración legislativa y las opiniones de los legisladores sobre los derechos que son incapaces de devolver el favor; es especialmente improbable que lo hagan cuando saben que pueden prevalecer en el sistema constitucional sin tener que escuchar, y sin tener que prestar deferencia<sup>802</sup>.

### 1.3-Alternativa al control judicial fuerte

Waldron menciona que sus objeciones contra el control judicial fuerte de la legislación no son ciegas, o meramente negativas, sino que en virtud de ellas brinda ejemplos sobre modelos de control judicial débil que existen y son afines a la posibilidad de que acontezca un diálogo inter-institucional. En este sentido, describe ciertos modelos que imprimen las huellas que los Estados pueden seguir para que las decisiones sustanciales sobre derechos individuales sean lo más legítimas posible en términos democráticos.

a-El modelo neozelandés: Waldron menciona que en Nueva Zelanda no existe una Constitución como en Estados Unidos, sino una Ley de Declaración de Derechos –*New Zeland Bill of Rights Act, 1900*– que si bien regula derechos individuales, rechaza la posibilidad de que los jueces puedan ejercer un control de la legislación fuerte. Por tanto, existe una inclinación a la supremacía legislativa y se invita a que las leyes que se sancionen sean acordes con las libertades y derechos de la Ley citada. De este modo, indica que existe una preferencia de compatibilidad sustancial que debe preferirse en detrimento de cualquier otra interpretación, aunque no impone tal obligación. Expresa el Artículo cuarto de la normativa:

Ningún tribunal debe, en relación con cualquier ley –tanto si fue expedida antes como después de la entrada en vigencia de esta Declaración de Derechos–: a-establecer que una disposición de esa ley ha sido revocada o derogada de manera implícita, o se ha vuelto inválida o inefectiva; o b- rehusarse a aplicar una disposición de la ley basándose en que es incompatible con una disposición de esta Declaración en Derechos<sup>803</sup>.

Si bien Waldron no está a favor de ningún tipo de supremacía, sea legislativa o judicial, puesto que su ideal es el de un modelo deliberativo inter-institucional, detalla que en el modelo neozelandés es posible que exista un diálogo cuando la mayoría parlamentaria tiene incertidumbre sobre cómo interpretar las cláusulas de la Ley de Declaración de Derechos –LDD–, lo que evita caer en una visión reducida

---

<sup>802</sup>Idem, p. 237.

<sup>803</sup>Idem, p. 218.

o abusiva de los parámetros jurídicos. Explica, a modo de ejemplo, cómo sería una forma posible de que se suscite dicho diálogo: I-los legisladores sancionan una ley L1 bajo el doble fundamento de que promueve los objetivos de la mayoría y es compatible con la concepción que efectúan de la LLD, llámese dicha concepción D1. II-Por su parte, los tribunales interpretan la ley L1 tratando de armonizarla con su propia concepción de la LLD, que es D5, la cual es diferente a la de posición de la mayoría parlamentaria. III-Acto seguido, la mayoría parlamentaria, luego de observar la interpretación del tribunal, vuelve a analizar la ley que sancionaron y expide una ley diferente llamada L2, la cual contiene mejoras puesto que es más fiel a los objetivos de la mayoría parlamentaria y tiene como referencia una nueva concepción de la LLD, llamada D2, que fue enriquecida con los aportes del tribunal. IV-Por su parte, nuevamente, cuando los tribunales vuelvan a observar la ley L2, lo harán tratando de armonizarla con una nueva concepción que tienen de la LLD, llámese D4, la cual fue enriquecida con los aportes del diálogo que tuvieron con los legisladores; no obstante, la ley L2 sigue sin agradar a los jueces ya que la misma fue producto de una concepción de la LLD, D2, que es diferente a la que tienen los jueces –D4–. V-De esta manera, comienza un nuevo ciclo, y los legisladores sancionan una nueva ley L3 compatible con una nueva concepción de la LDD, D3, la cual fue enriquecida con los últimos aportes de la deliberación con el tribunal. VI-Los tribunales vuelven a considerar la ley modificada por los legisladores, L3, y lo hacen a la luz de una nueva concepción de la LDD, llámese D3, que es similar a la propia de los legisladores, por lo que ahora sí la interpretación que efectúan de L3 es armónica con los objetivos de los legisladores de la mayoría. De esta forma, se alcanza un objetivo mediante la elaboración de concepciones diferentes de la LDD, que lleva a reinterpretaciones de la Ley sancionada por el Parlamento, dando como resultado un enriquecimiento mutuo debido al diálogo inter-orgánico suscitado entre ambos poderes<sup>804</sup>.

En este sentido, puede apreciarse cómo el modelo neozelandés podría dar lugar al diálogo entre jueces y legisladores. Esto se debe a que la decisión de los jueces no es tomada como definitiva y, por su parte, los legisladores no actúan de manera aislada sin escuchar los consejos de los jueces. Todos tienen una actitud abierta de mejora interpretativa que es dialógica, razonable y de buena fe<sup>805</sup>.

b-El modelo británico: este modelo también se caracteriza por tener un control judicial débil. En este sentido, existe una Ley de Derechos Humanos –*Human Rights Act*, 1998– que imposibilita a los jueces a declarar la invalidez de las leyes o

<sup>804</sup>Cfr. Idem, pp. 219-221.

<sup>805</sup>Cfr. Idem, pp. 220-221-

dejarlas de aplicar en casos concretos pertinentes. No obstante, los jueces tienen la potestad de efectuar juicios de compatibilidad entre las disposiciones de una ley y los derechos regulados en la Convención Europea de Derechos Humanos que fueron incorporados al derecho británico por la Ley mencionada. En este aspecto, en caso de que la Corte sostenga, en su convicción y bajo fundamento, que existen incompatibilidades entre las leyes de derechos interno y las cláusulas de la Convención, de tal manera que los derechos individuales se encuentren comprometidos, puede elaborar una *declaración de incompatibilidad*, la cual si bien no es vinculante, ni modifica los efectos de la ley, ni la declara nula, posibilita que un ministro pueda hacer uso de la misma para iniciar un procedimiento legislativo de carácter expedito y solucionar las disparidades existentes, siendo en esta posibilidad donde reside el control judicial. Por consiguiente, en este modelo, en caso de que los representantes del pueblo discrepen con los jueces sobre cómo interpretar los derechos individuales, los magistrados tienen dos alternativas: 1-expedir declaraciones de incompatibilidad de las leyes que crean contrarias a las cláusulas de la Convención, hasta que algún ministro decida iniciar el procedimiento extraordinario mencionado; 2-reconsiderar la interpretación que efectúa el Parlamento, y tratar de convenir en una especie de diálogo inter-orgánico en aras a lograr un intercambio de interpretaciones para una mejor comprensión<sup>806</sup>.

## 2-LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA JURÍDICA ADECUADA PARA EXPLICAR EL DERECHO DE ORIGEN DEMOCRÁTICO

### 2.1-El positivismo normativo de Waldron

#### 2.1.1-Pretensión del derecho: canalizar los desacuerdos

Desde una perspectiva política Waldron advierte sobre la necesidad de crear una teoría del derecho que no esté supeditada al razonamiento judicial o labor de los juristas, siguiendo así la objeción de Roberto Unger sobre la incomodidad del derecho contemporáneo con respecto a la democracia<sup>807</sup>. A este fin, considera que es necesario construir una filosofía del derecho que sitúe la cuestión del desacuerdo en el centro de una teoría de la legislación y la democracia, y no en las periferias en donde las discrepancias políticas son ignoradas. Esto se debe a que el positivismo

---

<sup>806</sup>Cfr. Idem, pp. 221-223.

<sup>807</sup>Cfr. DD, p. 15.

moderno interpreta la legislación alejada del mundo real, y concibe al desacuerdo como un obstáculo que impide arribar a resultados concretos, razón por la cual lo apartan del estudio jurídico como si fuese un signo de insatisfacción<sup>808</sup>.

En este sentido, Unger subraya la existencia del fenómeno de la *marginalización de la legislación* para objetar que en las teorías de derecho contemporáneas – desarrolladas por filósofos como Hart y Sacks –, el foco de atención se encuentra en la jurisprudencia analítica, por lo que la legislación está desplazada de la esfera práctica y es tomada como un recurso secundario de aplicación ante la inexistencia o inviabilidad de otra fuente. El filósofo brasileño advierte que dicha vicisitud en la praxis jurídica conlleva a que también se menoscabe la importancia del Parlamento como órgano adecuado en la toma de decisiones políticas y, en modo anexo, a la democracia como forma de gobierno. Es aquí que efectúa una pregunta que amerita ser respondida desde el mundo del derecho: ¿cómo imaginar una teoría del derecho adecuada con la democracia?<sup>809</sup>

En esta línea, Waldron enarbola la bandera crítica de Unger y procura construir una filosofía del derecho que sea respetuosa del ideal popular. En este sentido, subraya la necesidad de vislumbrar una doctrina jurídica que se explaye sobre aspectos nucleares de la democracia, como lo son: la naturaleza del derecho, la actividad interpretativa de la ley, el fundamento de su legitimidad y, también, la responsabilidad que compete a los ciudadanos, jueces y legisladores en lo concerniente al armado de un sistema democrático<sup>810</sup>.

Ante este desafío, el profesor neozelandés expresa que el derecho aspira a concretar la justicia en una comunidad que se encuentra integrada por personas que piensan en modo diferente sobre la forma de resolver las controversias atinentes al bien común<sup>811</sup>. Por consiguiente, afirma que el derecho pretende ordenar las acciones e interacciones de los miembros de la sociedad en un contexto en donde las discrepancias sobre cómo resolver los conflictos políticos se encuentran al orden del día. Remarca que el derecho no tiene únicamente por objeto resolver los conflictos puertas adentro de los tribunales –como sucedería, por ejemplo, en un juicio de divorcio– ya que sería erróneo reducir el derecho a la actividad de los jueces. Por tanto, considera que en una democracia el derecho debe crear un modo de internalizar los desacuerdos que haga posible la deliberación en aras a encontrar una solución

---

<sup>808</sup>Cfr. Idem, p. 113.

<sup>809</sup>Cfr. Idem, pp. 16-17.

<sup>810</sup>Cfr. Idem, pp. 17-18.

<sup>811</sup>Cfr. Idem, p. 13.

satisfactoria. Subraya que la autoridad del derecho no reside en que un puñado de personas distinguidas –sean jueces o legisladores– por tener mejores conocimientos que el resto de la sociedad sino que, más bien, su autoridad descansa en la realidad fáctica de que «los ciudadanos tenemos la reconocible necesidad de actuar en conjunto sobre diversas cuestiones o de coordinar nuestro comportamiento en determinados ámbitos con referencia a un esquema común, y que dicha necesidad no desaparece porque tengamos desacuerdos acerca de cómo debería ser nuestro curso de acción común o el esquema a partir del que lo definimos»<sup>812</sup>.

De este modo, Waldron sostiene que el fundamento de la autoridad del derecho consiste en construir esquemas comunes para articular la acción colectiva en las circunstancias actuales de la política. En este sentido, señala que el derecho se compromete con el problema de las discrepancias en cuestiones sustanciales del siguiente modo: 1-formalizando la estructura para que el desacuerdo tenga su cauce de internalización –un ejemplo serían las reglas que regulan la actividad legislativa dentro del Parlamento haciéndola seria y razonable–; 2-y, una vez que la voluntad general es expresada mediante el voto previa deliberación de buena fe, identificándose con la legislación resultante, la cual deviene en un medio adecuado de estabilidad y eficacia para canalizar los desacuerdos<sup>813</sup>.

### 2.1.2-Críticas al positivismo analítico

Como se mencionó previamente Waldron expresa que los filósofos positivistas se han concentrado en estudiar los aspectos estructurales y formales del derecho – es decir, su origen, identificación de las reglas sociales y aplicabilidad en concreto–, olvidando estudiar la institución en donde se delibera y aprueban las leyes mediante las cuales una sociedad se organiza. En otras palabras, objeta que los positivistas analíticos no han tomado en serio la figura del Parlamento como órgano predilecto de la democracia, y que no han teorizado sobre su estructura representativa ni el proceso mediante el cual se crean las leyes<sup>814</sup>. Es aquí que las críticas que el profesor neozelandés dirige contra el positivismo analítico podrían sintetizarse en los siguientes postulados: a-reducción del derecho al razonamiento judicial; b-concepción unitaria del Parlamento; c-intención del legislador como factor legítimamente de las leyes.

---

<sup>812</sup>Cfr. *Idem*, p. 14.

<sup>813</sup>*Ibidem*.

<sup>814</sup>Cfr. GARGARELLA, MARTÍ, “Estudio Preliminar: La...”, p. XXXIII.

## a-Reducción del derecho al razonamiento judicial

Waldron reconoce que los pensadores clásicos del positivismo –Hobbes y Bentham– reconocían la legislación como centro del derecho que efectivamente rege; es decir, identificaban a la legislación como parte del derecho que es y debe ser. Arguye que ellos preferían los sistemas jurídicos caracterizados por un protagonismo fuerte del Parlamento en contraste con los sistemas del *Common Law* basados en los precedentes judiciales. Alega que criticaban el sistema jurídico anglosajón porque se encontraba cimentado en un derecho impredecible y asistemático, que no tomaba en serio la autoría del derecho posibilitando así la inseguridad jurídica<sup>815</sup>. En la misma línea, advierte que el positivismo moderno –en especial, el positivismo hartiano– también se erige sobre la idea nuclear del positivismo clásico que considera a una norma como derecho en virtud de la fuente de origen y no debido a su contenido explícito. De esta manera, ambas doctrinas positivistas coinciden que el origen institucional es lo que hace que una norma sea válida en términos jurídicos. Por ende, no sería erróneo sostener que los postulados fundamentales del positivismo contemporáneo se identifiquen con la tesis de las fuentes sociales y la regla del reconocimiento. Por consiguiente, no puede negarse que la institución del Parlamento todavía sigue presente como órgano del cual emana el derecho<sup>816</sup>.

Nos obstante, Waldron subraya que dicha consideración al Parlamento es mera apariencia, toda vez que tanto Hart como Raz –principales filósofos del positivismo contemporáneo– se interesan más por la aplicación del derecho que hacen los jueces por medio de sus sentencias que por el funcionamiento y estructura real del poder legislativo –como cuestiones de tamaño, diversidad, reglas de deliberación, entre otras–. Por tanto, pareciese que el proceso de creación legislativa deviene en una cuestión accidental, no necesaria para la construcción de una teoría del derecho contemporánea<sup>817</sup>. Así, por ejemplo, Waldron describe que, lo que imprime la

---

<sup>815</sup>Cfr. DD, p. 43.

<sup>816</sup>Cfr. Idem, p. 44.

<sup>817</sup>Ibidem. En palabras más precisas, Waldron se pregunta: ¿podría pensarse que en el positivismo analítico de Hart –a diferencia de Joseph Raz– la legislación sí ocupa un protagonismo importante en el mundo del derecho? En este sentido, explica que un aspecto fundamental que distingue a un sistema jurídico hartiano es su capacidad para modificar en forma deliberada las reglas y prácticas de una comunidad determinada, la cual es una función que se condice con las propias del poder legislativo. Según Hart esta capacidad es un rasgo característico de las sociedades jurídicas que las diferencia de las pre-jurídicas, ya que una sociedad pre-jurídica se encuentra regida por costumbres convencionales en donde todos sus miembros conocen las normas internas que regulan las conductas humanas. De este modo, los cambios jurídicos de la misma se realizarán mediante un proceso lento, así, por ejemplo, las conductas se transforman en hábitos y luego de un tiempo considerable devienen en costumbres, hasta que estas son tomadas como obligatorias, aunque también puede ocurrir el proceso inverso, en una sociedad con dicho comportamiento las normas no pueden cambiar deliberadamente.

impronta de sistematicidad en el pensamiento de Raz, es la existencia de un conjunto de instituciones que funcionan en forma organizada en la aplicación de las normas, haciendo factible el reconocimiento de la validez de las mismas en virtud de un criterio basado en las fuentes. No obstante, menciona que para ellos el criterio de las fuentes no se identifica necesariamente con la institución del Parlamento, ya que éste podría no existir puesto que dentro del positivismo analítico no es un engranaje esencial para sistematizar un cuerpo jurídico. Por tanto, en esta línea, habría derecho siempre y cuando los jueces lo reconozcan como válido a través del test de pedigrí<sup>818</sup>. De este modo, el criterio de validez para determinar lo que es derecho se encuentra basado en las decisiones pretéritas sentenciadas por los tribunales, según dos principios: 1-los tribunales aplican normas preexistentes; 2-aquello que un tribunal identifica como norma preexistente es vinculante. De este modo, los tribunales serían los únicos encargados de constituir un cuerpo legal válido en virtud de su función identificadora del derecho normativo –como se detalló, los tribunales no solo constituyen la fuente del derecho sino que también aplican la regla de reconocimiento– sin necesidad de que exista un órgano legislativo<sup>819</sup>.

No obstante, a pesar de esta crítica, el profesor neozelandés no quita importancia a la regla de reconocimiento de Hart, sino que manifiesta que la misma cumple un rol importante con respecto a los desacuerdos en la sociedad –aunque no los agota–. Menciona que los desacuerdos pueden ser de los más variados. Así, por un lado, es común que una sociedad jurídica que promulga su propio derecho se encuentre con *diversas propuestas* que pueden entrar en conflicto, ya que algunas no serán aceptadas como viables; por lo que se pregunta cuál es el criterio para elegir las que son satisfactorias y, por ende, vinculantes. Por el otro lado, también advierte que pueden existir desacuerdos entre personas que promueven *una única pro-*

---

Por consiguiente, Hart enseña que un sistema deviene en jurídico con el establecimiento de las reglas secundarias que son las que efectivamente determinan el procedimiento mediante el cual se aprueban las nuevas normas y se derogan las anteriores, y también el criterio para identificar las normas como efectivamente aprobadas, lo que conlleva a la existencia de un grupo de personas dotadas con un conocimiento experto capaces de identificar el derecho que rige, otorgándole de esta manera autoridad social. Por lo que hasta aquí pareciese que para Hart el hecho de contar con una legislación es un punto clave en el esfuerzo por crear una teoría de derecho. Sin embargo, Waldron advierte que la regla de reconocimiento entendida en claves hartianas descansa en cabeza de los jueces, por lo que la legislación tiene un protagonismo pobre en la atribución de validez a las normas, cuando en verdad es dentro de su seno en donde las leyes se producen luego de que se delibere sobre sus puntos fundamentales. Cfr. Idem, pp. 44-48.

<sup>818</sup>Cfr. Idem, p. 44.

<sup>819</sup>Cfr. Idem, pp. 44-45.

*puesta* legislativa que es similar en términos generales haciendo que se necesite un criterio para determinar cuál de todas sus versiones deberá ser promulgada<sup>820</sup>.

Ante estos problemas, Waldron plantea que los Parlamentos contemporáneos son instituciones adecuadas para abordar desacuerdos dando respuesta favorable a los mismos. Es aquí que para pergeñar un posible modo de lograrlo toma los postulados sobre las reglas secundarias de Hart y, con el foco puesto en el poder legislativo –y no en los tribunales judiciales–, detalla cuáles serían las reglas secundarias que deberían respetarse para canalizar los problemas colectivos: A-la legislación debe emerger de un proceso deliberativo en donde se escuchen todos los puntos de vistas razonables en relación a la propuesta legislativa a considerar; B-deben existir reglas de representación –respetuosas de distintos intereses y territorios–; C-también reglas que regulen la asistencia a los debates y audiencias; D-reglas que regulen el debate; E-reglas sobre las enmiendas; F-y reglas sobre la votación. Luego de enumerar tales reglas considera que es importante tener en cuenta que sólo tendrán autoridad aquellas intervenciones que queden plasmadas en el texto que resulte favorable en la votación. En este sentido, lo que otorga validez jurídica a la ley es la aprobación, aunque no puede desestimarse que la deliberación es la actividad que legitima el resultado final –es lo que otorga respeto al pluralismo y la diversidad de intereses–<sup>821</sup>.

Es en este punto en donde Waldron reflexiona sobre la estructura del sistema jurídico de Hart exclusivamente enfocada en los jueces, y la extrapola al Parlamento, considerando la vinculación entre su estructura y las reglas de reconocimiento a fin de construir una teoría del derecho acorde con la democracia. Por consiguiente, enfatiza que los positivistas contemporáneos han ignorado la función de la asamblea parlamentaria como elemento propicio para identificar al derecho y canalizar los desacuerdos, y se han reducido solamente en el razonamiento judicial. Señala que, independientemente de esta ignorancia, la regla de reconocimiento puede aplicarse a la actividad legislativa<sup>822</sup>.

#### b-Concepción unitaria del Parlamento

Ante la ignorancia del funcionamiento parlamentario por parte del positivismo, Waldron indaga sobre la raíz de dicho problema. En este sentido, considera que uno de los inconvenientes de la filosofía jurídica contemporánea es que concibe al

---

<sup>820</sup>Cfr. Idem, p. 51.

<sup>821</sup>Cfr. Idem, p. 52.

<sup>822</sup>Cfr. Idem, p. 53.

Parlamento como un órgano unipersonal y no como una asamblea compuesta por cientos de individuos que tienen desacuerdos en relación a los intereses que se promueven a través de las leyes. Entiende que esta visión reducida del Parlamento lleva como consecuencia la suposición de que dicho órgano tiene voluntad e intención al igual que una persona física. Por tanto, indica que los positivistas desconocen la pluralidad interpersonal del Parlamento e interpretan la legislación dotándola de una intención individual que representa intereses partidarios<sup>823</sup>.

Waldron explica que los positivistas contemporáneos no son monárquicos encubiertos que conciben al Parlamento de la misma manera a cómo la concebiría un rey, quien no puede entrar en desacuerdo consigo mismo porque está dotado de una única voluntad e intención. Por lo que, considera que dicha concepción unipersonal deriva de una apatía generalizada de la figura del Parlamento. En otras palabras, de la creencia de que su estructura no es importante, o no despierta ningún interés, a los fines de construir una teoría del derecho. En esta línea, describe que lo prioritario para una teoría positivista es identificar la fuente del derecho; es decir, el hecho de que una sociedad determinada pueda conferir autoridad jurídica a ciertas normas en virtud de su origen institucional. Esto es lo más transcendental que puede alegarse a favor del Parlamento, ya que la asamblea legislativa es la fuente de donde emanan las leyes –aunque no es la encargada de atribuirle validez–. Por el contrario, cuestiones como el proceso de creación legislativa sobre cómo se delibera y representan los intereses de una sociedad pluralista, no son aspectos significativos que merezcan ser estudiados<sup>824</sup>. Waldron arguye que, cuando la idea abstracta sobre el origen institucional de la ley como fuente del derecho ya se encuentra establecida, el foco de atención referido a las instituciones se desplaza a los tribunales y resalta que, es debido a esta circunstancia, que los opositores al positivismo jurídico se interesan poco en defender la premisa *lex iniusta non est lex* a diferencia de la tesis de las fuentes. En este aspecto, advierte que se reducen a estudiar las razones por las que la tesis de las fuentes no es idónea para legitimar las sentencias del tribunal, lo que conlleva a que se preste poco interés a la democracia en comparación al control de constitucionalidad o, lo que es aún peor, que se estudie la legislación parlamentaria como el producto de un príncipe. Esta noción reduce la democracia a una monarquía, e identifica la legislación con la capacidad de una inteligencia ilus-

---

<sup>823</sup>Cfr. Idem, pp. 54-55. Waldron advierte, al mismo tiempo, que dicha concepción sesgada de la institución del Parlamento guarda ciertas reminiscencias en los positivistas clásicos. Analiza que este rasgo puede observarse en las obras de Jeremy Bentham y John Austin, quienes tratan al Parlamento como *el soberano*, es decir, en forma singular, como si tuviese deseos e intenciones propias al igual que una persona de carne y hueso.

<sup>824</sup>Cfr. Idem, pp. 56-57.

trada de concebir las normas en detrimento a una comunidad ignorante que no es apta para decidir las reglas por las que debe regirse<sup>825</sup>.

Waldron subraya la necesidad de evaluar las consecuencias anti-democráticas que pueden suscitarse al promover el modelo del legislador individual para describir una práctica social que, en el mundo real, es completamente diferente en cuestiones de estructura y pluralidad de intereses. Considera que la noción real del Parlamento es diferente porque en su propio seno participa una cantidad de personas que se relacionan de una manera distinta a como lo haría un legislador unipersonal, ya que los individuos deliberan, razonan y discrepan entre sí. Por tanto, presentar al Parlamento de un modo reduccionista es ignorar el desacuerdo y, también, la posibilidad de internalizarlo para que se pueda arribar a una acción colectiva erigida por el pueblo. En definitiva, tal concepción sesgada conlleva a negar las circunstancias de la política y, en consecuencia, a la democracia como forma de gobierno idónea para resolver las controversias<sup>826</sup>.

#### c-Intención del legislador como factor legitimante de las leyes

El tercer problema que aparece como consecuencia de la concepción unipersonal del Parlamento puede deducirse de la siguiente pregunta: ¿una vez aprobada la ley cómo debe interpretarse?

En esta línea, Waldron cita la tesis de Marmor –basada en la teoría de la autoridad del derecho de Raz– que refiere a la intención del legislador como elemento de interpretación evitando sin fundamentarla en argumentos democráticos. En este sentido, Marmor alega:

Raz dice que la justificación normal de que X tenga autoridad sobre Y consiste en que Y cumple mejor con las razones relevantes para sus decisiones cuando obedece las directivas de X que cuando trata de determinar por sí mismo qué es lo que estas razones exigen<sup>827</sup>.

En este aspecto, el conocimiento experto se manifiesta no solo en el texto literal de la ley sino también en la intención del legislador para resolver el problema interpretativo, ya que si este es vago o ambiguo se recurrirá a la intención del legislador para interpretarlo. De esta manera, puede observarse que la autoridad del le-

---

<sup>825</sup>Cfr. Idem, pp. 57-58.

<sup>826</sup>Cfr. Idem, p. 60.

<sup>827</sup>Idem, p. 140.

gislador X parte de la suposición que los demás individuos –distintos a X– actúan mejor al concederle dicha investidura a X por ser este más ilustre que ellos para determinar lo que se debe hacer con respecto a una materia concreta<sup>828</sup>.

Por consiguiente, como se detalló en un principio, la crítica que Waldron efectúa a Marmor se desprende del corolario democrático en virtud del cual la autoridad deriva del pueblo que la atribuye por medio de la deliberación y el voto efectuado en las circunstancias del desacuerdo. Por lo tanto, es erróneo pensar que decide una persona en forma aislada según sus credenciales sapienciales. En otras palabras, las leyes no son frutos de un único legislador sino de la deliberación acaecida en una asamblea con cientos de personas que se esfuerzan por integrar diferentes propósitos e intereses en un texto. El autor enfatiza que, en esta capacidad deliberativa y cooperativa para combinar conocimientos, reside la autoridad del legislador entendida en los términos de Raz con la correspondiente modificación a favor de la pluralidad de voluntades. Por lo que, en todo caso, será un grupo el que tenga autoridad y no un individuo en particular<sup>829</sup>.

En el mismo sentido, Waldron remarca que otro de los problemas que se deriva de la concepción unitaria del poder legislativo es la creencia de que la interpretación de la ley puede estar basada en la intención del Parlamento –lo cual, como se advirtió, sería ilusorio porque las leyes son producto de una diversidad de personas, por lo que la voluntad del Parlamento no puede reducirse a una única intención–.<sup>830</sup> En este sentido, considera que recurrir a la intención del legislador es implausible ya que es complejo discernir quién debe considerarse como el dueño de la misma, las del voto mayoritario o las de quienes redactaron el texto que finalmente fue aprobado o, más bien, la de los votantes que eligieron a sus representantes. Asimismo, también remarca que es dificultoso determinar qué se entiende por intención, ya que muchos legisladores persiguen intereses o propósitos distintos a los que atañen al bien común<sup>831</sup>.

---

<sup>828</sup>Cfr. *Idem*, pp. 143-144.

<sup>829</sup>Cfr. *Idem*, p. 145.

<sup>830</sup>Cfr. *Idem*, pp. 147-148. Corresponde aclarar que Waldron se refiere a la intención de las leyes ordinarias, no a la interpretación constitucional.

<sup>831</sup>Cfr. *Idem*, pp. 147-148.

## 2.2-Legislación exenta de la intención de los legisladores

## 2.2.1-La máquina Wollheim: ¿Ley sin intención?

Waldron rechaza la referencia a la intención para interpretar las leyes y postula la posibilidad de una legislación sin intención. A este fin, cita el ejemplo *la paradoja de la máquina democrática de Wollheim*. La cual parte de la idea de que, luego de un debate a priori por medio del cual se identifican los puntos que pueden provocar divisiones dentro de una asamblea, sigue un debate general en virtud del cual los participantes introducen sus votos en una máquina que tiene la capacidad peculiar de producir una ley en razón de los votos *–inputs–* que le fueron introducidos. Los funcionarios promulgarán dicha ley sin enmienda alguna que regirá para toda la población. En este sentido, considera que puede imaginarse una ley producida por una máquina que carece de intención, o por una persona que realiza algo sin un propósito determinado<sup>832</sup>.

Waldron –en virtud de las objeciones de Fish, quien cree que el texto de la máquina encarna una intención en particular–, detalla tres aspectos que en principio parecieren desacreditar la idea de una ley sin intención: 1-la máquina crea una ley con base en los *inputs* intenciones de los legisladores; 2-la máquina se encuentra programada para realizar una ley con palabras –signos particulares– que se producen según ciertas condiciones, ya que las palabras tienen un significado que refleja la intención de los programadores consiste en que la ley manifieste ciertas fórmulas según los *inputs* de los legisladores, en otras palabras, un texto en castellano es la expectativa que esperan obtener los legisladores; 3-la máquina ha sido diseñada en forma intencional en línea con las expectativas de un procedimiento democrático. Sin embargo, el profesor neozelandés se pregunta si son suficientes estas objeciones para concluir que el texto final representa una intención en particular. Waldron responde negativamente, ya que cuando un individuo lee detenidamente la ley emanada de dicha máquina, no puede cerciorar que el objetivo de la misma consiste en determinar lo que alguien en particular quiso decir, o que la misma se identifica con un texto elaborado por un ser intencional con un propósito específico. De la misma manera, explica que en el Parlamento también existe esta imposibilidad, ya que sus leyes son el producto artificial de actos realizados por representantes individuales, organizados de una forma determinada, que se relacio-

---

<sup>832</sup>Cfr. Idem, pp. 151-152. Waldron detalla que el modelo de la máquina de Wollheim es ficcional, toda vez que en la realidad las leyes no se elaboran así. No obstante, acota que en el mundo terreno las leyes tampoco se identifican con exactitud con la intención coherente de una persona. Cfr. Ibidem.

nan a través de ciertos mecanismos y deciden en consecuencia. De este modo, Waldron afirma que los actos individuales de los representantes expresan una intención pero que la ley final, la expresión resultante del Parlamento, efectivamente carece de intención<sup>833</sup>.

Waldron expresa que la confusión de muchos es pensar que la intención del Parlamento se encuentra relacionada con el concepto de significado. En este sentido, concebir a la legislación como un acto de habla dotado de significado invita a considerar que el texto resultante no puede carecer de intención. Así, por ejemplo, explica que la fórmula *no pueden ingresar animales al consultorio médico* es una concatenación de sonidos en donde subyace la intención de producir una respuesta determinada en el lector, quien reconocerá en ella una intención. Por consiguiente, aunque sea una fórmula emanada de una máquina Wollheim, aclara que el lector seguirá atribuyéndole una intención individual sin perjuicio de que en realidad sea un acto complejo. Esto se debe a que las palabras son elementos del lenguaje que tienen un carácter significativo, y están condicionadas a la existencia de una comunidad en la que sus miembros la utilizan para promover una respuesta determinada en sus destinatarios, quienes reconocen en ella una intención que se identifica con la propia. Esto demuestra la dependencia del derecho para con el lenguaje. No obstante, Waldron remarca que no constituye una garantía *sine qua non*, ya que aunque una ley conlleve un significado lingüístico determinado subyace en ella una intención atribuible al lector o usuario de la misma<sup>834</sup>. De esta manera –describe con otro ejemplo– sucede con el cajero automático del banco que brinda el saldo de la cuenta a su cliente, el cual tiene cierta autoridad por la confianza que éste deposita en la certeza del resultado. Y si bien es cierto que alguien lo programó para brindar el saldo correspondiente según los *inputs* que se introdujeran por sus operadores –para que las personas que lo utilicen y puedan interpretar sus expresiones en español a fin de acceder a la respuesta esperada–, esto no quiere decir que en él haya un individuo expresando dicho resultado en forma intencional. Por consiguiente, la confianza en el cajero no se apoya en la intención de un individuo determinado puesto que la máquina no se identifica con un sistema intencional. De este modo, a través de dicho ejemplo, Waldron demuestra cómo deben interpretarse las leyes evitando que las mismas estén supeditadas a las intenciones subjetivas<sup>835</sup>.

---

<sup>833</sup>Cfr. Idem, pp. 153-154.

<sup>834</sup>Cfr. Idem, pp. 154-155.

<sup>835</sup>Cfr. Idem, pp. 158-159.

## 2.2.2-Autoridad de la legislación sin intención

Ante la posibilidad de una ley sin intención Waldron efectúa una segunda pregunta: ¿de qué forma puede atribuirse autoridad a una ley emanada de un Parlamento que utiliza una máquina Wollheim para producirla siendo que en la misma no subyace ninguna intención?

Antes de brindar una respuesta Waldron critica un aspecto específico de la concepción de la autoridad de Raz –la cual, como se mencionó, también es seguida por Marmor– que expresa: «una directiva puede ser autoritativamente vinculante sólo si –o por lo menos si– se la presenta como el punto de vista de alguien sobre la manera en que deben comportarse los que están sujetos a ella». Marmor entiende que en dicha fórmula subyace la idea de que «sólo un agente capaz de entrar en comunión con otros puede tener autoridad sobre ellos»<sup>836</sup>. Waldron señala que la objeción a dicho postulado reside en que la misma expresa una vinculación muy cercana entre autoría y autoridad. Expresa que tanto Raz como Marmor consideran que la autoridad se encuentra atribuida a un autor artificial o natural. En este sentido, como se mencionó anteriormente, desde la letra de Marmor se observa que: una ley tendrá autoridad sobre la persona Y –destinataria de la ley–, si ésta hace mejor en seguir el punto de vista de X –autor de la ley– sobre las razones que se aplican a la conducta de Y, que intentando descubrirlas por sí misma»<sup>837</sup>. Esto se debe a que, siguiendo la misma línea, una ley se encuentra revestida de autoridad si X tiene una perspectiva que es superior a la que podría construir el destinatario de la ley. Por lo que, según Marmor, el texto no puede poseer autoridad por sí mismo, ya que sus usuarios creerán en su contenido debido a las cualidades de X, que es el autor que otorga fiabilidad al contenido del texto, por tanto, como se advirtió al comienzo del epígrafe, la autoridad de X se confunde con la autoridad de la ley o, en otras palabras, su autoridad descansa en las cualidades de la persona que la creó<sup>838</sup>. Sumado a este inconveniente, una objeción anexa que Waldron destaca es que los legisladores también deben estar sometidos a la ley que aprueban y, bajo la tesis de Marmor, devendría incongruente sostener que X –creador de la ley– tenga mejores razones para respetar la misma que a su propio razonamiento por medio del cual la elaboró, por lo que la tesis no aplicaría para X<sup>839</sup>.

---

<sup>836</sup>Cfr. Idem, p. 156.

<sup>837</sup>Cfr. Idem, pp. 144-145.

<sup>838</sup>Cfr. Idem, p. 157.

<sup>839</sup>Ante este problema de incongruencia Waldron postulará su teoría de la autoridad de una ley sin intención bajo la etiqueta de la *fórmula J* que puede proyectarse sobre los mismos legisladores sin perder razonabilidad. Fundará su posición en tres argumentos –argumento utilitarista, argumento de

Ante esta confusión Waldron propone su propia teoría de la autoridad – siguiendo la tesis de la justificación de Raz–, aunque evitando identificar la ley con su creador y acentuando la probabilidad de que el destinatario de la misma haga mejor en seguirla que dejándose guiar solo por su propia voluntad:

Formula J: una ley L posee autoridad sobre una persona Y sólo si es mejor con mayor probabilidad que la persona Y cumpla con las razones que se le aplican al seguir las disposiciones de L que al intentar obedecer aquellas razones directamente<sup>840</sup>.

Desde esta perspectiva, la ley L puede satisfacer los postulados de la fórmula J aunque no tenga autor, o explicado de otro modo, puede satisfacerlos con prescindencia del conocimiento experto de algún individuo. Por consiguiente, Waldron resalta la incapacidad de Marmor para otorgarle autoridad a un texto sin la necesidad de crear un individuo autor del mismo. En este sentido, subraya que la existencia de una ley no significa necesariamente que haya que buscar su autor individual para otorgarle confiabilidad al texto en virtud del conocimiento experto o propiedades singulares que éste posee<sup>841</sup>.

Waldron se pregunta cuáles son las razones para otorgarle autoridad y respeto a la ley L pergeñada en su fórmula o, en sentido más general, a los dictámenes de una máquina Wollheim. A este fin, enumera tres argumentos:

a-Argumento utilitarista: la máquina Wollheim tiene la capacidad de desarrollar un método agregativo y sumar las preferencias individuales para modelar una función de bienestar social benthamiana. En este sentido, se adoptará la acción social que deje satisfechas las preferencias de la mayor cantidad de personas. Las credenciales utilitaristas de la máquina para registrar las preferencias de un número elevado de personas serían más fiables que la de cualquier persona individual que trate de hacer un cálculo agregativo por *modus proprio*. Sumado a la posibilidad de que su pensamiento se encuentre sesgado por las cargas de juicio. Por lo que esta es una razón considerable para confiar en ella<sup>842</sup>.

b-Argumento de Condorcet: aparte de saber cuáles son las preferencias de la mayoría, lo cual se puede deducir a través del cálculo utilitarista, un legislador po-

---

Condorcet, argumento aristotélico– para demostrar que el fundamento de la autoridad de la ley no reside en la intención y/o voluntad de una persona en particular. Cfr. Idem, p. 166.

<sup>840</sup>Idem, p. 157.

<sup>841</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>842</sup>Cfr. Idem, p. 160.

dría preguntarse: ¿qué es lo mejor para la sociedad en general? La respuesta podría ser diferente a la que brinde el método agregativo. Es aquí que el teorema de Condorcet parece arribar a una respuesta más coherente con respecto al interrogante enunciado. Al ser el texto de la ley producido por la máquina Wollheim, su resultado derivado del voto de la mayoría tiene mayor probabilidad de ser acertado en comparación a otros mecanismos, siempre y cuando la probabilidad de que cada individuo en particular elija la respuesta correcta sea mayor a 0,5. En esta línea, mientras más personas voten la probabilidad de certeza aumentará por una cuestión aritmética. Por lo que al votante individual también le convendrá atenerse a los resultados de la máquina ante que a su propio juicio individual<sup>843</sup>.

c-Argumento de Aristóteles: puede objetarse con toda razón que, en salvaguarda de la democracia, el teorema de Condorcet no tiene en cuenta la deliberación entre los individuos para arribar a la mejor decisión. Es aquí que el argumento de Aristóteles se enfoca con mayor precisión en el actuar real del Parlamento. De este modo, siguiendo los lineamientos del estagirita, si la ley es producto de un conjunto de personas diversas que deliberan de buena fe, comparten sus conocimientos y votan en consecuencia, puede resultar un texto más propicio de lo que podría diseñar cualquier individuo con prescindencia de su conocimiento experto. Waldron cita las siguientes palabras de Aristóteles:

Pues los muchos, cada uno de los cuales es en sí mismo un hombre mediocre, pueden sin embargo, al reunirse, ser mejores que aquéllos; no individualmente, sino en conjunto (...)<sup>844</sup>.

En este sentido, cuando los individuos comparten conocimientos y experiencias se enriquecen mutuamente, y puesto que ninguna persona aislada puede obtener toda la información existente sobre una cuestión de índole general, es adecuado que la forma más prudente de tomar decisiones sea en virtud de los conocimientos obtenidos mediante la interacción interpersonal<sup>845</sup>.

Waldron advierte que de cada uno de los argumentos esgrimidos se pueden resaltar ciertas limitaciones, en este sentido. El argumento utilitarista impide preguntarse sobre la intensidad de las preferencias, solo supone que los individuos votarán según su propia felicidad. El argumento de Condorcet es inviable si la competencia del promedio de los individuos participantes cae por debajo de 0,5 ya que la probabilidad de certeza decrecerá mientras más personas voten, tendiendo a cero.

---

<sup>843</sup>Cfr. Idem, pp. 160-161.

<sup>844</sup>Idem, p. 163.

<sup>845</sup>Ibidem.

Y, por último, con respecto al argumento aristotélico, es necesario recurrir a la textualidad y elaborar reglas de debate para que la deliberación sea enriquecedora y no termine en una tertulia. No obstante, no se puede negar que todas son razones objetivas en virtud de las cuales se puede confiar en una legislación sin intención. Por lo que el resultado producto de la implementación de la fórmula J se encuentra investido de autoridad, aunque las acciones individuales de los legisladores –el voto en particular– no lo estén<sup>846</sup>.

Por último, a modo de conclusión, Waldron advierte que interpretar la legislación a través del lente de las intenciones sería actuar a favor de los intereses de un sector determinado de los participantes. La tesis de Marmor –fundada en Raz– sobre la autoridad es aplicable solo a aquellos casos en los que las leyes son elaboradas y aprobadas por un autor individual, ya que el conocimiento y experiencia de éste provee las mismas razones para obedecer sus intenciones y acatar el texto promulgado<sup>847</sup>.

### 2.2.3-Una teoría del derecho democrática

En el mundo iberoamericano es común encasillar a Waldron como un *positivista normativista* debido a que en su pensamiento jurídico gira en torno a *cómo debería ser el derecho* para que sea acorde a los patrones democráticos. En este sentido, suele sostenerse que su posición con respecto a lo jurídico se identifica con el derecho escrito emanado del Parlamento, siempre y cuando se cumpla una serie de requerimientos que dotan al producto final –la legislación– de legitimidad política<sup>848</sup>.

Por consiguiente, se observa que Waldron se aleja del positivismo descriptivo de Hart, el cual se caracteriza por efectuar un análisis sociológico del derecho sin

---

<sup>846</sup>Cfr. Idem, p. 165.

<sup>847</sup>Cfr. Idem, p. 174.

<sup>848</sup>En el estudio preliminar de *Derecho y desacuerdos*, en palabras de Moreso, se citan los siguientes presupuestos como propios del positivismo normativo: «Según Moreso, el positivismo normativo se caracteriza por suscribir las siguientes cuatro tesis: “(1)-hay una inmensa discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos; (2)-para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas que nos permitan determinar con certeza cuándo determinados compartimientos están jurídicamente prohibidos; (3)-si para identificar los compartimientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía personal vulnerada. Por lo tanto, (4) el derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad”». GARGARELLA, MARTÍ, “Estudio Preliminar: La...”, pp. XLII-XLIII.

pretender aducir ningún juicio de valor<sup>849</sup>. Waldron explica en sintonía con los postulados de Dworkin que si bien, antes el positivismo jurídico se encontraba asociado con la democracia –como por ejemplo, en el pensamiento de Bentham–, esta conexión se fue perdiendo porque se asoció la democracia con la jurisprudencia de derechos impuesta por los jueces, y también porque los pensadores de la escuela analítica aislaron al derecho de la política<sup>850</sup>.

Antes de detallar los rasgos esenciales que debería reunir una teoría jurídica, Waldron manifiesta dos cualidades importantes de su concepción de la democracia, estas son: 1-el pueblo elige los objetivos de la política pública, los principios de asociación y el contenido del derecho; 2-el pueblo elige a sus gobernantes y delibera sobre las leyes por las cuales será gobernado. Así, explica que el pueblo desarrolla estos aspectos mediante la deliberación y el consiguiente voto en donde todos actúan pie de igualdad. De este modo, considera que la estructura procedimental mediante la cual estas actividades se llevan a cabo es de vital importancia en términos democráticos, el principio de igualdad política debe estar presente a lo largo de todas las etapas de los procedimientos de toma de decisiones<sup>851</sup>. Es aquí que frente al desafío por construir una teoría jurídica respetuosa de la democracia examina cinco características que debe reunir el derecho para cumplir con dicho fin<sup>852</sup>.

#### a-El Parlamento como única autoridad legítima

La tesis de las fuentes es uno de los criterios fundamentales del positivismo. Por medio de ésta se busca resolver de dónde emana el derecho y quién lo produjo, presupuestos elementales para discernir si una disposición debe ser considerada o no legítima. Haciendo un repaso histórico puede observarse que en el pensamiento de Hobbes la tesis de las fuentes estaba asociada con la figura del soberano que era la institución de donde procedía la ley<sup>853</sup>; por lo tanto, el derecho no podía descansar sino en una teoría de la autoridad. Sin embargo, para Waldron, la autoridad no descansa en la capacidad omnímoda de una persona investida con atributos especiales, sino que la autoridad deviene del Parlamento, órgano representativo de la sociedad cuya función es sancionar las normas por las que el pueblo se gobierna a sí

---

<sup>849</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, “Can There Be a Democratic Jurisprudence?”, *Emory Law Journal*, 58 (2009) 675, pp. 682-684; Cfr. Jeremy WALDRON, “All We Like Sheep”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12 (1999) 169, pp. 172-173.

<sup>850</sup>Cfr. WALDRON, “Can there be...”, pp. 682-683.

<sup>851</sup>Cfr. Idem, pp. 681-682.

<sup>852</sup>Cfr. Idem, pp. 683-684.

<sup>853</sup>Cfr. Idem, pp. 684-691.

mismo. De este modo, la pregunta que tiñe con una capa democrática la tesis de las fuentes del positivismo es: ¿qué es lo que hace que los actos emanados de una institución determinada deban respetarse? El profesor neozelandés considera que no sólo hay que preguntarse por la fuente de la que emanan las leyes en una república democrática –el Parlamento–, sino también por la forma en que son discutidas y aprobadas. Explica que durante el procedimiento los aspectos históricos relacionados con las intenciones, deseos y expectativas de los participantes deben ser dejados de lado y otorgarse mayor importancia al texto producido, siempre y cuando éste sea fruto de una deliberación respetuosa en virtud de un procedimiento que salvaguarde la equidad política. Por consiguiente, la equidad política en el marco del procedimiento parlamentario de sanción y aprobación de leyes termina por ser un baluarte liminar que dota de sentido a la tesis de las fuentes<sup>854</sup>.

#### b-El derecho comprende principios

A diferencia del positivismo que reduce el derecho a un sistema complejo de reglas primarias y secundarias, Waldron entiende que en el mundo jurídico también existen principios que fundamentan la aplicación de las reglas<sup>855</sup>. Advierte que esta realidad propia del razonamiento judicial también acontece en el procedimiento parlamentario, ya que al estar regulado por el derecho, se encuentra regido por ambas clases de preceptos<sup>856</sup>. Por consiguiente, enumera algunos principios que son de vital importancia en el proceso legislativo, como por ejemplo: I-el principio de publicidad –*publicity*–, que promueve la necesidad de que los cambios en la ley se produzcan mediante procedimientos transparentes y públicos, a fin de que las personas puedan anoticiarse de los mismos y también participar mediante la deliberación política a través de sus representantes; II-el principio de autogobierno –*self government*– según el cual el pueblo se gobierna a sí mismo, por lo que para que dicha máxima sea eficaz son necesarias reglas procesales relacionadas con el voto, el ejercicio respetuoso de la palabra, la asistencia de los representantes, entre otras normativas que hacen posible la igualdad política a través de procedimientos democráticos de toma de decisiones<sup>857</sup>; III- principio de justicia –*fairness*–, según el

---

<sup>854</sup>Cfr. WALDRON, “Can there be...”, pp. 690-691.

<sup>855</sup>Uno de los puntos en virtud del cual Waldron critica el pensamiento analítico de Herbert Hart se debe a la falsedad de sus postulados toda vez que las reglas y principios identificados por procedimientos propios del positivismo jurídico requieren la realización de juicios morales. Agrega que lo mismo puede apreciarse cuando hay que abordar lagunas de derecho o problemas de indeterminación en donde no hay ley positiva aplicable al caso. Cfr. DD, p. 198.

<sup>856</sup>Cfr. Idem, p. 376.

<sup>857</sup>Cfr. Idem, p. 380.

cual las decisiones que se toman en el Parlamento mediante el voto mayoritario son efectuadas por miembros que representan los intereses de una diversidad de ciudadanos, lo que implica que tienen credenciales democráticas legítimas<sup>858</sup>; IV- principio de leal oposición –*loyal opposition*–, en virtud del cual, en un proceso legislativo, las voces en disidencia tienen el derecho de ser escuchadas puesto que también forman parte de la comunidad. Destaca que quienes discrepan deben tener la posibilidad de influir en el proceso legislativo para poder ganar adherentes y así revertir los posibles resultados<sup>859</sup>. En este sentido, Waldron arguye que la integridad no se trata simplemente de cumplir las reglas sino de dirigir la conducta a esas reglas de la forma en que lo requieren los principios que las fundamentan<sup>860</sup>. Enfatiza que no se puede hablar de integridad en el proceso legislativo ni sostener que el derecho es acorde con la democracia sin concretizar lineamientos concernientes a la publicidad, representatividad, equidad, oposición leal y autogobierno<sup>861</sup>.

#### c-El Parlamento y la regla de reconocimiento

Si bien Waldron entiende que un sistema legal es democrático en virtud de la autoridad que lo produce y el modo en que lo hace, también considera que la democracia se encuentra relacionada con la forma en que el derecho es reconocido. Es aquí que se pregunta si dicho reconocimiento se encuentra bien entendido en cabeza de los jueces<sup>862</sup>. En este sentido, en consonancia con las ideas de Bentham contrarias al *Common Law*, indaga si acaso el derecho podría ser presentado como una práctica social que es reconocida e identificada por el pueblo –y no solo por los jueces– toda vez que la legislación es una actividad en virtud de la cual las leyes son creadas y modificadas deliberadamente mediante procesos formales que tienen lugar en el Parlamento –institución que con respecto a su estructura, composición y funcionamiento, se encuentra preparada para dicho desafío–<sup>863</sup>. Por otra parte, Waldron advierte que no puede ignorarse que la Corte también tiene la capacidad de modificar las leyes a través de sus sentencias que, en ciertos aspectos se asimila

---

<sup>858</sup>Cfr. Idem, p. 382.

<sup>859</sup>Cfr. Idem, p. 383.

<sup>860</sup>Cfr. Idem, pp. 381-382.

<sup>861</sup>Cfr. Idem, p. 385.

<sup>862</sup>Cfr. DD, pp. 49-52; Cfr. WALDRON, “Can there be...”, p. 692.

<sup>863</sup>Cfr. DD, pp. 50-51. En este sentido, si bien Waldron reconoce la necesidad de las reglas secundarias en un sistema legal que existen como una práctica social. Alega que «la práctica oficial –aceptación institucional de las reglas de reconocimiento que contienen los criterios de validez del sistema– no es lo mismo que la práctica comunitaria: “una gran proporción de ciudadanos comunes –quizá una mayoría– no tendrá una concepción general de la estructura legal o de sus criterios de validez». WALDRON, “Can there be...”, p. 694, (la traducción es mía).

a la actividad legislativa, sin embargo, expresa que esa no es la forma adecuada de realizarlo. Remarca que el proceso judicial dificulta el acceso de las personas al seguimiento de los pasos de elaboración legislativa, menguando así la transparencia de los actos, sumado al hecho de que no serían las personas quienes crean sus propias leyes sino una institución externa a ellas. En esta línea, describe:

(...) Aunque la exigencia de un conocimiento generalizado de los detalles legales puede ser poco realista, consideremos que es parte de la aspiración democrática del derecho de que, al menos, la manera en que se crea, reconoce, cambia y aplica debe ser bien entendida no solo entre la clase de quienes ejercen el poder político, sino entre toda la gente. Una jurisprudencia democrática prevalente entre la gente debe estar comprometida con una comprensión justa, precisa y no distorsionada ideológicamente sobre cómo operan las reglas e instituciones en el corazón del sistema legal<sup>864</sup>.

Al mismo tiempo, otro de los aspectos que Waldron destaca en relación a la regla de reconocimiento es que, encontrándose la misma supeditada a una parte ínfima de la sociedad, puede darse el caso que sea utilizada para otorgar validez a un derecho concebido en beneficio de pocos, provocando así resultados antidemocráticos. Describe que si los jueces ignorasen que la ley es producida para su beneficio al aplicar la regla de reconocimiento a través de sus sentencias, podrían conducir a la sociedad en forma negativa como si fuese un ganado al matadero. Explica que la jurisprudencia, para ser democrática, no puede desconocer que las leyes a aplicar son pertenencia del pueblo y, por ende, la modificación oblicua de las mismas no puede realizarse sin un costo institucional para la democracia<sup>865</sup>. En esta línea, expresa:

La democracia no se trata solo de la responsabilidad electoral de quienes hacen la ley. Se trata de la ley misma y de que se la considere, en cierto sentido fuerte, propiedad de aquellos que se rigen por ella; el derecho democrático es el derecho del pueblo y, como tal, su carácter democrático se ve socavado por su ignorancia o mistificación en cuanto a las condiciones de su fabricación<sup>866</sup>.

---

<sup>864</sup>WALDRON, "Can there be...", p. 694, (la traducción es mía).

<sup>865</sup>Cfr. Idem, pp. 695-696; Cfr. WALDRON, "Positivismo normativo...", p. 143; Cfr. WALDRON, "All We Like...", pp. 176-180.

<sup>866</sup>Idem, p. 696, (la traducción es mía).

## d-Separabilidad entre el derecho y la moral

Otra de las características distintivas del positivismo es la separación entre el derecho y la moral –tesis de la separabilidad–. En esta línea, Waldron considera que la validez legal del derecho no depende de un sentido de justicia o de algún valor enraizado en el mundo de la moralidad concerniente a lo que está bien o mal, a diferencia de lo que sostiene el iusnaturalismo en alusión al adagio *lex iniusta non est lex*. En contraste, adhiere al aforismo de Austin, que predica «*la existencia de la ley es una cosa; su mérito o demérito es otro*»<sup>867</sup>. Waldron razona que las cuestiones concernientes a la moral dividen a las personas y generan conflictos, por lo que aspira a concebir al derecho en un sentido normativo prescindiendo del carácter vinculante de aquella<sup>868</sup>. De esta manera, fundamenta su posición con los postulados de Bentham quién concebía a la legislación, en primer lugar, porque consideraba que los funcionarios judiciales –sumergidos en la práctica del *Common Law*– no brindaban ninguna seguridad jurídica puesto que, si sus sentencias cambian a medida que mutan sus juicios morales, sería impensable salvaguardar la certeza<sup>869</sup>. Señala el profesor neozelandés:

Lo que quiero someter a consideración en el presente ensayo es la tesis según la cual esta separabilidad del derecho respecto de la moralidad –o esta separabilidad del juicio jurídico respecto del juicio moral– es algo bueno,

---

<sup>867</sup>Idem, p. 697, (la traducción es mía).

<sup>868</sup>Cfr. Jeremy WALDRON, “Positivismo normativo (o ético)”, trad. Pablo Solari, en M. E. Orellana Benado (ed.), *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, Catalonia: Chile, (2010) 127, p. 127. Waldron expresa uno de los objetivos que se propone en su artículo positivismo normativo (o ético) con respecto a la relación entre el derecho y la moral: «En años recientes, los filósofos del derecho han estado crecientemente atentos a la posibilidad de reformular el positivismo jurídico como una tesis *normativa* sobre el derecho. Por lo común se considera que el positivismo jurídico consiste en una tesis conceptual, a saber, que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad o, más precisamente, que no hay una conexión necesaria entre los fundamentos del juicio jurídico y los fundamentos del juicio moral. (En ocasiones esto se llama “tesis de la separabilidad”). Lo que quiero someter a consideración en el presente ensayo es la tesis según la cual esta separabilidad del derecho respecto de la moralidad –o esta separabilidad del juicio jurídico respecto del juicio moral– es algo bueno, quizás algo indispensable (desde un punto de vista moral, social o político) y, ciertamente, algo a ser valorado y alentado». Ibidem

<sup>869</sup>Cfr. DD, pp. 199-200. Corresponde mencionar que la noción de arbitrariedad para Waldron es más amplia que la sostenida por los positivistas clásicos, la que no la reduce a la impredecibilidad. En este sentido, distingue tres clases de arbitrariedad: 1-Arbitrariedad como impredecibilidad; 2-Arbitrariedad como irrazonable; 3-Arbitrariedad como ilegitimidad política –por ejemplo, quienes toman las decisiones de gobierno no cuentan con credenciales democráticas–. Este último sentido es al que Waldron hace especial énfasis en su crítica al control de constitucionalidad fuerte. Cfr. Ibidem.

quizás algo indispensable –desde un punto de vista moral, social o político– y, ciertamente, algo a ser valorado y alentado<sup>870</sup>.

Por otro lado, al percibir la realidad con sus propios ojos, observa que las decisiones institucionales democráticas suelen entrar en conflicto con lo que debe considerarse como justo en una sociedad. Explica que algunos filósofos modernos piensan que las decisiones democráticas pueden ser toleradas siempre y cuando no sobrepasen el umbral de los derechos humanos o sean ofensivas en forma manifiesta de la justicia –un ejemplo de esto puede ser la fórmula de Radbruch que alega *el derecho extremadamente injusto no es derecho*–. Por ende, Waldron efectúa una distinción en aras a salvaguardar la tesis de la separabilidad: diferencia una norma adoptada en la forma correcta a través de un procedimiento respetuoso de la democracia, de lo que sería la norma correcta –acorde a los valores de justicia– que es finalmente adoptada. Por consiguiente, el profesor neozelandés evita abordar en forma directa cuestiones sustanciales y enfocarse en la justicia procedimental, resaltando así la importancia de que el derecho positivo sea creado mediante un modo en el que la voluntad del pueblo pueda manifestarse en forma transparente y eficaz<sup>871</sup>.

Sin embargo, a pesar de intentar dividir las aguas, Waldron es consciente de que existen ciertos requerimientos que el derecho no puede menoscabar para cumplir con los presupuestos democráticos. Exigencias que se identifican con la defensa de las minorías en la participación política, que se encuentran estrechamente vinculadas a cuestiones axiológicas como la imposibilidad de vulnerar la dignidad humana de los participantes. En este aspecto, a pesar de que concibe la dignidad humana como un status normativo de alto rango –y no en un sentido metafísico–, no puede negarse que su comprensión conlleva un abordaje axiológico que se encuentra dentro del mundo de la moralidad. Por lo que su deseo de separabilidad entre el derecho y la moral es dificultoso de ser realizado en la realidad práctica, en especial, cuando decide abordar tópicos como la tortura, los discursos del odio, el fundamento del derecho a la participación, entre otros<sup>872</sup>.

---

<sup>870</sup>WALDRON, “Positivismo normativo (o ético)”, p. 127.

<sup>871</sup>Jeremy WALDRON, “Does Law Promise Justice?”, *Georgia State University Law Review*, 17 (2001) 759, pp. 781-782.

<sup>872</sup>Ante esta complejidad en la bifurcación entre el derecho y la moral, Waldron cita las palabras de Postema quien subraya que para los pensadores del positivismo clásico la tesis de la separabilidad no era la condición última que se buscaba mediante la aplicación del derecho, en este sentido expresa: «El positivismo normativo” (como lo llamo aquí) es fiel a la tradición positivista temprana de Thomas Hobbes y Jeremy Bentham. Estos juristas concedieron enorme importancia en su filosofía a los males que se espera que aflijan a sociedades cuyos miembros fueran incapaces de distinguir entre sus juicios

## e-Aspectos de generalidad y publicidad

Waldron resalta el *aspecto de público* que debe caracterizar al derecho, el cual puede explicarse por medio de dos cualidades que deberían manifestarse en cualquier conjunto de normas: 1-las normas deben regir en nombre de toda la sociedad, 2-y deben abordar problemas que conciernen a ella, no reducirse a aspectos personales de los miembros que participan en la formulación de las normas. En este sentido, Waldron, valiéndose de los postulados de Hart en *El Concepto de Derecho*, cita como disparador un interrogante dirigido al pensamiento jurídico de Austin—quien concebía al derecho como mandatos de optimización—: ¿qué distingue las leyes de un sistema legislativo de los mandatos emitidos por una banda de ladrones? El profesor neozelandés responde que la banda de ladrones no representa a la sociedad ya que no integra una asamblea representativa de la sociedad, sumado a que sus miembros no pretenden promover el bien general de la sociedad a través de sus disposiciones, solamente persiguen satisfacer sus intereses criminales. En este sentido, a diferencia de Hart que rechaza los actos de una banda de ladrones por no pasar el test de pedigrí de la regla de reconocimiento, Waldron lo fundamenta en un sentido diferente, alegando que dichas disposiciones no pueden ser consideradas como derecho por no ser representativas del pueblo ni conducentes al bienestar general<sup>873</sup>.

Por último, otro de los aspectos importante del derecho es la *generalidad*. En principio, las normas deben estar orientadas a regir para toda la sociedad. En este sentido, Waldron se encuentra en línea con Raz quien explica que el derecho necesita de normas generales para ser efectivo y, al mismo tiempo, coexistir con normas particulares —como las sentencias de la Corte— a fin de que las normas generales sean obedecidas, por lo que las mismas no pueden ser arbitrarias. El profesor neozelandés enumera ciertas notas conclusivas que se desprenden de la generalidad normativa. En primer lugar, la predictibilidad enunciada por Hayek quien establece que las normas generales son dirigidas a personas desconocidas en lo particular, sumado a que no discriminan sobre las circunstancias específicas de tiempo y lugar a la que los individuos se encuentran sujetos. Considera que este aspecto también es importante porque garantiza que nadie será sujeto a una voluntad particular

---

sobre lo demandado o permitido por la ley y sus juicios individuales sobre justicia y moralidad. En sus respectivas versiones de la tesis de la separación, Hobbes y Bentham no mostraron interés particular por el análisis de diferencias puramente conceptuales entre el derecho y la moralidad. Estaban interesados más bien en las condiciones necesarias para la coordinación, para la resolución de conflictos para la estabilidad general de las expectativas en la interacción entre las personas». WALDRON, “Positismo normativo...”, p. 128.

<sup>873</sup>Cfr. WALDRON, “Can there be...”, pp. 700-701.

que contradiga lo que el derecho expresa, por lo que no puede negarse que este aspecto actúa como prevención de la tiranía. No solo gobierna la ley para los ciudadanos comunes, sino que también aquellos que la producen también se encuentran sujetos a sus condiciones —a diferencia del rey hobbesiano que gobierna por encima de la ley sin más límite que la capacidad para mantener la paz social—. Por tanto, los legisladores al encontrarse sujetos a las leyes que dictan están en pie de igualdad con los representados<sup>874</sup>. En esta línea, Waldron menciona las palabras de Locke:

El pueblo (...) nunca podría estar seguro, ni descansar (...) hasta que la legislatura estuviera colocada en cuerpos colectivos de hombres, llámeselos senado, parlamento o lo que quiera, lo que significa que cada persona se convierte en un sujeto igual, a otros hombres modestos, ante las leyes, que ella misma, como parte del legislativo, ha establecido; ni nadie, por su propia autoridad, podría evitar la fuerza de la ley, una vez dictada, ni por ningún pretexto de superioridad alegar una exención, para licenciar a los suyos o los abortos espontáneos de cualquiera de sus dependientes<sup>875</sup>.

Luego de remarcar los cinco aspectos que debería reunir una legislación para que sea acorde a los cánones que exige un sistema democrático de gobierno, Waldron resalta que la legislación democrática es un concepto artificial que se encuentra en constante dinamismo, y que la misma se va construyendo desde el Parlamento con aportes de las sentencias judiciales, ya que los jueces tienen la obligación de confiar en la integridad del proceso legislativo<sup>876</sup>. Es aquí la importancia de que los procedimientos por los cuales el derecho se crea, se deroga y se modifica tienen que ser representativos de la voluntad popular. Waldron describe que, si los procedimientos son cerrados, partidarios y acondicionados para favorecer a intereses partidarios, es lógico que el derecho que emana de ellos también lo sea. Por tanto, las características que distinguen a una teoría jurídica de la democracia no pueden ser ajenas al modo en cómo la legislación se construye en la sociedad<sup>877</sup>. Expresa el profesor neozelandés haciendo alusión a la integridad legislativa:

La integridad en la elaboración de leyes, en otras palabras, no es solo un principio para los legisladores. Tampoco es solo un principio para legisladores y jueces. Es un principio para cualquiera que tenga algo que decir o cualquiera que pueda ejercer presión sobre el tema de dónde se deben ha-

---

<sup>874</sup>Cfr. Idem, p. 706.

<sup>875</sup>Idem, p. 707, (la traducción es mía).

<sup>876</sup>Cfr. WALDRON, "Legislating with...", p. 385.

<sup>877</sup>Cfr. WALDRON, "Can there be...", p. 707.

cer nuestras leyes y el tema de qué procesos deben usarse cuando una sociedad está buscando una resolución sobre un tema legislativo en el que sus miembros discrepan<sup>878</sup>.

De esta manera, Waldron resalta como última advertencia la importancia de lograr una *integridad en la legislación* haciendo alusión a pensamiento jurídico de Dworkin. Explica que el valor de la integridad invita a los representantes a legislar con coherencia observando todo el cuerpo normativo del sistema legal, evitando así sancionar leyes en forma aislada<sup>879</sup>.

## RECAPITULACIÓN

En el presente capítulo se encuentran desarrollados con profundidad los argumentos que ambos autores esgrimen con respecto al control judicial de constitucionalidad en un sistema democrático gobierno. Por un lado, Dworkin se posiciona a favor del control judicial de constitucionalidad fuerte, el cual se encuentra fundamentado en el deber que tienen los magistrados de resolver sus sentencias aplicando la teoría de la interpretación integral, la cual es verdaderamente compleja – abarca sub-teorías como las que conciernen al precedente, la lectura moral de la Constitución, la legislación, los errores judiciales y la dignidad humana–. Por otro lado, Waldron se opone al control judicial de constitucionalidad fuerte, y efectúa una serie de críticas sobre su ilegitimidad democrática. A su vez, subraya que se encuentra a favor de una versión débil, la cual es funcional a su teoría de la toma

---

<sup>878</sup>WALDRON, “Legislating with...”, p. 394, (la traducción es mía).

<sup>879</sup>Cfr. Idem, p. 374

de decisiones políticas parlamentaria –en virtud de la cual son los legisladores quienes tienen la última palabra en materia de derechos–.

En relación al pensamiento de Dworkin puede observarse que:

A-La aceptación del control judicial de constitucionalidad fuerte no consiste, solamente, en que los jueces tengan la potestad de modificar o anular la legislación que es contraria a los derechos regulados en la Constitución. Sino que también, a fin de que sea legítimo, los jueces deben ejercerlo de una forma determinada, esto es, mediante la aplicación de la teoría de la interpretación integral. Esta teoría se encuentra integrada por una serie de exigencias negativas: a-la negación de que los jueces deban desentrañar la intención que tuvieron los padres fundadores cuando redactaron las cláusulas constitucionales cuyos derechos se encuentran comprometidos por la legislación en tela de juicio; b-la negación de que el juez debe abocarse exclusivamente a controlar que el procedimiento parlamentario se desenvuelva en forma armoniosa, y que cada parte haya podido ejercer su derecho a la participación política con igual consideración y respeto y que, en consecuencia, todos los intereses hayan sido tenidos en cuenta con prescindencia del resultado final. De este modo, para Dworkin, es imposible desentrañar la intención de los padres fundadores –como sí lo afirman los juristas originalistas–. A su vez, también considera que es imposible expedirse por las cuestiones de forma sin explayarse sobre las cuestiones de fondo, es decir, los derechos. Por el contrario, enfatiza que la legitimidad del control judicial reside en que el juez aplique la teoría de la interpretación integral.

B-En segundo lugar, la teoría integral de la interpretación exige fundar las sentencias en *argumentos de principios*. Esta comprende una serie de elementos y exigencias que se encuentran relacionados. En sencillas palabras: a-existen conceptos que son de carácter interpretativo –entre ellos, valores, principios y, a su vez, derechos–; b-estos conceptos, aparecen en la práctica social y jurídica y son compartidos por todos los individuos que forman parte de ella; c-el juez interpreta dicha práctica –de la cual forman parte los precedentes judiciales, la legislación, la Constitución y los actos de obediencia de los individuos–, para tratar de dilucidar los conceptos comprometidos y resolver sus sentencias de manera justa, razón por la cual debe elaborar concepciones de ellos que sean armoniosas entre sí; d-para lograrlo debe proceder mediante una serie de etapas: pre-interpretativa, interpretativa en sentido estricto y postinterpretativa; e-a su vez, debe efectuar juicios de valor en los que compromete sus convicciones personales, puesto que debe llegar a la mejor respuesta posible y él mismo debe estar convencido de que no existe otra mejor; f-por último, debe tener especial consideración de que las concepciones elaboradas de los valores sean respetuosas de las exigencias de la dignidad humana, pues-

to que este es el valor que aúna todas demás concepciones cuyo objeto es permitir el logro una vida buena.

En relación al pensamiento de Waldron puede observarse que:

A-El control judicial de constitucionalidad fuerte se caracteriza porque: a-es ejercido en virtud de una Constitución de carácter escrita, que fue producto de la voluntad popular –poder constituyente–; b-los jueces tienen la última palabra en materia de derechos humanos y son los intérpretes exclusivos de la Constitución; c-a su vez, pueden modificar la legislación y declarar su nulidad en ejercicio del poder de revisión que se les reconoce.

En este sentido, el autor critica dicho mecanismo porque obstaculiza la posibilidad de que los legisladores puedan regular sus derechos y, llegado el caso, modificarlos. En este aspecto enumera razones de resultado y de proceso para demostrarlo, y resalta que son estas últimas las que privilegian la investidura de los legisladores. Así, con respecto a las razones de resultado menciona que, más allá de que cuenten con una supuesta solvencia ética y profesional, sus sentencias pueden ser injustas. En relación a las razones de proceso, menciona: a-los magistrados no se encuentran legitimados democráticamente para decidir sobre los derechos del pueblo y sus leyes porque no fueron elegidos en forma directa por los ciudadanos, como sí lo fueron los legisladores; b-además, es objetable el hecho de que resuelvan sus sentencias contando cabezas –a veces por 5 votos contra 4–, lo cual refleja que, incluso ellos, que supuestamente tienen un conocimiento experto, están en desacuerdo; 3-a su vez, no rinden cuenta de sus actos y son inamovibles lo que implica que tengan un mayor poder para cristalizar sus posiciones políticas y proyectarlas al pueblo. En definitiva, para el autor, el hecho de que el juez pueda tener la última palabra sobre cuestiones sustanciales que incumben a todos los miembros de la comunidad, constituye una afrenta a la democracia y una usurpación del poder popular.

B-Por otra parte, el autor se encuentra a favor del control judicial de constitucionalidad *débil*, el cual es funcional a su teoría de la toma de decisiones políticas del parlamento. Esto se debe a que son los legisladores quienes tienen la última palabra en materia de derechos y, a su vez, permite una interacción con los jueces, que tienen la función de revisar la legislación e informar sus errores al poder legislativo, aunque sin poder decidir sobre la modificación de los cambios o la constitucionalidad de la misma. Waldron subraya que dicho modelo judicial debe estar acompañado de una teoría jurídica que permita pensar el derecho, no desde la perspectiva del poder judicial, sino más bien desde el poder legislativo. De allí que resalta la necesidad de pensar la *legislación* como la expresión máxima del derecho

### CAPÍTULO III: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

y no así la jurisprudencia. En este sentido, subraya que una teoría jurídica debe enfocarse en mejorar la legislación, considerando cuestiones como: la estructura del parlamento, las reglas del debate y aprobación de leyes, los presupuestos que hacen que una ley sea tenida como legítima por los ciudadanos, aun por aquellos que discrepan con el resultado final. Por ello, desarrolla los argumentos relacionados a la sabiduría de las masas, el teorema de Condorcet, el argumento utilitarista y el argumento de la máquina de Wollheim-. Puesto que si hay algo por lo cual el derecho debe distinguirse es por su posibilidad de canalizar los desacuerdos en una sociedad marcada por la pluralidad de intereses. Así, la legislación, en una democracia mayoritaria, es el instrumento adecuado para hacerlo.

## **CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO**

### **APORÍAS EN LA TEORÍA INTERPRETATIVA DE RONALD DWORKIN Y EN LA TEORÍA DE LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS DE JEREMY WALDRON**



#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

El presente capítulo tiene un espíritu crítico y pretende un doble propósito: 1- identificar las aporías que subyacen en la teoría de la interpretación jurídica de Ronald Dworkin, por medio de la cual el autor legitima el control judicial de constitucionalidad fuerte; 2- develar las aporías que presenta la teoría de la toma de decisiones política de Jeremy Waldron, a través de la cual el autor legitima el accionar de los legisladores para decidir sobre cuestiones sustanciales de derechos.

Para este fin, en primer lugar, se indagará sobre las diferentes influencias filosóficas que subyacen en el pensamiento de ambos autores, a fin de comprender las raíces de sus distintos postulados. En segundo lugar, se abordarán diferentes críticas que afectan sus propuestas. Para esto se tendrá especialmente en cuenta el problema de la falta de reconocimiento de una objetividad fuerte en sus postulados. Esto se debe a que, si los cimientos sobre los cuales construyen sus teorías son frágiles, todo lo construido sobre ellos corre peligro de desmoronarse. Así, como se observará, dicha falta de objetividad tendrá efectos en cómo los autores conciben los derechos individuales, la legitimidad del poder judicial o del Parlamento para resolver sobre aspectos sustanciales que conciernen a la comunidad y, más profundamente, la democracia como forma de gobierno.



## PRIMERA PARTE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL PENSAMIENTO DE RONALD DWORKIN

### I-POSTULADOS LIMINARES DEL CONSTRUCTIVISMO DE DWORKIN

#### 1-PROPÓSITO DE DWORKIN: EN BUSCA DE UNA OBJETIVIDAD FUERTE

Al efectuar un análisis de las obras de Dworkin, partiendo de *Taking Rights Seriously*, publicada en 1977, hasta *Justice for Hedgehogs*, publicada en 2011, puede observarse que hay una línea temática que deja entrever el objetivo último al que aspiraba conseguir el autor y que fue matizando a lo largo de sus años. A nuestro juicio, dicho objetivo fue: legitimar la investidura judicial mediante la construcción de un procedimiento de resolución de sentencias que evite la discrecionalidad irrestricta y, en consecuencia, posibilite el fortalecimiento de la democracia<sup>880</sup>.

De este modo, bajo el halo de dicho objetivo puede comprenderse el porqué de las críticas que el profesor efectúa a distintas corrientes jurídicas. Entre ellas pueden mencionarse una serie de críticas. La crítica al positivismo hartiano, caracterizada por posibilitar la discreción fuerte de los magistrados en los casos difíciles en

---

<sup>880</sup>Cfr. DS, pp. 13-15, 83-90; Cfr. IJ, pp. 12, 72-73; Cfr. JE, pp. 480-484; Cfr. DP, pp. 194-196. En palabras de Dworkin: «(...) Si no nos convence la concepción mayoritaria de la democracia y creemos que en su lugar debemos adoptar la concepción asociativa, entonces tenemos que recordar que una institución judicial con los poderes que tiene el Tribunal Supremo puede hacer una gran contribución a favor del segundo ideal. No debemos condenar como antidemocrática la revisión judicial cada vez que discrepemos de las decisiones tomadas por el Supremo». DP, p. 197.

donde no existen normas positivas aplicables<sup>881</sup>. La crítica al realismo jurídico norteamericano en donde los jueces sentencian con base en preferencias y gustos personales<sup>882</sup>. Y, también, la crítica al utilitarismo, en lo que respecta a la resolución de casos para concretar directrices u objetivos políticos –*policies*– que satisfagan los deseos del mayor número de personas, aun cuando los principios y derechos individuales puedan verse vulnerados<sup>883</sup>. Por consiguiente, si hay una característica que distingue a las corrientes mencionadas es la negación de la existencia de una respuesta única, correcta, objetiva y fundada en principios para cada caso jurídico dentro del marco de una sociedad democrática que cuenta con una historia institucional desarrollada.

En este sentido, para que los jueces eviten caer en la discrecionalidad judicial al decidir sus casos y no atenten contra la seguridad jurídica que termina por debilitar a la democracia, el autor se propone elaborar una teoría de la interpretación integrativa. La misma se posiciona como un método jurídico que, por un lado, se erige como herramienta que sirve al intérprete para elaborar una respuesta sobre *lo que es el derecho* –integra principios, reglas y directrices– y, por el otro, sobre *lo que debería ser* –las normas deben respetar el consenso ético sobre el cual se funda la práctica social y ser coherente con la historia legislativa y judicial–. Dicho método es lo que legitima el ejercicio del control judicial de constitucionalidad fuerte<sup>884</sup>.

Por consiguiente, mediante el método interpretativo el juez debe poder resolver de una manera objetiva, respetando las exigencias de la democracia liberal, lo que en el caso concreto se identifica como la única respuesta correcta –*one right answer*–. Es por eso que, por un lado, Dworkin trata de desentrañar qué es lo que impregna a una respuesta de objetividad y autenticidad, aun cuando emane de juicios valorativos; y, por el otro, cómo debe elaborarse la misma para cumplir con dicho propósito. A su juicio, la teoría de la interpretación es el instrumento que tiene el juez para elaborar juicios reflexivos y arribar a un resultado objetivo<sup>885</sup>.

---

<sup>881</sup>Cfr. DS, pp. 94-101.

<sup>882</sup>Cfr. Idem, pp. 46-47.

<sup>883</sup>Cfr. Idem, pp. 34-35.

<sup>884</sup>Cfr. IJ, pp. 132-133. Esta consecuencia se desprende no solo de la teoría de la interpretación jurídica que Dworkin elabora como *modus operandi* de los magistrados, sino de la máxima según la cual los jueces se distinguen de los legisladores porque juzgan con base en principios. La teoría de la interpretación es la materialización del ideal según el cual los jueces deben decidir sus sentencias bajo los principios de coherencia e integridad. Señala Dworkin: «Los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que la que puedan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también las otras decisiones que se proponen tomar». DS, p. 154.

<sup>885</sup>Cfr. IJ, pp. 12, 57-58, 64-65.

## CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

En esta línea, corresponde mencionar que en este capítulo se analizarán cuatro premisas que demuestran que la concepción de la objetividad propuesta por Dworkin no es idónea para evitar la discrecionalidad judicial y legitimar la investidura de los jueces en la resolución de sentencias y, en consecuencia, fortalecer la democracia asociativa, la cual se identifica con la protección de los derechos individuales, lo que permite el ejercicio del autogobierno del pueblo. Estas premisas, son:

- que Dworkin adhiere a una corriente de pensamiento constructivista;
- que la objetividad que defiende es de carácter débil –no fuerte– y formal –no sustancial–. Es débil porque es una objetividad basada en un intersubjetivismo de voluntades, la de los miembros de la práctica social y la del intérprete; es formal porque deriva de un método que prescinde de postulados ontológicos e inmutables.
- que dicha falta de objetividad fuerte deriva de las características propias de su método que, a su vez, vuelve inviables sus esfuerzos por encontrar una única respuesta correcta;
- que como corolario final la teoría de la interpretación deviene en un mecanismo que no puede cumplir los propósitos que se propuso el autor al criticar el positivismo hartiano y demás corrientes jurídicas: evitar la discreción judicial y fortalecer la democracia.

### 2-DWORKIN ES CONSTRUCTIVISTA

Los capítulos precedentes tenían por objeto dilucidar los pormenores de la teoría de la interpretación jurídica de Dworkin. Para ello, se analizaron cada uno de los elementos que la componen: las etapas interpretativas, la noción de paradigma, la diferencia entre conceptos y concepciones, los distintos materiales jurídicos –como principios, reglas y directrices– y hasta los juicios morales del intérprete con base en sus respectivas convicciones. A su vez, se explicó cómo estos convergen para que el juez pueda formar interpretaciones de los valores que sean congruentes para fundamentar las sentencias judiciales. Sin embargo, no se efectuó ninguna explicación fundada sobre la posición filosófica en virtud de la cual Dworkin encuadra sus postulados. Por eso, a fin de dilucidar las aporías que el pensamiento del autor presenta, lo primero es indagar sobre sus bases filosóficas para comprender de una manera adecuada por qué el autor adhiere al pensamiento constructivista en su forma de concebir al derecho, premisa que se encuentra en concordancia con la aducida por Albert Casamilga en el prólogo de la traducción al castellano de *Taking Rights Seriously*. Señala:

Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir. El autor americano intenta descubrir una tercera vía —entre el iusnaturalismo y el positivismo— fundamentada en el modelo constructivo de Rawls<sup>886</sup>.

En esta línea, Dworkin afirma que el positivismo hartiano se caracteriza por caer en un reduccionismo al identificar el derecho con las normas positivas sin tener en cuenta los principios, los cuales son fundamentales para pensar racionalmente en cuestiones de moral y juridicidad. De hecho, expresa que la regla de reconocimiento no es un parámetro idóneo para determinar lo que es el derecho. Como ejemplo cita el caso *Riggs vs Palmer*, en el cual dicho criterio positivista no hubiese servido para discernir que existe un lineamiento según el cual *nadie puede enriquecerse con los beneficios de su propio delito*. También postula que la noción positivista conlleva a la discrecionalidad de los jueces en su labor de impartir sentencia y que, en definitiva, tal modo de concebir al derecho no se ajusta a cómo los magistrados resuelven sus casos en la realidad<sup>887</sup>. No obstante, como se expresó, Dworkin no efectúa esta crítica desde un tipo de cognitivismo ético que afirma que existen normas éticas universales e inmutables que están más allá de las legisladas y que son exigidas por la naturaleza humano y de las cosas, erigiéndose como un criterio de verdad que dota de una dimensión ética y deóntica a sus postulados<sup>888</sup>. En este sentido, como se remarcó al comienzo, Dworkin propone un tipo de constructivismo ético-jurídico que presenta las dos tesis principales de toda corriente constructivista:

- Tesis antirealista: según la cual, en el campo de la conducta humana, la fuente de contenidos normativos se identifica con la sola construcción de la razón, y no con el conocimiento receptivo de fenómenos humanos —experiencia—<sup>889</sup>.
- Tesis de la limitación constructiva: dicha construcción de la razón tiene una estructura con límites que impiden que los postulados elaborados a través

---

<sup>886</sup>DS, p. 11.

<sup>887</sup>Cfr. Idem, pp. 73-77.

<sup>888</sup>Cfr. Idem, pp. 11-12, 67.

<sup>889</sup>Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, “Constructivismo Ético”, en Diccionario Interdisciplinar Austral, Claudia E. Vanney, Ignacio Silva y Juan F. Franck (eds).

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

de ella sean absolutamente arbitrarios, a fin de asegurar la imparcialidad y, a su vez, la objetividad de los mismos<sup>890</sup>.

De este modo, por medio de la elaboración de la teoría de la interpretación que cumpla con dichas tesis se intenta lograr dos objetivos<sup>891</sup>:

- Una justificación racional, que legitime las sentencias de los jueces, evitando fundarlas en la legitimidad de origen del poder coactivo del Estado.
- Una instancia de apelación ética mediante la cual se puedan analizar, e impartir juicios morales contra el derecho positivo, sin recurrir a una referencia metaética como criterio último de moralidad.

Es por eso que a lo largo de sus obras Dworkin intenta diseñar una forma de proceder en la actividad interpretativa que permita llegar a algún grado de objetividad, distinta a la alternativa del iusnaturalismo o realismo moral, y pueda dotar de normatividad jurídica a las sentencias. Dicho de otro modo, que les pueda ofrecer un carácter justificativo de su obligatoriedad. Expresa desde su posición constructivista:

Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de la integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad<sup>892</sup>.

De este modo, es meritorio mencionar que una característica propia de las corrientes constructivistas que aspiran a lograr una normatividad ética mediante la construcción racional de lineamientos suprapositivos, es que los principios de ca-

---

<sup>890</sup>Cfr. Ibidem. Massini explica que en su análisis, titulado “Constructivismo Ético”, que: «a través de la defensa de esta dos tesis –tesis antirealista y tesis de la limitación constructiva– se pretende alcanzar una elaboración racional directiva de la conducta humana (ética personal, política, jurídica, o económica) que, no le deba nada –o casi nada– a la *experiencia* de las realidades humanas y práctico-morales y que tenga sus raíces últimas en la *autonomía de la voluntad*, pero que esté a la vez dotada de ciertos límites (al menos relativamente) independientes del simple arbitrio individual o grupal». Ibidem.

<sup>891</sup>Con el objeto de realizar un análisis crítico del pensamiento interpretativo de Ronald Dworkin tomaré como guías principales los razonamientos que el Dr. Massini efectúa contra el constructivismo de John Rawls en “Los Dilemas del Constructivismo Ético” y “Del Positivismo Analítico a la Justicia Procedimental: la Propuesta Aporética de John Rawls”. Al mismo tiempo, también tendré en cuenta las objeciones que la Dra. Pilar Zambrano esgrime contra el pensamiento de Ronald Dworkin en “Objetividad en la Interpretación Judicial y Objetividad en la Moral: una Reflexión a partir de las luces y las sombras de la propuesta de Ronald Dworkin”. Agradezco a ambos autores por la lúcida ayuda que me brindaron por medio de sus textos para comprender mejor los postulados de Dworkin.

<sup>892</sup>IJ, p. 183.

rácter éticos sobre los que se asientan las normas jurídicas son *construidos* a través de un procedimiento basado en la racionalidad práctica. Mediante la misma el intérprete o juez construye los principios sin inferirlos de la realidad sino, más bien, a través del establecimiento de reglas de análisis mediante las cuales pueda hacerlos derivar desde una *construcción mental-colectiva* como lo es la práctica social y jurídica. En esta línea, a modo de ejemplo, en el pensamiento de Dworkin la construcción de máximas normativas puede observarse en los principios axiales –y liberales– del autorrespeto y la vida auténtica que fundamentan el concepto de la dignidad humana. Por consiguiente, para el autor, los principios *no* son entidades que el intérprete descubre y se presentan como una exigencia normativa de la evidencia, sino que son artificios. Los jueces construyen los principios por medio de la práctica jurídica a través de sus sentencias, dotándolos así de un peso específico. El razonamiento judicial que subyace en la práctica jurídica, como bien se indicó precedentemente, se encuentra basado en la integridad –he aquí la importancia que adquiere su teoría de la interpretación como método constructivo y justificativo–<sup>893</sup>.

En esta línea, solo a partir de los postulados filosóficos que conciernen a la epistemología del constructivismo dworkiniano pueden encontrarse los fundamentos últimos de la teoría interpretativa del autor. Por consiguiente, a este fin, es inevitable recurrir al pensamiento de David Hume, Immanuel Kant, John Rawls y, en particular, Hans-Georg Gadamer, que influyeron de manera considerable en su desarrollo académico. Mediante la indagación de los trasfondos epistemológicos que sustentan su teoría, se tratará de comprender con mayor profundidad su pensamiento y vislumbrar las *objeciones* que despiertan sus postulados. Dichas objeciones, como se podrá apreciar a continuación, ponen en duda la coherencia de su propuesta interpretativa y su capacidad para arribar a una objetividad fuerte que permita llegar a una única respuesta correcta, y evitar la discrecionalidad judicial a fin de fortalecer la democracia. ´

---

<sup>893</sup>Cfr. DS, pp. 11-12; Cfr. JE, pp. 88-89, 206, 403. Expresa Dworkin haciendo alusión a Rawls: «La posición original modela las convicciones comunes en un dispositivo conveniente de representación que nos permite construir principios de justicia similares a los dos principios que describí. Usted y yo debemos aceptar esos principios, si aceptamos también la ambición de vivir juntos en paz y dignidad». JE, p. 89.

## II-POSTULADOS FILOSÓFICOS

Bajo el presente epígrafe se comenzará por explicar cuáles son los postulados filosóficos a los que el autor recurrió como puntos de anclaje para construir su teoría de la interpretación. Se observará cómo estos se proyectan en su pensamiento y terminan por influir en su concepción de la interpretación integrativa. Al respecto, es posible hacerse las siguientes preguntas: ¿para Dworkin la moral es construida o existen ciertos postulados deónticos inherentes a la naturaleza humana que el hombre no puede modificar? ¿La autonomía de la voluntad tiene algún límite con respecto a la construcción de las concepciones de principios y/o valores que puedan elaborarse? ¿Qué rol cumplen las convicciones del intérprete en la labor interpretativa y en qué medida se relacionan con el logro de la objetividad? ¿El método interpretativo puede prescindir de todo contenido sustancial y devenir adecuado como herramienta de resolución de conflictos o necesariamente debe reconocer ciertos postulados contenuístico que lo fundamenten?

### 1-DAVID HUME

#### 1.1-Pensamiento de Hume

David Hume nació en Escocia, vivió entre los años 1711-1776, y es considerado uno de los filósofos más importantes de occidente, al punto de que se lo reconoce como el padre del empirismo moderno<sup>894</sup>. Desde su visión empirista analiza las cuestiones filosóficas por medio del método de la ciencia, siendo influenciado en este sentido por las ideas de Newton. Por consiguiente, si hay una característica que es holística e inmanente en el pensamiento del pensador escocés es su apelación a la *experiencia* como límite de todo conocimiento humano, en este sentido señala que «(...) no podemos ir más allá de la experiencia, y toda hipótesis que pretenda descubrir el origen y cualidades últimas de la naturaleza humana debe desde el primer

---

<sup>894</sup>José Luis TASSET, “Estudio introductorio”, en David HUME, *Tratado de la Naturaleza Humana*, trad. Vicente Viqueira, Editorial Gredos, Madrid, 2012, pp. LXXIX-LXXXI.

momento ser rechazada como presuntuosa y quimérica»<sup>895</sup>. De este modo, la inferencia por medio de la observación se constituye en la fuente exclusiva del conocimiento tanto para estudiar naturaleza y la conducta del hombre.

Desde este enfoque, corresponde destacar que para el estudio del pensamiento dworkiniano hay dos tópicos del mundo humeano que son relevantes: la moral y la justicia. Ambos son abordados en el tercer libro del *Tratado de la Naturaleza Humana*.

Con respecto a la moral, lo que se conoce como *la ley de Hume*, es de especial importancia puesto que cumple un rol preponderante en el desarrollo académico de Dworkin. Expresa el filósofo escocés:

No puedo menos que añadir a estos razonamientos una observación que puede quizá resultar de alguna importancia. En todo sistema de moralidad que hasta ahora he encontrado he notado siempre que el autor procede durante algún tiempo según el modo corriente de razonar, y establece la existencia de Dios o hace observaciones concernientes a los asuntos morales, y de repente me veo sorprendido al hallar que en lugar de los enlaces usuales de las proposiciones «es» y «no es» encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que con «debe» o «no debe». Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de gran importancia, pues como este debe o no debe expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y al mismo tiempo debe darse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: cómo esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son totalmente diferentes de ellas<sup>896</sup>.

Si bien hay distintas interpretaciones del párrafo descrito, desde la filosofía analítica se entiende a la *ley de Hume* como la imposibilidad lógica de derivar enunciados deónticos –es decir, de deber ser– a partir de enunciados ónticos –referentes al ser–. Por consiguiente, para Hume ni en la naturaleza humana y de las cosas, ni en la metafísica, existe un móvil que imponga un deber de actuar de una manera determinada<sup>897</sup>.

Según Hume los hombres están gobernados por sus deberes, lo cual es un dato de la experiencia. Por lo que reconoce que la moral influye sobre las acciones de

---

<sup>895</sup>Idem, pp. XI-XII, XLI.

<sup>896</sup>HUME, *Tratado de...*, p. 411.

<sup>897</sup>Cfr. Idem, pp. 414-415.

los hombres. No obstante, a su juicio, la razón no sería la encargada de motivar la acción, sino que ella es impulsada por las pasiones y, por ende, son estas las que terminan por fundar a la moral. Así, el autor remarca que «ninguna acción puede ser virtuosa o moralmente buena, a menos que exista en la naturaleza humana algún motivo que la produzca distinto del sentimiento de su moralidad» y, más adelante, afirma que «ninguna acción puede ser virtuosa sino en cuanto a que procede de un motivo virtuoso»<sup>898</sup>. Por eso, señala que la razón es «esclava de las pasiones, y no puede pretender ningún otro oficio más que servir las y obedecerlas»<sup>899</sup>. En otras palabras, «la razón por sí misma es completamente impotente en este caso particular –*el de influir sobre la acción*–. Las reglas de la moralidad, por consiguiente, no son conclusiones de nuestra razón»<sup>900</sup>. Por lo anterior, no es extrañar que a su juicio la moral quede reducida a cuestiones subjetivas como gustos, sentimientos y preferencias. De hecho, expresa sin vacilaciones que «la filosofía moral y la crítica se ocupan de nuestros gustos y nuestros sentimientos»<sup>901</sup>.

A partir de esta lógica se desprende que la bondad de las acciones no deriva de su concordancia con la razón –no hay acciones racionales o irracionales–, puesto que la razón no puede influir sobre una acción, ni tampoco es fuente de lo que está bien o mal. La razón puede sugerir o dirigir las pasiones teniendo así un efecto mediato sobre la acción pero no inmediato; puede influir sobre la conducta de dos formas: mediante la excitación de la pasión, lo que sucede cuando informa sobre algo que existe y es susceptible de ser objeto de ella; o vislumbrando la relación causa-efecto entre ambas de tal manera que provea los medios necesarios para ejercer una pasión<sup>902</sup>.

En esta línea, en concordancia con su posición empirista, Hume considera que la bondad de las acciones –su rectitud o depravación– se encuentra vinculada con las percepciones, las cuales pueden ser catalogadas como impresiones o ideas, identificándose las primeras con percepciones fuertes como sentimientos, sensaciones y afecciones; y, las segundas, como percepciones débiles semejantes a las copias de aquellas que acontecen en la memoria e imaginación<sup>903</sup>. La moralidad concierne a los sentidos, es sentida más que juzgada. Las impresiones moralmente correctas son las que surgen de la virtud, siendo estas agradables; y son moralmente incorrectas las que surgen del vicio, siendo, por el contrario, desagradables. En otras

---

<sup>898</sup>Idem, pp. 418-419.

<sup>899</sup>TASSET, “Estudio introductorio”, p. LXIX.

<sup>900</sup>HUME, *Tratado de...*, p. 401. (El énfasis entre guiones es mío).

<sup>901</sup>TASSET, “Estudio introductorio”, p. XL.

<sup>902</sup>Cfr. HUME, *Tratado de...*, pp. 402-405.

<sup>903</sup>Cfr. Idem, p. 397.

palabras, las acciones generosas y nobles son agradables, y las crueles y desleales son despreciables. Este razonamiento implica concluir que la moral se encuentra vinculada con el placer y el dolor y que las acciones son laudables o censurables según la pasión. Por consiguiente, en Hume la moralidad no se basa en ningún elemento externo al sujeto, sino más bien en el sentimiento de la virtud o el vicio, siendo el primero identificable con el placer y el segundo con el dolor<sup>904</sup>.

Esta noción sobre las virtudes y vicios con respecto a la moral permite comprender cómo entendía el autor a la justicia y, más precisamente, cómo el objeto teleológico de la justicia sintoniza con su noción de la moralidad. En este sentido, según Hume, el derecho y la justicia son entidades que tienen un carácter artificial, que el hombre construye a través de su análisis de la praxis social en aras a satisfacer fines utilitaristas. Por lo que cualquier juicio de valor arraigado en la referencialidad a la naturaleza deviene erróneo. De la misma manera, la justicia descansa en una convención en virtud de la cual se establecen determinadas reglas de conducta; y, por otra, en un sentido ulterior, en la educación recibida, no en el hecho bruto de la naturaleza, la cual es inculta<sup>905</sup>. Expresa el filósofo:

Por consiguiente, a menos que concedamos que la naturaleza ha establecido un sofisma y lo ha hecho necesario e inevitable, debemos admitir que el sentido de la justicia e injusticia no se deriva de la naturaleza, sino que surge artificialmente, aunque necesariamente, de la educación y de las convenciones humanas<sup>906</sup>.

Esta premisa constructivista adquiere en la modernidad —por ejemplo, en el pensamiento de Hobbes y Locke— un rasgo *experimental-convencional*. Es decir, la convención entre hombres como artificio jurídico se encuentra basada en la experiencia, por lo que el pensamiento moral —como así también jurídico— se caracteriza por un rechazo a la naturaleza de las cosas. De hecho, Hume observa que la referencia a la *naturaleza* constituye una remisión ambigua, puesto que se puede entender como lo opuesto a lo sobrenatural, a lo poco habitual y, en especial, a lo artificial —es decir, a lo creado por el hombre—<sup>907</sup>. Por consiguiente, la justicia es producto del obrar humano, como así también lo es el derecho, siendo también artificiales

---

<sup>904</sup>Cfr. Idem, p. 416.

<sup>905</sup>Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, “Los dilemas del constructivismo ético (análisis a partir de las ideas de John Rawls)”, *Persona y Derecho*, 36 (1997) 167, p. 173.

<sup>906</sup>HUME, *Tratado de...*, p. 422.

<sup>907</sup>Cfr. Idem, pp. 414-415.

las virtudes y los vicios, ya que dentro de la naturaleza bruta no tendría sentido hablar de ellos<sup>908</sup>.

Este último aspecto es de vital importancia, dado que la justicia –como virtud– y, por ende, el derecho mediante el cual se concretiza, son creados por el hombre. La consecuencia lógica deriva en la necesidad de crear un mecanismo a través del cual se puedan elaborar las normas y contenidos de una *justicia artificial*. Como se expresó, en Hume, este procedimiento está determinado por la formalización de una *convención* a partir de la cual los individuos deciden orientar sus conductas y regular sus posesiones. Solo después de que dicha convención ha tenido lugar y se ha llegado a un equilibrio estable de las posesiones individuales, puede tener asidero la justicia y, por ende, el derecho<sup>909</sup>.

Siguiendo esta línea, conviene subrayar que cuando el pensador escocés se refiere a una convención entre hombres, no remite a un pacto expreso, como sostienen los pensadores contractualistas. La convención en Hume se identifica con una práctica humana y social impregnada de un *sentimiento general dirigido al bien común*. En este sentido, los individuos que pertenecen a una misma comunidad, adhieren recíprocamente al mismo sentimiento. A su vez, este sentimiento generalizado deriva de la convergencia entre el hábito, la educación y la interacción social, siendo prescindible toda idea de pacto explícito o contrato<sup>910</sup>.

En definitiva, lo destacable es que para Hume la razón tiene un rol instrumental y se encuentra determinada por los sentimientos y pasiones o, más precisamente, por el autointerés. La moral se encuentra cimentada principalmente en las pasiones, no en una naturaleza inmutable y es la educación la que determina los límites sobre las normas de comportamiento. Por lo que no es precipitado discernir que en Hume la moral, en cierto aspecto, es *construida*, como también lo son la justicia y el derecho, que descasan en una convención consensuada entre individuos, puesto que la naturaleza por sí misma no establece que está bien o mal, o qué le resulta conveniente o no al ser humano<sup>911</sup>.

---

<sup>908</sup>Cfr. JE, p. 175.

<sup>909</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, “Los dilemas del...”, pp. 175-176.

<sup>910</sup>Cfr. Idem, pp. 175-177.

<sup>911</sup>Es meritorio resaltar que Dworkin no adhiere a esta forma humeana de concebir la moral, es decir, a merced de las pasiones que gobiernan sobre la razón; sino que más bien se aferrará al pensamiento de Kant que privilegia la razón por encima de la experiencia.

## 1.2-Influencia de Hume en Dworkin

Para comprender los fundamentos filosóficos del pensamiento de Dworkin, más precisamente, el aspecto ético de su constructivismo, es importante indagar sobre el postulado epistemológico a partir del cual basa su concepción de la moral. En este sentido, la *ley de Hume* previamente explicada constituye un principio fundamental de su pensamiento. El profesor enfatiza la importancia de su influencia cuando refiere a ella en su obra *Justice for Hedhegogs*:

Así como el principio de Hume es el himno de la primera parte de este libro, que describe la independencia de la moral con respecto a la ciencia y la metafísica, el principio de Kant es el himno de la tercera y cuarta partes, que exploran la interdependencia de la moral y la ética (...) <sup>912</sup>.

En términos epistemológicos, este breve párrafo constituye la piedra angular del constructivismo ético del profesor norteamericano, no solo por la importancia que le otorga a la fuente filosófica humeana sino porque *Justice for Hedhegogs* constituye la obra en la cual sistematiza todo su desarrollo intelectual y permite analizar desde una mejor luz los postulados esgrimidos en obras precedentes. De este modo, Dworkin adhiere al principio de Hume aunque efectúa una interpretación propia, *sui generis*, de la cual derivan dos conclusiones importantes <sup>913</sup>:

- La moral no se fundamenta en postulados metafísicos y científicos.
- La moral constituye un reino de pensamiento independiente basado en la argumentación.

Esta segunda conclusión, que se encuentra vinculada con la primera, constituye un enfoque singular del autor. Dworkin efectúa una lectura propia del principio de Hume y afirma que constituye un principio moral en sí mismo, que está lejos de ser un postulado escéptico según el cual no existe nada moralmente correcto o incorrecto, sino que más bien, determina que la moral tiene sus propias reglas de juego. En palabras de Dworkin:

Entendido como corresponde, el principio de Hume no respalda el escepticismo con respecto a la verdad moral sino más bien la independencia de la moral como un sector separado del conocimiento, con sus propios estándares de indagación y justificación <sup>914</sup>.

---

<sup>912</sup>JE, p. 37.

<sup>913</sup>Cfr. Idem, pp. 24-26.

<sup>914</sup>Idem, p. 34.

En este sentido, explica que a partir de hechos físicos aislados no se pueden afirmar preposiciones deónticas, pero que esta regla no impide que postulados deónticos puedan encontrar fundamento en otros postulados de la misma naturaleza. En otras palabras, sostiene que el principio de Hume no excluye otros modos de inferencia como, por ejemplo, *deducir premisas morales a partir de otras premisas morales*<sup>915</sup>. A partir de este hecho, como ya se observó, Dworkin considera que la moral pertenece al reino de los valores y, como reino autónomo, tiene ciertas características que son fundamentales. Por ejemplo, la moral es el reino del argumento, pero no de cualquier clase de argumento –como podrían ser los basados en cuestiones meta-éticas–, sino de argumentos y razones fundados en principios y convicciones personales que parecen verdaderas en sí mismas debido a su apelación a la integridad<sup>916</sup>. Según el autor, su epistemología moral se encuentra materializada en la aplicación de la teoría de la interpretación<sup>917</sup>.

En otras palabras, para Dworkin la moral se erige sobre argumentos basados en convicciones que se forman a través de un método formal. Sin embargo, sube un peldaño más y postula la necesidad de que exista un principio racional sobre el cual la moral se fundamente. Es por eso que en su búsqueda comienza por analizar, siguiendo las huellas de Hume, en donde *no* se encuentra dicho principio axial. Explica que los postulados sobre lo bueno o lo malo no pueden derivar de una supuesta autoridad omnipotente ni tampoco de sus mandamientos, porque no puede inferirse un deber ser a partir de un hecho. Al respecto, considera que es necesaria una premisa adicional, *una premisa de valor*, que permita inferir una razón moral por la que los postulados valorativos deban ser obedecido. De la misma manera, enfatiza que los gobernantes o legisladores son legítimos en su accionar y, por ende, obedecidos, si satisfacen ciertas máximas morales, determinados principios de legitimidad procedimentales y sustantivos, dado que no adquieren autoridad moral en forma automática<sup>918</sup>. Precisa Dworkin:

La existencia y logros de un dios, si acaso hay un dios, son cuestiones de hechos bastantes especiales y exóticos. La autoridad moral de cualquier dios, si existe, es una cuestión de valor. Las afirmaciones de hecho pueden ser meramente verdaderas: el tipo de dios que imagino podría existir, no en virtud de ninguna ley de la naturaleza, sino como un mero hecho independientemente en bruto. El mundo del valor es diferente: en el nada es me-

---

<sup>915</sup>Cfr. Idem, pp. 65, 513.

<sup>916</sup>Cfr. Idem, pp. 27-129.

<sup>917</sup>Cfr. Idem, pp. 130-131.

<sup>918</sup>Cfr. Idem, pp. 416-417.

ramente verdadero. Algo puede ser correcto o incorrecto solo en virtud de un principio que se ramifica en todo un terreno moral. No puede ser un hecho moral desnudo, un hecho que podemos intuir y nada más: que el genocidio es incorrecto o que es una sociedad rica los pobres tienen derecho a una atención médica básica<sup>919</sup>.

Puede observarse cómo Dworkin apela a la necesidad de un principio general para fundamentar sus postulados deónticos. En este sentido, el principio que postula para otorgar legitimidad a las autoridades que se expresan sobre dichas cuestiones es el *principio de igual consideración y respeto* a todo individuo. Por consiguiente, cualquier entidad, sea mundana o divina que alega o de la cual se alega una autoridad moral debe serlo en virtud del respeto a dicha máxima. De este modo, las convicciones que tienen los individuos sobre la legitimidad de la autoridad, o de los mismos derechos fundamentales, deben basarse en la coherencia que existen entre ellas a la luz de la máxima mencionada<sup>920</sup>.

El autor ejemplifica la importancia de su principio de moralidad mediante el análisis de la obligatoriedad de la promesa. Se pregunta: ¿por qué la promesa entre dos o más individuos crea una obligación moral? Explica que algunos creen que es porque el cumplimiento de las promesas deriva de las convenciones morales compartidas en una comunidad. A su juicio, este razonamiento incurre en una petición de principios directa, ya que presupone que los individuos también tienen el deber de cumplir las convenciones. Detalla que tampoco se debe a la obligación colectiva de contribuir al mayor bien, como podría ser fortalecer las instituciones en términos de justicia. Menos aún cree que podría fundarse en la confianza en que una persona actuará de determinada manera porque evitará cometer un daño.

Por el contrario, señala que el fundamento se encuentra en una responsabilidad mediata más general que consiste en no dañar a otros cuando se los animó a esperar una conducta determinada que luego no se efectuó, la cual a su vez deriva de la responsabilidad más general consistente en *respetar la dignidad de los otros* y, en consecuencia, *la propia*. Por lo que en última instancia cumplir con las expectativas que generan las promesas deriva de una exigencia de la dignidad humana cimentada en los principios de igual consideración y respeto y la vida auténtica, evitando mediante dicha justificación incurrir en una petición de principio<sup>921</sup>.

---

<sup>919</sup>Idem, p. 418.

<sup>920</sup>Cfr. Idem, p. 419.

<sup>921</sup>Cfr. Idem, pp. 371-372.

Al igual que en Hume, en el pensamiento dworkiniano esta noción constructiva de la moralidad se proyecta sobre el derecho, ya que como se indicó con antelación, en el pensamiento del profesor norteamericano el derecho constituye una rama de la moral, no existiendo una separación entre ambos<sup>922</sup>. Así, la noción humeana que concibe al derecho como artificio de los hombres tiene su eco en Dworkin, puesto que para éste el derecho es una práctica social y jurídica construida por todos los miembros de la sociedad –los legisladores mediante la sanción de las leyes, los jueces mediante la aplicación de las mismas en los casos concretos y los ciudadanos mediante actos de obediencia–. Aunque para Dworkin, el juez –el intérprete de la práctica jurídica– cumple un rol fundamental puesto que es quién aplica la teoría de la interpretación para resolver los casos concretos y defender los derechos de los individuos<sup>923</sup>.

Es en este sentido, el derecho es un fenómeno social y artificial, puesto que si la moral es *construida* porque no depende de ninguna realidad externa al sujeto, sino que es el sujeto el que emite normas y las obedece; entonces el derecho, como satélite de la moral no podría ser menos. Tanto la moral como el derecho son construidos y tanto el razonamiento jurídico como el razonamiento moral tienen una forma determinada de desarrollarse por medio de la actividad interpretativa.

En conclusión, si bien Dworkin no suscribe por completo a todas las premisas de Hume, sí lo hace a ciertos postulados que sirven para fundar su propuesta constructivista:

- Deslinda la moral de la naturaleza humana y de las cosas y, también, de la metafísica, al punto de que la entiende como un reino independiente con sus propias reglas de juego, las cuales también son construidas.
- Concibe la posibilidad de que los seres humanos puedan consensuar sobre un modo de proceder en virtud del cual están dispuesto a regir sus conductas. No existiendo límite alguno sobre su contenido.
- Concibe al derecho como una entidad eminentemente artificial, construida, no de manera aislada como lo haría un soberano hobbesiano, sino mediante un intérprete que actúa sobre la base de una práctica jurídica y social ya constituida y desarrollada por diferentes agentes, por los legisladores que crean la legislación, por los jueces que la aplican y los ciudadanos que obedecen dotando a las normas de autoridad.

---

<sup>922</sup>Cfr. Idem, pp. 20, 491.

<sup>923</sup>Cfr. Idem, pp. 167; Cfr. IJ, pp. 107, 158.

## 2-IMMANUEL KANT

## 2.1-Pensamiento de Kant

Existen ciertos lineamientos fundamentales esgrimidos por el filósofo de Königsberg que tienen resonancia en el constructivismo ético dworkiniano. De hecho, corresponde mencionar que su doctrina se erige como la piedra de toque del pensamiento de Rawls y, asimismo, del pensamiento de Dworkin. Por ello, es importante explicar ciertas máximas kantianas que hacen posible la comprensión de su paradigma interpretativo. Particularmente, el concepto de autonomía de la voluntad, para el cual será necesario desentrañar qué entiende el autor por libertad, ley moral y el rol que cumple al imperativo categórico.

Según Kant, Hume fue el autor que lo despertó de su sueño dogmático; ambos comparten ciertas premisas como la imposibilidad de probar por medio de la experiencia la certeza de conceptos puros como la libertad, la existencia de Dios o del alma. No obstante, sus ideas suscriben a corrientes diferentes. Kant no adhiere al empirismo, sino que se revela contra este y centra su posición en un *idealismo trascendental* que se caracteriza por reconocer la existencia de dos mundos: 1-el de la naturaleza –que se conoce mediante la experiencia y los sentidos–; y 2-el de la moral –que se conoce mediante la razón–. Estos mundos son conocidos como los mundos fenoménico y nouménico. Al mismo tiempo, a diferencia de Hume, para Kant la razón es la soberana de las pasiones y de los sentidos y no esclava de estos. Por ello, considera que la razón juega un rol preponderante en el obrar humano como guía de los actos<sup>924</sup>.

Para Kant la moral es de carácter absoluto y, justamente por eso, no está fundada en la experiencia ni pertenece al mundo empírico. La moral tampoco concierne al cálculo por conveniencia, no está fundada en criterios utilitaristas, por lo que el resultado de la acción –su éxito o fracaso– es ajeno a dichos criterios. Tampoco se basa en la felicidad como fin último del hombre, propio de las corrientes eudemonistas que conciben a la felicidad como un apetito universal. Por consiguiente,

---

<sup>924</sup>Cfr. Maximiliano HERNÁNDEZ, “Estudio Introductorio”, en Immanuel KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres - Crítica de la razón práctica - En torno al tópico: "Esto vale para la teoría pero no sirve de nada para la práctica" - Hacia la paz perpetua - Sobre un presunto derecho de mentir por la filantropía de Immanuel Kant*, trad. Roberto R. Aramayo, T.2, Editorial Gredos, Madrid, 2014, pp. XVII, LXIII.

la moral tiene un origen racional, solo puede obrar rectamente quien se gobierna a sí mismo mediante ella, siendo esta la facultad humana por excelencia<sup>925</sup>.

Siguiendo esta línea, para Kant, la moral se encuentra cimentada en la razón y asociada al deber. Cuando el hombre actúa por deber actúa de manera correcta, con buena voluntad, aun cuando su conducta sea contraria a su intención. Para el autor la moral se presenta en el hombre en forma de deberes, es por eso que el deber y la moral son inseparables. Por consiguiente, los deberes se identifican con las acciones concretas que, como consecuencia de ser objetivamente necesarias, devienen obligatorias. Esta obligatoriedad es la que transforma una acción en un deber. De este modo, la moralidad reside en la disposición de la voluntad para el cumplimiento del deber que la razón exige<sup>926</sup>. Esta vinculación entre la moral, el deber y su objetividad pueden entenderse mejor a través del imperativo categórico kantiano. Según el filósofo de Königsberg existe un principio del obrar moral, categórico, que se diferencia de los *imperativos hipotéticos*, los cuales se encuentran sujetos a condiciones como la experiencia o la habilidad para obtener determinados resultados. El imperativo categórico consiste en una exigencia de la pura razón: «obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal»<sup>927</sup>. Su objetividad está vinculada a la necesidad absoluta –sin condicionamientos– a una obligatoriedad que no se encuentra modificada por datos empíricos. Por consiguiente, las acciones que se enmarcan como concordantes con dicha máxima deontológica se presentan como necesarias en sí mismas. Dichas acciones serán un deber en la medida que se correspondan con un mandato de la moralidad puesto que la ejecución de las mismas es una exigencia de la razón pura. Una acción no puede transformarse en deber a causa del conocimiento empírico, ni tampoco por el orden de la naturaleza humana y de las cosas; solo puede hacerlo por un principio a priori, es decir, porque la razón lo exige<sup>928</sup>. Como puede observarse, el principio es general y no se encuentra determinado por una situación concreta, ni tampoco depende de la materialidad, sino que es su universalización racional lo que hace posible la objetividad incondicionada del deber. Kant exalta la universalidad del imperativo y lo considera un principio de moralidad o ley de la razón pura práctica.

---

<sup>925</sup>Cfr. José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del Pensamiento Jurídico. De Heráclito a la Revolución francesa*, T. 1, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2013, p. 313; Cfr. HERNÁNDEZ, “Estudio Introductorio”, pp. XXIV-XXV, XLII.

<sup>926</sup>Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T. 1, p. 315.

<sup>927</sup>HERNÁNDEZ, “Estudio Introductorio”, p. XLIV.

<sup>928</sup>Cfr. Idem, p. XXXI

Como corolario de dicha apelación a la razón, Kant enfatiza que no basta con querer que algo sea legal o lícito para que sea adecuado a la moral, sino que el motivo que impulsa su seguimiento debe ser el *respeto* a dicho imperativo, aun cuando su acatamiento conlleve la abnegación, más allá de las inclinaciones sensibles<sup>929</sup>. Al mismo tiempo, mediante la concepción del ser como seres racionales, Kant exalta a la *persona humana* por encima de toda criatura del mundo sensible. Al respecto, explicita que a diferencia de las cosas que tienen un precio, los hombres no se miden con dicha vara, sino que están dotados de dignidad<sup>930</sup>.

Siguiendo esta línea, el filósofo distingue entre el mundo de la moral el cual se rige por la *libertad* y el mundo de la naturaleza que se rige por la ley de la causalidad –mundo exterior–. Esta diferenciación es importante porque los hombres son las únicas criaturas capaces de actuar conforme al principio de la libertad y, por ende, de pertenecer al mundo de la moral. La libertad en Kant, tiene un valor liminar ya que deviene en fundamento de la ley moral, es la *ratio essendi* de la ley moral y, al mismo tiempo, la motivación determinante por la cual seguirla –es una libertad interna, no sometida al orden causal del mundo exterior, caso contrario, la razón estaría condicionada por la experiencia–. Por su parte, la ley moral es la *ratio cognoscendi* de la libertad. A través de la libertad el hombre es capaz de seguirla racionalmente y cumplir las exigencias de la ley moral, sin dejarse llevar por las inclinaciones de la naturaleza o criterios utilitaristas, siendo aquí donde reside la verdadera autonomía de la voluntad<sup>931</sup>. Por eso, para Kant, la voluntad es una capacidad de los seres racionales por la cual la razón pura se transforma en *razón práctica*, actuando así como causa del obrar humano. La voluntad quiere la legislación de la razón pura deviniendo en el principio supremo de la moralidad<sup>932</sup>. Explica José Rodríguez Paniagua:

Se da, pues, la libertad, no solo en el sentido negativo, de liberación de los motivos encadenantes o esclavizantes, sino también la libertad en sentido

---

<sup>929</sup>Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T.1, p. 316.

<sup>930</sup>Cfr. HERNÁNDEZ, “Estudio Introductorio”, pp. LII-LIII.

<sup>931</sup>Cfr. Idem, pp. XX-XXI.

<sup>932</sup>Cfr. Idem, pp. XXXV-XXXVI. Es meritorio citar las siguientes palabras para diferenciar la voluntad del libre albedrío: «está la voluntad que constituye un procedimiento auténtico de autodeterminación por la ley de la racionalidad; y está la voluntad empíricamente condicionada, acá la razón no es requerida más que como medio adecuado para satisfacer un apetito y la voluntad se pone aquí al servicio de la facultad apetitiva asumiendo la regla o principio empírico de conducta proveniente de ésta que la razón proporciona. La voluntad, como causalidad práctica de la razón conforme a la ley a priori, puede convertirse en una causalidad práctica que no procede de la razón sino de la facultad apetitiva, por más que se base en un principio racional si bien derivado de esta última». Idem, p. XXXVI.

positivo, en cuanto que el determinante del obrar moral, el determinante moral de la actitud de la voluntad, está en el interior del hombre, en la propia razón: esto es lo que Kant llama autonomía de la voluntad y libertad en sentido positivo<sup>933</sup>.

La visión antropológica de Kant se percibe más nítidamente en la segunda acepción del imperativo categórico, que es lo que se conoce como *principio de humanidad* y que expresa: «obra de manera que no trates nunca a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otra, como medio, sino siempre al mismo tiempo como fin»<sup>934</sup>. Dicho imperativo es un principio a priori de la razón pura, puesto que antecede a toda experiencia y hace posible la regulación de las acciones de la praxis social, actuando como guía de lo que es moralmente correcto. Por consiguiente, la ley moral se presenta como un estándar que restringe el obrar humano, haciendo solo admisibles aquellas acciones que promuevan la dignidad humana.

En esta línea, en lo concerniente a las restricciones sobre la conducta humana, es meritorio abordar la noción del derecho de Kant. Para el autor tanto la moral como el derecho se encuentran relacionados. Ambos guían las acciones de los hombres y ambos se encuentran dentro del marco de la legalidad. La moral es respetada por una exigencia de la razón, por un motivo interno del sujeto que se identifica con una determinada disposición o actitud. Por consiguiente, la moral no puede ser impuesta por medio de la coacción, sino que es producto de un obrar libre y voluntario. En cambio, el derecho es respetado porque conlleva una coacción externa debido a que los hombres son susceptibles de dejarse guiar por sus inclinaciones naturales, actuando así en forma deficiente al dejar de lado la razón y poniendo en peligro la convivencia social<sup>935</sup>. Así, toda vez que la moral y el derecho se encuentran dentro del marco de la legalidad, ambos están vinculados ya que el cumplimiento de la moral exige el cumplimiento del derecho y sus deberes jurídicos<sup>936</sup>. En este sentido, explica Paniagua:

Kant entiende por Derecho, desde un punto de vista racional, «el conjunto de condiciones en virtud de las cuales la libertad particular de cada uno (*Willkür*) puede coordinarse con la libertad particular (*Willkür*) de los demás, según una ley general de libertad (*Freiheit*)». Esta fórmula escogida

---

<sup>933</sup>RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T.1, p. 317.

<sup>934</sup>Idem, pp. 317-318.

<sup>935</sup>Cfr. Idem, p. 318.

<sup>936</sup>Cfr. Idem, p. 320.

para definirlo sugiere, como se ve, que para Kant el Derecho está entendido como un trasunto o correlato de la moralidad<sup>937</sup>.

En conclusión, analizando el pensamiento del filósofo, en principio, pareciese que sus postulados pertenecen al iusnaturalismo, puesto que describe la existencia de leyes –leyes morales– que preceden al derecho positivo y connotan una obligación a priori de todo mandato expedido por autoridad competente. Sin embargo, en Kant dichas leyes no se fundan en la naturaleza humana y de las cosas y tales leyes no pueden ser asequibles a través de la experiencia, sino que, más bien, en tanto producto de la razón –la ley moral– dichos principios son a priori. En definitiva, para Kant el derecho no se basa en la realidad humana y de las cosas sino en la razón práctica<sup>938</sup>. El mundo de la experiencia no sirve para conocer los principios de la razón sino para que los individuos puedan discernir las condiciones necesarias para aplicarlos en la práctica y, también, para discernir cuáles serán sus efectos<sup>939</sup>.

## 2.2-Influencia de Kant en Dworkin

Como se advirtió precedentemente el aspecto principal del pensamiento kantiano que influyó en Dworkin para crear su esquema *constructivista interpretativo* es el principio de la autonomía de la voluntad. Este es el principio máximo de la moralidad, ya que son hombres libres quienes mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad deciden seguir las exigencias de la razón pura –evitando obrar por sus inclinaciones naturales o conveniencias utilitarias– y darse a sí mismos su propia legislación universal, tratándose como un fin en sí mismo y no como un medio. Esta capacidad de actuar conforme a la razón es lo que otorga dignidad al hombre y lo diferencia de cualquier otra criatura animal.

En este sentido, en Kant la autonomía de la voluntad se hace comprensible en cuanto actúa como puente entre los mundos neumónicos y fenoménicos. El mundo neumónico, caracterizado por su racionalidad pura y la existencia de ley moral, se muestra como fundamento del mundo sensible y le otorga normatividad al darle una orden superior a seguir por medio del obrar moral y a través del razonamiento lógico-deductivo. Es el ser humano quién, como ser dotado de libertad y voluntad, trata de deducir las exigencias de la ley moral para adaptar sus conductas y envestirlas de universalidad, de tal modo que sean respetuosas de la dignidad humana.

---

<sup>937</sup>Idem, p. 319.

<sup>938</sup>Cfr. Idem, pp. 319-320.

<sup>939</sup>Cfr. Idem, p. 320.

No obstante, en Dworkin esta divergencia de mundos no acontece, considera que siempre estamos en el reino de la moral, no podemos escapar de él. De allí que exprese:

No podemos escapar a la independencia de la moral, por más denodada que sea nuestra lucha. Cada esfuerzo que hacemos por encontrar una puerta trampa que nos saque de la moral confirma que aún no hemos entendido qué es la moral<sup>940</sup>.

A su vez, la índole constructiva de la moral está condicionada al método interpretativo. La moral es el mundo del argumento. Por lo que, tanto las acciones de los seres humanos como las concepciones de los conceptos que se elaboran, devienen en moralmente correctas en virtud de la integridad de los argumentos que la fundan y del hecho de que deriven de un método a través del cual el intérprete se encuentra influido por su historia personal, sus costumbres y, fundamentalmente, sus convicciones. En definitiva, para el profesor norteamericano, la moral no es categórica ni puramente racional; no es un mundo abstracto, sino que es un mundo cercano y en permanente construcción<sup>941</sup>.

Dworkin considera valiosos los postulados de Kant aunque también expresa que sus argumentos son frágiles. Arguye que sus teorías concernientes a la libertad y a la razón son poco viables para desentrañar los alcances de su principio de humanidad –tratar a los demás como fines y nunca como medios y no actuar de tal manera que no pueda querer que mi obrar se convierta en una ley universal–<sup>942</sup>. Es por eso que ante el desafío de integrar la ética y la moral; es decir, el cómo debemos actuar ante los demás y el cómo debemos sobrellevar nuestra propia vida, propone un nuevo modo de interpretar a Kant<sup>943</sup>. A partir de este nuevo modo construye los principios axiales sobre los que se apoya su concepción de la dignidad, concepto que deviene en la nota tónica de su sistema constructivo, puesto que como en su esquema los valores se integran entre sí, una vez resuelto qué debe entenderse por dignidad, dicho valor termina echando luz sobre las concepciones de los demás valores, actuando como un límite que toda concepción debe respetar para ser moralmente correcta.

---

<sup>940</sup>JE, p. 59.

<sup>941</sup>Cfr. JE, p. 330.

<sup>942</sup>Cfr. Idem, pp. 326-328. Conviene mencionar que desde la primera obra de Dworkin, *Taking Rights Seriously*, puede observarse que la noción de dignidad humana de Kant adquiere una relevante importancia. Señala el autor: «Me apoyo en la tesis de Immanuel Kant de que no podemos respetar adecuadamente nuestra humanidad a menos que respetemos la humanidad en otros». DS, p. 31.

<sup>943</sup>Cfr. JE, p. 327.

Expresa Dworkin en su afán de interpretar a Kant de tal manera de unir la ética con la moral:

Quiero antes bien, sugerir una manera de leer a Kant (por muchas otras cosas que ignore en sus escritos) que sigue las pistas de los métodos que propongo seguir aquí. Esa lectura comienza con la ética: con las exigencias éticas que concuerdan con los dos principios de la dignidad que ya he señalado. «El principio de humanidad» de Kant se refiere en primera instancia al modo como debemos valorarnos y valorar nuestras metas: debemos considerarlas objetiva y no solo subjetivamente importantes. Debemos pensar, tal cual destaca nuestro primer principio, que el modo de transcurrir de nuestras vidas es objetivamente importante (...) <sup>944</sup>.

Y, a renglón seguido, expresa cómo deberían interpretarse los postulados de Kant concernientes a la dignidad humana:

Trazamos la conclusión apropiada en lo que he llamado principio de Kant: si el valor que uno encuentra en su vida ha de ser verdaderamente objetivo, tiene que ser el valor mismo de la humanidad. Debemos encontrar el mismo valor objetivo en la vida de todas las otras personas. Debemos tratarnos a nosotros mismos como un fin en sí mismo y, por lo tanto, por auto-respeto, debemos tratar también a todos los demás como fines en sí mismos. El autorrespeto también requiere que nos tratemos como autónomos en un sentido de esa idea: debemos adherir a los valores que estructuran nuestra vida. Ese requerimiento concuerda con nuestro segundo principio: debemos juzgar por nosotros mismos el modo correcto de vivir y resistirnos a toda coerción que pretenda usurpar esa autoridad <sup>945</sup>.

En este sentido, mediante el presente abordaje por medio de las palabras de Dworkin, puede dilucidarse la influencia que ejerce en filósofo de Königsberg en el pensamiento interpretativo dworkiniano, en especial, en los siguientes puntos:

- En Kant las personas son autónomas cuando en virtud de su libertad obran respetando la ley moral, con prescindencia de las inclinaciones naturales. Por consiguiente, la autonomía de la voluntad es un proyecto en marcha, el sujeto lo logra paulatinamente en la medida que aprende a darse a sí mismo su legislación universal al punto de quererla como motivo de su actuar <sup>946</sup>. Por su

---

<sup>944</sup>Ibidem.

<sup>945</sup>Ibidem.

<sup>946</sup>Cfr. HERNÁNDEZ, “Estudio Introductorio”, p. LI.

parte, en Dworkin dicha autonomía concuerda en gran parte con su visión de la responsabilidad moral, puesto que en el método dworkiniano actuar de acuerdo a la moral implica no dejarse guiar por sentimientos y pasiones inmediatas sino interpretando de manera reflexiva las convicciones morales – motivos verdaderos del obrar– de tal manera que las influencias de la historia personal contrarias al actuar moral sean filtradas para evitar actuar en sentido contrario. En definitiva, en ambos autores el razonamiento moral implica tomar la moral en serio sin dejarse llevar por inclinaciones sensitivas, aunque en Kant el ideal sea la pura razón y en Dworkin la razón orientada hacia la integridad, por eso indica el autor sobre el programa moral de Kant «nuestro proyecto interpretativo es menos fundacional por ser más evidentemente holístico»<sup>947</sup>.

- En Kant la dignidad se concretiza en el imperativo categórico que establece cómo deben actuar las personas con relación a sí mismas y en relación con los demás. En Dworkin, esta influencia es manifiesta, puede observarse que el sujeto es digno, no solo por su condición de ser racional, que le permite obrar en forma autónoma, sino también que lo es en un segundo sentido, tiene la capacidad de ser el arquitecto de su propia vida y construir concepciones de conceptos coherentes en sí mismas –como el de la dignidad– mediante las cuales pretende proyectar su vida. Por ello, el autor lo indica en la primera persona del plural «debemos encontrar el mismo valor objetivo –de la humanidad– en la vida de todas las otras personas»<sup>948</sup>, un valor, claro está, que no se encuentra prefijado.

Esta noción de la autonomía en Kant entendida como *responsabilidad moral* es la base del constructivismo de Dworkin. El hombre –intérprete o juez– es capaz, mediante su razonamiento moral, de encontrar una respuesta ante los casos que se le presenta en armonía con sus convicciones reflexivas. Así, expresa «queremos pensar que la moral se conecta con los propósitos y ambiciones humanos de una manera menos negativa: que no todo en ella es restricción y nada de valor»<sup>949</sup>; aunque corresponde mencionar que a diferencia de Kant, el autor prescinde de postulados concernientes a la metafísica. Por consiguiente, Dworkin emancipa la autonomía de la voluntad kantiana de todo fundamento externo al punto de entenderla como objeto de interpretación, lo cual como se observará en el apartado sobre la crí-

---

<sup>947</sup>JE, p. 242.

<sup>948</sup>Idem, p. 327, (la descripción entre guiones es mía).

<sup>949</sup>Idem, p. 241.

tica a la noción de Dworkin de la autonomía de la voluntad, afecta la precisión de los límites que la circundan<sup>950</sup>.

### 3-JOHN RAWLS

#### 3.1-Pensamiento de Rawls

Si hay un elemento que es fundamental en el método interpretativo dworkiniano este se identifica con las *convicciones*. Las mismas tienen un rol preponderante en la labor interpretativa puesto que se encuentran en todo individuo racional que a través de sus juicios morales intenta interpretar los conceptos que concurren en un proceso judicial. En este sentido, en el pensamiento dworkiniano las convicciones se muestran como objetos de interpretación y, al mismo tiempo, como elementos que fundamentan las concepciones de los valores que el intérprete construye. De hecho, el autor postula que «las personas moralmente responsables actúan sobre la base de principios y no de manera no principista; actúan con base en sus convicciones y no a pesar de ellas»<sup>951</sup>.

En esta línea, corresponde subrayar que para entender en profundidad el rol de las convicciones en el esquema interpretativo dworkiniano, es menester describir algunos puntos fundamentales del pensamiento de Rawls a quien el autor toma como modelo, aunque con ciertas diferencias. En concreto, deviene necesario indagar qué función tienen las convicciones dentro de su teoría de la justicia. Así, para construir una concepción de la justicia el profesor de Baltimore parte del punto de que las personas adhieren a convicciones morales y religiosas distintas, en ciertos aspectos incompatibles, que terminan por afectar la cohesión social y el modo de entender los valores políticos de una sociedad. Por ello, considera que construir una teoría de la justicia que sea común para todos y acorde con las convicciones más abstractas de las personas implica idear un método que prescinda de las convicciones concretas que separan a los individuos.

---

<sup>950</sup>Massini menciona que un rasgo característico de las corrientes constructivista es la interpretación amplia de la autonomía de la voluntad de Kant lo que conlleva a una tergiversación de la misma. Véase: MASSINI CORREAS, “Los dilemas del...”, p. 178. En este sentido, para Dworkin la teoría interpretativa integrativa deviene en la forma de materializar la autonomía de la voluntad y, al mismo tiempo, en la forma mediante la cual se pretende satisfacer las exigencias de la moral a través de la coherencia intrasistemática de las construcciones de los valores en tela de juicio –concepciones construidas a la luz de los principios del autorrespeto y la vida auténtica–.

<sup>951</sup>JE, p. 134.

Según Rawls, la justicia descansa en dos principios axiales –principio de igualdad y principio de la diferencia– que toda persona racional aceptaría en el marco de una posición original. En dicha posición los individuos no pueden acceder al conocimiento de sus intereses particulares porque se encuentran detrás de un *velo de ignorancia*, por lo que acuerdan para regular sus conductas y establecer una sociedad políticamente organizada. De esta manera, bajo dicho artificio, las personas no piensan como si fuesen individuos aislados y meramente preocupados en sí mismos sino como ciudadanos pertenecientes a una misma sociedad. La posición original ayuda a pensar la justicia posibilitando que las convicciones concretas e inmediatas derivadas de la biografía personal de los individuos no sean tenidas en cuenta puesto que los sujetos son inducidos a pensar como si todos estuviesen en una misma posición inicial, sin que nadie sepa cuál es la situación concreta que les corresponde en la realidad, ni las que les corresponderá una vez que se levante el velo de ignorancia. Según Rawls, bajo dicho condicionamiento cognoscitivo las personas elegirían los principios axiológicos mencionados y moldearían sus juicios morales para que sean concordantes con ellos, adecuándolos asimismo a sus convicciones racionales –abstractas– que en un principio eran motivos de divergencia. Explica el profesor de Baltimore:

Así, nuestro objetivo deberá ser el 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 justicia<sup>952</sup>.

En este sentido, el mecanismo de la posición original actúa como un artefacto homogeneizador de las convicciones intersubjetivas. Los individuos son conscientes que tienen convicciones morales pero, como consecuencia del velo de ignorancia, no tienen conocimiento de cuáles son exactamente. La posición original parte del hecho de que los sujetos renuncian a los motivos concretos que derivan de sus historias personales. En este aspecto Rawls también explica:

Por lo demás, las partes no saben qué suerte correrán sus convicciones morales o religiosas en su sociedad, si, por ejemplo, serán mayoritarias o minoritarias. Todo lo que saben es que tienen obligaciones que interpretan de esta manera. La cuestión que habrán de decidir es qué principio deberán

---

<sup>952</sup>John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Trad. María Dolores González, 2ªed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 54.

adoptar para regular las libertades de los ciudadanos en relación con sus intereses fundamentales religiosos, morales y filosóficos<sup>953</sup>.

De este modo, se entiende la importancia de los principios de justicia como elementos que permiten lograr una convivencia armónica. Los principios aceptados por común acuerdo actúan como morigeradores de los conflictos que puedan surgir entre las diferentes creencias y convicciones una vez que se levante el velo de ignorancia y los ciudadanos pueden descubrir la situación contextual a la cual pertenecen. Así, los principios ayudan a examinar qué convicciones son incorrectas e inadecuadas para una concepción de justicia basada en la igualdad equitativa, puesto que constituyen la base moral sobre la que se erige la sociedad, funcionando como un acuerdo social que permite que las distintas creencias morales, políticas y religiosas puedan converger a pesar de sus diferencias<sup>954</sup>. En esta línea, Rawls postula que los principios de la justicia actúan como un dispositivo que permite llegar a un *equilibrio reflexivo* entre las distintas convicciones de los participantes. Explica que es un equilibrio porque los juicios y principios de los individuos coinciden y es reflexivo porque los sujetos saben a qué principios deben adecuar sus juicios particulares y cómo se llega a ellos. No obstante, también remarca que dicho equilibrio no es completamente estable, ya que puede ser modificado por nuevas condiciones que pueden surgir en la relación contractual y conllevar una revisión de los juicios morales<sup>955</sup>.

En conclusión, las convicciones y los principios en la teoría de la justicia de Rawls se encuentran profundamente imbricados. Los principios funcionan como estándares que establecen la forma correcta de concebir las convicciones para actuar racionalmente y, en consecuencia, *autónomamente*, porque justamente, si actuar conforme a la razón hace a las personas autónomas, dichos principios, al ser producto de un pacto entre seres racionales iguales y libres, implica que tomar decisiones conforme a ellos es obrar como seres auténticamente autónomos. En este sentido, es el método por el cual se piensa a la justicia el que hace posible que la sociedad funcione de modo organizada<sup>956</sup>.

---

<sup>953</sup>Idem, p. 197.

<sup>954</sup>Cfr. Idem, p. 210.

<sup>955</sup>Cfr. Idem, p. 32.

<sup>956</sup>Cfr. Idem, p. 467.

### 3.2-Influencia de Rawls en Dworkin

La influencia de Rawls en la forma de entender las convicciones se hace patente en Dworkin, particularmente, en su concepción de la actividad interpretativa. Sin embargo, hay ciertos matices propios del pensamiento de Dworkin que son meritorios mencionar. En este sentido, según el autor, las convicciones tienen una doble particularidad: la primera, no se pueden elegir ni crearse libremente sino que derivan del modo de ser del individuo y el mundo, lo que no quiere decir que el individuo no pueda moldearlas y actuar sobre ellas para tomar decisiones responsable<sup>957</sup>; la segunda, el intérprete tiene la creencia de que el objeto sobre el que las mismas se despliegan es verdadero, es aquí que Dworkin postula:

Para que algo sea considerado la convicción de una persona, ésta debe reconocer que aquello que surge de ella depende de lo que en realidad es verdad, y no de aquello que cree que constituye la verdad<sup>958</sup>.

Por consiguiente, según Dworkin, las convicciones, por más que pertenezcan al fuero interno del individuo y, por más que dependan en gran parte de su biografía personal, el intérprete las considera verdaderas, no porque sean suyas, sino porque considera que objetivamente lo son, más allá de las circunstancias de su esfera personal. Esto implica una diferencia importante con otros elementos de su intimidad como los sentimientos, gustos y preferencias. Dicha consideración deriva del modo en cómo el intérprete equilibra sus convicciones para que puedan armonizarse entre sí de una manera coherente, lo que conlleva efectuar juicios de ajuste y justificación entre ellas. Así, por ejemplo, si se concibe que la dignidad engloba a todo ser humano, pero al mismo tiempo se cree que existen individuos que por pertenecer a cierta etnia o raza son menos dignos, entonces habría un conflicto entre las convicciones sobre lo que es la dignidad y lo que es la humanidad. No se estaría respetando el principio de igual consideración y respeto que hace las veces de guía en la adecuación de nuestras convicciones.

Por tanto, para el autor no cualquier convicción es adecuada como motivo fundante de las concepciones de valores políticos. Sino aquellas que son *reflexivas*, carácter que adquieren cuando son sopesadas mediante un procedimiento determinarlas que permite comprenderlas. En este sentido, la forma vuelve a ser el principal protagonista de lo que debe entenderse como correcto. El autor estipula que todo intérprete debe recurrir un procedimiento de *purificación e interconexión* de sus

---

<sup>957</sup>Cfr. JE, pp. 290-291.

<sup>958</sup>IJ, p. 235.

convicciones para que estas conlleven un actuar moralmente responsable. En el primer sentido, advierte que las convicciones personales suelen estar contaminadas por causas como la *insinceridad* —como el fingimiento del seguimiento de principios por parte de un sujeto que se encuentra en una posición de autoridad, que en verdad no está dispuesto a respetar—. También menciona la *racionalización*, que sucede cuando el sujeto entiende a los principios que guían su conducta como abstracciones que solo son aplicables a determinados campos, por ejemplo, votar al partido republicano porque lo considera más respetuoso de la religión, pero considera que dicho principio no tiene aplicabilidad en la realidad concreta, sino solo en la abstracción. Al mismo tiempo, el sujeto puede dejarse llevar por el *autointerés*, por principios que solo sigue cuando son beneficiosos para sus intereses evitando toda imparcialidad. O, en definitiva, puede incurrir en una *esquizofrenia moral* dejándose llevar por principios contradictorios como proteger la libertad religiosa y, a su vez, negar la enseñanza de contenido histórico-religioso en colegios públicos. Por lo que en estos casos el sujeto actúa con irresponsabilidad, puesto que se deja llevar por motivos de su biografía personal que influyen negativamente en la elaboración de sus convicciones personales reflexivas<sup>959</sup>.

Siguiendo esta vena, para adecuar las convicciones a las exigencias de la responsabilidad moral, Dworkin postula que las convicciones personales deben ser interpretadas de una manera íntegra, como si estuviesen interconectadas entre sí. En este sentido, uno de los errores más comunes es considerar a las convicciones como si estuviesen en compartimientos estancos separados, de manera que un individuo puede tener convicciones privadas contrarias en términos de racionalidad a las convicciones comunitarias o, por consiguiente, convicciones religiosas que sean contrarias con sus propias convicciones en materia económica o delictiva. En definitiva, el riesgo de concebir convicciones aisladas es la incoherencia, la falta de unidad en el modo de razonar moralmente, o como postula Dworkin «en mi ineptitud para unificar mis convicciones en aparente conflicto mediante la distinción de principios que yo también pudiera proclamar aceptar de todo corazón»<sup>960</sup>.

De este modo, el autor señala que la única forma de evitar el presente problema es a través de un método interpretativo basado en la integridad, y no mediante un artificio imaginario como podría ser el de la posición original de Rawls. Dworkin señala que este desafío de forjar convicciones coherentes implica un esfuerzo racional y forma parte de un proceso continuo; enfatiza que para lograrlo el

---

<sup>959</sup>Cfr. JE, pp. 137-138.

<sup>960</sup>Idem, p. 138.

intérprete debe estar decidido a aceptar la autenticidad y la integridad como ideales guías en dicha tarea constructiva<sup>961</sup>. Explica:

La responsabilidad requiere que interpretemos críticamente las convicciones que al principio parecen más atractivas o naturales: buscar concepciones y especificaciones de esas convicciones inicialmente atractivas, teniendo presentes las metas de la integridad y la autenticidad. Interpretamos hasta donde podemos cada una de ellas, a la luz una de las otras y también en lo que nos parece natural en cuanto manera conveniente de vivir nuestra vida<sup>962</sup>.

Por consiguiente, la primera exigencia de un intérprete que aspira a actuar con responsabilidad moral concierne a lograr un orden en la esfera individual, en donde moran sus convicciones más profundas. Debe tratar de construir un sistema autoconsciente partiendo de los aportes de su historia personal –inclinaciones, ambiciones, tradiciones, entre otras–. Debe reflexionar sobre las mismas y esmerarse por *purificar* sus convicciones, al punto de poder concebirlas como auténticas en sí mismas, y lo suficientemente convincentes como para poder actuar en virtud de ellas. En este sentido, Dworkin afirma que la autenticidad de las convicciones morales se logra mediante el despliegue de otras convicciones de la misma índole que actúan como puntos integrativos de fortalecimiento mutuo, siendo el criterio de adecuación la interconexión coherente entre ellas<sup>963</sup>.

Por lo que en el pensamiento de Rawls y Dworkin la importancia que tienen las convicciones en los sujetos que actúan racionalmente es manifiesta, en ambos la interpretación depende de la convicción, en ambos casos los sujetos –intérpretes– deciden sus interpretaciones de los conceptos en virtud de sus convicciones. Sin embargo, hay una diferencia que es sideral, en Rawls los sujetos prescinden de sus convicciones concretas, propias de su biografía personal y el contexto que los circunda, para construir concepciones de los principios de la justicia, dado que en el marco de la posición original no tienen acceso a conocimientos particulares, no saben cuáles son sus intereses individuales, deciden como si fuesen sujetos que piensan colectivamente. En cambio, en Dworkin los sujetos deciden con base en convicciones concretas que sí derivan de su historia personal, aun cuando tengan convic-

---

<sup>961</sup>Cfr. Idem, pp. 140-141.

<sup>962</sup>Idem, p. 140.

<sup>963</sup>Dworkin explica que el primer trabajo interpretativo de las convicciones es de carácter individual. «En principio ese esfuerzo debe ser individual, no solo porque las iniciales de cada persona son una tanto diferentes de las del resto, sino porque solo la persona de la cual llegan a ser convicciones establecidas puede calibrar su autenticidad para ella». Idem, p. 141.

ciones que contrastan entre sí, y aun cuando perteneciendo a la misma sociedad adhieran a convicciones disímiles. El desafío que tienen consiste en esforzarse para lograr un todo armónico entre sus convicciones pero sin dejarlas de lado porque justamente, puesto que los hombres son sujetos morales y autónomos, es en las convicciones sopesadas reflexivamente en donde reside la fuerza moral de las concepciones de los valores. Es en esta línea que Dworkin señala «(...) aspiramos a que nuestras convicciones morales aporten nuestros motivos reales»<sup>964</sup>.

En esta línea, los corolarios que se desprenden de la descripción de las convicciones a partir de la comparación entre los postulados de Rawls y Dworkin, son los siguientes:

- Las convicciones influyen fuertemente en la interpretación de las concepciones de los valores morales y políticos, son sus motivos reales, y su fuerza hace que sean consideradas como auténticas y merezcan ser tenidas en cuenta.
- Estas convicciones se encuentran supeditadas a un procedimiento, a una forma de convertirlas en valiosas o reflexivas, puesto que las convicciones brutas e inmediatas son contrarias al hecho de tomarse la labor interpretativa en serio –no puede dejar de advertirse aquí la influencia de Hume–.
- La forma adquiere prevalencia sobre la sustancia. El método, el cómo deben razonarse las convicciones para que armonicen entre sí, tiene prioridad sobre las convicciones mismas. Esta lógica se proyecta en la elaboración de las concepciones de los valores políticos y morales. El método interpretativo es el que permite arribar a concepciones valiosas –como se observará, este punto podrá apreciarse con mayor detalle al abordar el pensamiento de Gadamer–.

#### 4-GEORG GADAMER

##### 4.1-Pensamiento de Gadamer

La interpretación es el tópico más importante dentro del pensamiento dworquiniano puesto que los conceptos que utilizan los jueces para resolver sus sentencias son interpretativos. El autor define la interpretación de una manera sucinta, *interpretar es comprender*, aunque cuando se indaga en la fuente filosófica de la

---

<sup>964</sup>Idem, p. 328.

que se sirvió para llegar a dicha concepción, se puede discernir que interpretar es una actividad profundamente compleja. En este sentido, el autor funda su posición en el pensamiento de Georg Gadamer a quién recurre para evitar tener que explicar cuestiones epistemológicas sobre su origen. Expresa Dworkin «una vez más apelo a Gadamer, cuya descripción de la interpretación que reconoce, a pesar de luchar en contra de las restricciones de la historia, da en la nota exacta»<sup>965</sup>. Desde ya, esta consideración tiene efectos en lo que Dworkin entiende por una única respuesta correcta, puesto que no puede negarse que a la misma se arriba a través de la actividad interpretativa.

En esta línea, Gadamer también identifica la interpretación con la comprensión, expresa «La interpretación (*auslegung*) no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión»<sup>966</sup>. Al mismo tiempo, indica que dicha forma de interpretar posee una potencialidad transformadora, en esta línea, señala que «el sentido de un texto supera a su autor no ocasionalmente, sino siempre. Por eso la comprensión (*verstehen*) no es nunca un comportamiento solo reproductivo, sino que a su vez es siempre productivo»<sup>967</sup>.

Para Gadamer tanto el contexto en el cual se interpreta un texto como la persona del intérprete tienen un rol preponderante en la labor hermenéutica. Por consiguiente, el intérprete no se encuentra aislado del mundo, no prescinde de su subjetividad y de las circunstancias que influyen en su pensamiento y terminan por afectar el objeto de la interpretación. Así, con respecto a la adecuación contextual de las interpretaciones que se efectúan, expresa:

Cada época entiende un texto transmitido de una manera peculiar, pues el texto forma parte del conjunto de una tradición por la que cada época tiene un interés objetivo y en la que intenta comprenderse a sí misma. El verdadero sentido de un texto tal como este le habla (*anspricht*) a su intérprete no depende del aspecto puramente ocasional que representan el autor y su público originario<sup>968</sup>.

---

<sup>965</sup>IJ, p. 55.

<sup>966</sup>Andrés ROSLER, *La ley es la ley*. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho, Editorial Katz, Buenos Aires, 2020, p. 159.

<sup>967</sup>Ibidem.

<sup>968</sup>Hans-Georg, GADAMER, *Verdad y Método I*, 8° ed., trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original *Wahrheit und Methode*, Ediciones Sígueme-Salamanca, 1999, p. 379; Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, “Hermenéutica clásica y objetivismo jurídico”, *Seminarios de Filosofía*, N° 11 (1998) 11, p. 15.

Y, con respecto a la figura del intérprete, más precisamente, a la aplicación que efectúa del objeto interpretado en una circunstancia concreta en la cual la situación personal juega un papel esencial, señala que «nuestras consideraciones nos fuerzan a admitir que en la comprensión siempre tiene lugar una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete»<sup>969</sup>, al tiempo que afirma «el trabajo del intérprete no es simplemente reproducir qué dice en realidad el interlocutor al que interpreta, sino que tiene que hacer valer su opinión de la manera que le parezca necesaria, teniendo en cuenta cómo es auténticamente la situación dialógica en la que solo él se encuentra como conocedor del lenguaje de las dos partes»<sup>970</sup>.

Por consiguiente, la situación del intérprete y su contexto es preponderante, el objeto a interpretar debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva. La interpretación está siempre situada en un espacio y tiempo histórico, puesto que, según el autor, el intérprete piensa desde su experiencia y conocimientos adquiridos, lo que proporciona un horizonte de entendimiento. Este horizonte integra un conjunto de prejuicios que permite entender el objeto a interpretar. Prejuicios, no en sentido negativo –irracional–, sino como conjunto de predisposiciones por los cuales reconocemos algo como significativo –así, por ejemplo, la educación nos enseña a leer y, por medio de ella entendemos ciertos signos como las letras y palabras que componen–. Para el filósofo de Marburgo los prejuicios hacen que el conocimiento sea posible, el cual se amplía y desarrolla a medida que el intérprete avanza en la interpretación y ensancha sus horizontes de entendimiento<sup>971</sup>.

En esta línea, Gadamer explica que entender un texto conlleva un diálogo entre el intérprete y el objeto de la interpretación, es decir, hay una fusión de horizontes entre el del intérprete y el del autor del texto que es objeto de análisis. Por consiguiente, en última instancia, *entender* tiene una connotación introspectiva, es entenderse a uno mismo dentro del asunto en cuestión que se está analizando. Señala el autor:

El intérprete no pretende otra cosa que comprender este asunto general, el texto, esto es, comprender lo que dice la tradición y lo que hace el sentido y el significado del texto. Y para comprender esto no le es dado querer ignorarse a sí mismo y a la situación hermenéutica concreta en la que se en-

---

<sup>969</sup>GADAMER, *Verdad y Método I*, p. 379; MASSINI CORREAS, “Hermenéutica clásica y...”, p. 15.

<sup>970</sup>Ibidem.

<sup>971</sup>Cfr. GADAMER, *Verdad y Método I*, pp. 13-16.

cuentra. Está obligado a relacionar el texto con esta situación, si es que quiere entender algo en él<sup>972</sup>.

Siguiendo esta vena, puede observarse cómo Gadamer prioriza el rol del sujeto y de la situación que ocupa a los fines de la interpretación. El contenido de las normas y su valoración deben entenderse a la luz de un caso concreto, siendo las normas universales de la ética consideradas en un lugar periférico. Explica Emilio Betti en alusión a Gadamer:

La historicidad de la comprensión propuesta por Gadamer conduce inexorablemente a un situacionismo en materia ética, toda vez que la pérdida de la objetividad de la comprensión a que conduce la perspectiva de la historicidad del sujeto, torna imposible arribar a un criterio de exactitud del comprender<sup>973</sup>.

En este sentido, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Para Gadamer interpretar no consiste en recuperar de la historia el significado de una obra, sino que el intérprete actúa en forma activa, creándolo a partir de su intento de comprensión de la misma bajo la influencia del contexto<sup>974</sup>. Este razonamiento, llevado a la esfera jurídica, implica que la ley – texto– debe ser entendida en consonancia con lo que se comprende de ella en cada época y espacio determinado según las nuevas exigencias de la práctica jurídica, sin que tenga un significado estático<sup>975</sup>.
- La realidad misma se encuentra subordinada al texto, no siendo objeto de interpretación directa sino más bien, por medio de lo que la letra dice de ella. Por consiguiente, la realidad queda supeditada –reducida– a lo que el intérprete entiende de ella, lo que conlleva a una especie de subjetivismo interpretativista.

#### 4.2-Influencia de Gadamer en Dworkin

Como bien se observó, Dworkin sigue las huellas de Gadamer y sostiene que *interpretar es comprender*, una comprensión que abarca la posibilidad de crear<sup>976</sup>.

---

<sup>972</sup>GADAMER, *Verdad y Método I*, p. 396; MASSINI CORREAS, “Hermenéutica clásica y...”, p. 18.

<sup>973</sup>MASSINI CORREAS, “Hermenéutica clásica y...”, p. 19.

<sup>974</sup>Cfr. ROSLER, *La ley...*, p. 159.

<sup>975</sup>Cfr. Idem, p. 160.

<sup>976</sup>Cfr. JE, p. 192.

Dicha observación puede discernirse a partir de la analogía que efectúa el autor entre la interpretación jurídica y la interpretación creativa, en la cual el artista interpreta una obra –por ejemplo, *El mercader de Venecia* de Shakespeare– que conlleva un doble esfuerzo: por un lado, discernir cuáles eran las intenciones de su autor y por el otro cuál era el efecto que éste esperaba producir en la audiencia. Siendo así la intención un elemento complejo imposible de ser reducido a estados mentales conscientes, y abriendo el paso a la indagación de las convicciones que se encontraban presentes en la práctica social de aquella época, tanto en el autor como en los espectadores, que terminan por formar una noción adecuada de la obra. Dworkin observa que en la interpretación jurídica sucede un fenómeno semejante, el juez interpreta la práctica legal en virtud de sus convicciones con el objeto de que su descripción sea la mejor que pueda realizarse de la práctica dentro del paradigma en el cual se encuentra enmarcada. Por consiguiente, el intérprete es partícipe de la práctica y, a su vez, autor del objeto que interpreta, puesto que al no poder distinguir las intenciones reales de los miembros de la práctica social, del mismo modo en que el artista tampoco puede hacerlo con respecto a las de los miembros de la audiencia, debe construir las concepciones en virtud de sus convicciones particulares sopesándolas con las que subyacen en la práctica social considerando a los individuos en forma colectiva<sup>977</sup>.

En esta línea, llevado al campo de la práctica legal, en su labor interpretativa el juez valora el derecho y es coautor del mismo, es por eso que la interpretación es considerada un fenómeno social. Esta realidad es ilustrada por Dworkin a través de la metáfora de la novela encadena en la cual el intérprete analiza la obra en curso a la luz de las exigencias del género a la que pertenece agregando un capítulo a la misma y, por ende, modificándola. Por consiguiente, el dato peculiar es que la interpretación modifica su objeto de estudio, no se reduce a describirlo, lo que abre un punto de fuga sobre si lo que Dworkin considera como interpretación verdaderamente lo es<sup>978</sup>. En este sentido, en el pensamiento del autor, en aras a no llevar esta premisa a extremos indeseados, como podría ser que el juez pudiese crear a su libre arbitrio el derecho, morigera esta posibilidad a través de la utilización de un método, en el cual la exigencia de la coherencia intrasistemática se encuentra concretizada en el deber de respetar los paradigmas y adecuar la decisión final a la historia legislativa y jurisprudencial, siendo esta exigencia un límite que evita caer en la

---

<sup>977</sup>Cfr. IJ, p. 56. El carácter colectivo y creación de la interpretación en Dworkin puede observarse en su explicación de la *novela en cadena* según la cual el autor –intérprete– crea un capítulo de la misma a partir de una práctica social y legal ya constituida con base en interpretaciones que otros efectuaron.

<sup>978</sup>Cfr. ROSLER, *La ley...*, p. 155.

llana arbitrariedad. Caso contrario, si solo se entiende la premisa en abstracto, es decir, que el juez es *coautor* sin tener en cuenta el cómo —el procedimiento—, el magistrado se convertiría en legislador, se arrojaría de potestades que no le corresponden en una democracia republicana, pudiendo cambiar la ley —y la Constitución— mediante su interpretación, convirtiendo a la jurisprudencia en la verdadera ley. De este modo, devendría ilegítima su investidura basada en el ejercicio del control de constitucionalidad porque, claro está, no puede ejercer un control sobre sí mismo sino sobre lo que otros —legisladores— producen. Su causa teleológica sería vana y finalmente no estaría lejos de concretar la máxima del realismo norteamericano según la cual el derecho es lo que los jueces dicen que es —*ius, quod iudex dicit*—.

No obstante, si bien en el arte literario, puede concebirse la idea de que la interpretación conlleve la modificación de su objeto, es dificultoso concebirla en el derecho, puesto que a diferencia de una obra artística que tiene como meta deleitar al lector o espectador, una norma jurídica, por el contrario, tiene como objetivo regular la conducta de los individuos para lo cual es necesario que esté dotada de autoridad. En este sentido, si *interpretar es comprender*, y comprender abarca la posibilidad de modificar, se presenta un problema de teoría política relacionado con la legitimidad de las instituciones y, por consiguiente, con la democracia. En esta línea, el investigador Andrés Rosler, luego de remarcar el problema de la interpretación como creación en el pensamiento de Dworkin, cita las palabras de Susan Sotag para expresar lo que la interpretación presupone y lo que la misma puede implicar —en virtud de lo esgrimido por Dworkin—:

La interpretación (...) presupone una discrepancia entre el significado claro del texto y las demandas de lectores (posteriores). Ella busca resolver esa discrepancia. La situación es que por alguna razón un texto ha devenido inaceptable; sin embargo, no puede ser descartado. La interpretación es una estrategia radical para conservar un texto antiguo —el cual se cree que es demasiado valioso para repudiarlo— mediante una nueva versión. El intérprete, si realmente borrar o reescribir el texto, está alterándolo. Pero él no puede admitir que está haciendo esto. Pretende solamente que lo está haciendo inteligible, revelando su verdadero significado. No importa cuánto alteren el texto los intérpretes (...), deben pretender que están leyendo un significado que ya está ahí<sup>979</sup>.

---

<sup>979</sup>Idem, p. 158.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

En definitiva, es posible extraer las siguientes conclusiones en relación a la concepción de la interpretación de Dworkin y su influencia gadameriana:

- Que la interpretación conlleva la actividad de *comprender* pero también la de *modificar* el objeto de análisis a través de un método determinado. Esto implica que la persona del intérprete, en cierto sentido, toma potestades que le corresponden al autor, aunque las utiliza en un espacio y tiempo – cronotopo– distintos, y circunscrita a los límites del método.
- Que el intérprete no interpreta de una manera aislada, sino que tiene en cuenta las circunstancias que lo rodean y las exigencias de la práctica social, siendo a su vez un participante más de la misma. La cual actúa como límite a su actividad creadora.

#### 5-BALANCE

A modo de cierre, bajo los epígrafes desarrollados fue posible comprender las influencias filosóficas de las que se vale Dworkin y cómo éstas son internalizadas en su pensamiento jurídico y moral. Si hay una verdad que no puede negarse es que el constructivismo de Dworkin adhiere a una posición ecléctica con respecto a las bases sobre las que se funda, esto se debe a que en su pensamiento se puede vislumbrar un maridaje de diferentes paradigmas filosóficos, valiéndose el autor de aquellos postulados que sirven a su objetivo final: defender la legitimidad judicial y fortalecer la democracia.

Siguiendo esta línea, se explicó que su noción de la moral toma como antecedente principal el pensamiento de Hume, en virtud del cual a través de una interpretación personal de la *ley de la guillotina entre el ser y el deber ser*, postula que la moral es un reino independiente, el reino del argumento, que tiene sus propias reglas de juego y que nada quita que los postulados morales puedan estar fundados en otros postulados de la misma especie. En segundo lugar, en línea con dicha concepción de la independencia de la moral, se detalló que el autor elabora el principio más abstracto sobre el cual se sostiene la moral valiéndose del pensamiento de Kant, más particularmente, en lo que concierne al modo de entender la dignidad humana y la autonomía de la voluntad. De esta manera, Dworkin postula que la moral descansa en el principio abstracto de igual consideración y respecto –que también lo reconoce como el derecho más general de todos– entendiéndolo como una concepción de la igualdad a partir del cual se cimienta su teoría de la dignidad humana, la cual se fundamenta en los principios de *autorrespeto y vida auténtica*, desarrollados en *Is Democracy Possible Here*, y matizados en *Justicia para erizos*. Por otra parte, luego de desarrollar la base moral del pensamiento jurídico dworki-

niano de carácter constructivista, también se mencionó que Dworkin diseña un método mediante el cual es posible construir las concepciones de los valores políticos y morales que el juez utilizará para fundamentar sus sentencias. En este sentido, se advirtió que el pensador sigue las huellas de Rawls –quien, a su vez también parte de Kant–, en especial, en su método para describir la justicia conocido como la posición original. De este modo, diseña su teoría de la interpretación integrativa enfatizando que el intérprete actúa con responsabilidad moral al construir sus concepciones de derecho y decidir su sentencia cuando se deja guiar por dicho método en virtud de principios y convicciones reflexivas. Por último, también se advirtió que tal teoría de la interpretación adhiere a los presupuestos de la hermenéutica de Gadamer, en especial, en lo que respecta a cómo entender la actividad interpretativa y los conceptos interpretativos siendo el filósofo de Marburgo uno de los pocos autores a los que Dworkin laurea en *Law Empire*<sup>980</sup>.

### III-DESCRIPCIÓN Y CRÍTICA AL CONSTRUCTIVISMO DE DWORKIN

Luego de explicados cómo los distintos postulados filosóficos influyen en el pensamiento de Dworkin, se detallarán los puntos más importantes del método interpretativo del autor y, acto seguido, se indagará, desde un enfoque crítico, en las aporías que presenta su propuesta y dejan entrever los resquicios de su pensamiento.

---

<sup>980</sup>Cfr. IJ, p. 55; Cfr. ROSLER, *La ley...*, pp. 159-160.

## 1-POSTULADOS A CONSIDERAR PARA LA CRÍTICA

### 1.1-Nociones generales: el método interpretativo

En el pensamiento de Dworkin la aplicación del método interpretativo exige al intérprete –v. g. juez– actuar con responsabilidad moral. En este sentido, el procedimiento determina cómo el intérprete debe analizar y adecuar sus convicciones personales y, en virtud de ellas, elaborar las concepciones de los valores puestos en tela de juicio en el caso judicial que debe resolver.

El profesor norteamericano es claro al subrayar su propósito integrativo en la interpretación de los conceptos y la importancia que ocupa el método para lograrlo. Así, con las siguientes palabras manifiesta su aspiración y deja entrever la base metódica de su constructivismo:

Pretendo describir un método, no una metafísica: cómo hay que proceder si la verdad está en nuestra agenda. Dos personas que razonan con responsabilidad y están convencidas de lo que creen llegarán a diferentes conclusiones sobre lo que es correcto y lo que es incorrecto. Pero compartirán la creencia de que hay una manera de actuar como se debe y una manera de actuar como no se debe en lo concerniente a lo que es correcto y lo que es incorrecto<sup>981</sup>.

Por consiguiente, puede observarse que su propósito consiste en diseñar un mecanismo que permita al intérprete construir concepciones objetivas, que sean auténticas, para poder concluir su razonamiento sin caer en la arbitrariedad. La regla es clara: más allá de la exactitud de la decisión final en términos sustanciales, lo importante es cómo se debe proceder; en otras palabras, el medio es más importante que el fin, la forma más preponderante que la sustancia. En este aspecto, no puede negarse la influencia de Rawls quien en su *Justicia como fairness: política, no metafísica* enfatiza desde su constructivismo la necesidad de un método para poder llegar a una concepción adecuada de la justicia<sup>982</sup>.

En el pensamiento de Dworkin los jueces son intérpretes, siguen un método establecido para reflexionar sobre sus convicciones y construir concepciones de de-

---

<sup>981</sup>JE, p. 155. En este párrafo puede percibirse la influencia que el autor recibe de Rawls, quien como pensador constructivista elabora un método para concebir a la justicia. Véase el artículo: Cfr. John RAWLS, “Justicia como *fairness*: política, no metafísica”, en *Revista de Ciencia Política*, N° 1-2 (1990) 89, pp. 89-118.

<sup>982</sup>Cfr. RAWLS, “Justicia como...”, pp. 90, 96, 116; Cfr. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, pp. 122-124.

recho que permitan la resolución de casos de una manera coherente. Para lograrlo, el juez debe interpretar las leyes que conciernen al caso que debe abordar y, en paralelo, los casos jurisprudenciales análogos a fin de sentenciar en consonancia con la historia legislativa y jurisprudencial que conforma la práctica jurídica. El método que debe seguir es complejo, se encuentra constituido por tres etapas interpretativas –preinterpretativa, interpretativa en sentido estricto y postinterpretativa– mediante las cuáles debe efectuar ciertos juicios morales –juicio de encaje y juicio de justificación– para concretizar su decisión. En esta tarea interpretativa, lo propio del juez es juzgar en virtud de principios –y no en directrices políticas–, siendo estos las normas que actúan como guía y terminan por imbuir de coherencia a su decisión. En *Law's Empire* puede apreciarse que los principios que menciona el autor son los principios de equidad, debido proceso y justicia; y, de un modo más abstracto, subyace el principio la dignidad humana consistente en tratar con igual consideración y respeto a los demás. Este último principio termina por constituir una exigencia axiológica que ningún juez puede soslayar bajo prejuicio de que su decisión devenga arbitraria –así, por ejemplo, juzgar con el mismo criterio los casos análogos es una forma de tratar con igualdad a los sujetos que se encuentran en situaciones semejantes–<sup>983</sup>.

En esta línea, su concepción del *derecho como integridad* tiene un fin que es concretizar la justicia. Debido a que las relaciones humanas son contingentes y los modos de relacionarse cambian a lo largo del tiempo, la práctica jurídica entendida como un conjunto de normas que regula el obrar humano, exige ser interpretada y reinterpretada de manera coherente tanto en forma sincrónica como diacrónica. Esta contingencia se proyecta sobre los conceptos morales y políticos en la forma en que son entendidos y aceptados por los miembros de la comunidad. Por ello, el intérprete debe esmerarse por lograr concepciones atinadas mediante el método propuesto.

Dworkin es consciente de lo compleja que resulta la tarea de desarrollar congruentemente la actividad interpretativa. Por eso, a través de una metáfora –la metáfora del juez Hércules– intenta darse a entender. Como ya se mencionó en distintas oportunidades Hércules se distingue por tener una inteligencia superior, que no está sujeta a los límites del tiempo ni a obstáculos cognoscitivos. Esto le permite armonizar sus convicciones personales y, en virtud de ellas, analizar la completitud de las leyes, casos jurisprudenciales y doctrina que existieron a lo largo de la historia, aun considerando las discrepancias intersubjetivas que pudieron acaecer y, así,

---

<sup>983</sup>Cfr. IJ, pp. 124-125; Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, pp. 294-295.

sopesarlo todo hasta llegar a una única respuesta correcta fundada en los principios del derecho<sup>984</sup>.

Puede observarse que Dworkin utiliza el recurso del juez omnímodo a fin de señalar, por un lado, la viabilidad de su método interpretativo para llegar a una respuesta correcta; y, por el otro, para subrayar que la dificultad de llegar a una sentencia coherente no es un problema del derecho sino de la *humanidad* del juez – de su condición de carne y hueso y demás límites de su biografía personal que le impiden arribar a un resultado exitoso—. Al respecto, señala que «ningún juez real podría componer algo que se aproximara a una completa aproximación de todo el derecho de su comunidad. Es por eso que imaginamos a un juez tipo Hércules, con talentos sobrehumanos y un tiempo infinito. Sin embargo, el juez verdadero solo puede imitar a Hércules en forma limitada (...)»<sup>985</sup>. No obstante, a pesar de las fragilidades humanas, el autor considera que es posible elaborar respuestas objetivamente correctas mediante la interpretación de los principios que subyacen en la práctica jurídica y hacen posible comprenderla como un todo unitario. Aquí Dworkin diferencia la verdad de la responsabilidad, considera que lo prioritario es actuar de forma responsable en la elaboración de las concepciones y detalla que esto no quiere decir que inevitablemente se llegue a resultados auténticos. El intérprete, sabiendo que el derecho conforma un todo coherente como parte de la moral, tiene que esforzarse por elaborar interpretaciones que sean concordantes con las exigencias del principio más abstracto de igual consideración y respeto, puesto que este es su deber por más lejos que esté de alcanzarlo<sup>986</sup>.

El autor explica que la coherencia en las concepciones de los valores políticos y morales es posible si se tiene una idea –propósito– sobre adónde se quiere llegar, lo que sería conocer *para qué* sirve el derecho –entendido como una la práctica jurídica–. Por consiguiente, el autor entiende que a partir de una determinada concepción de la justicia –y, al mismo tiempo, de la dignidad humana– se puede aspirar a un todo coherente con respecto a la interpretación de los demás valores. Sostiene que hay una idea que unifica y otorga sentido a todo el sistema jurídico y permite conectar los demás elementos en una unidad integrada<sup>987</sup>. En esta línea, Dworkin explica la unidad del derecho mediante otra metáfora ya mencionada, la metáfora de la novela encadenada, aunque esta vez para remarcar que el juez *modifica y crea el derecho* bajo una exigencia determinada, la coherencia. Explica que la nove-

---

<sup>984</sup>Cfr. IJ, p. 177; Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, pp. 296-297.

<sup>985</sup>IJ, p. 177.

<sup>986</sup>Cfr. JE, pp. 130-132.

<sup>987</sup>Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, p. 298.

la es una empresa colectiva y para que el capítulo que el intérprete debe escribir sea armonioso con los capítulos previos y los que vendrán, es necesario que cuente con ciertos conocimientos temáticos –v. g. saber cuál es el género de la novela, qué la hace atractiva al lector, en especial, debe tener idea sobre lo que se escribió previamente y hacia donde se encamina la trama–. Al igual que en la novela encadena, postula que con el derecho, considerado como práctica jurídica en constante cambio, sucede lo mismo. Para que las interpretaciones desarrolladas sean auténticas, coherentes entre sí y encuadren dentro de la práctica jurídica, el juez debe saber hacia dónde se encamina la práctica. En el pensamiento de Dworkin el sentido de la práctica está dado por la exigencia de la justicia y la dignidad humana –el fin más abstracto al que se puede aspirar–. Por consiguiente, actuar con responsabilidad moral en la actividad jurídica amerita aceptar que hay un deber de hacer aquello que exige la práctica jurídica, que no puede ser ignorado bajo peligro de recaer en un actuar contrario a la moral<sup>988</sup>.

En el pensamiento de Dworkin dichos postulados son aplicados a la interpretación constitucional. Así, se interpreta la Constitución en relación con todo el ordenamiento jurídico, actividad que es denominada por el autor *lectura moral de la Constitución*<sup>989</sup>. Esta lectura se caracteriza porque deja entrever la siguiente premisa: el juez es un artista del derecho y como artista es un creador. Esto se observa con mayor nitidez en el plano constitucional porque debe interpretar cláusulas que son abstractas, lo que conlleva que puedan efectuarse diferentes interpretaciones al momento de aplicarlas en los casos concretos. Por consiguiente, en la Constitución se encuentran circunscritos distintos conceptos y principios que el intérprete tiene la obligación de aplicar dentro del marco de la situación que lo requiera. Su objetivo es discernir cuál de todas las concepciones existentes, y también potenciales, es la que mejor encuadra dentro de las exigencias de la práctica jurídica; es decir, considerando al Derecho como una entidad coherente en constante cambio<sup>990</sup>.

Así, ante un caso concreto que requiere una interpretación constitucional, el juez debe determinar los derechos y las obligaciones de las partes; debe discernir qué peso institucional tienen dentro del sistema jurídico y, por consiguiente, cuáles

---

<sup>988</sup>Ibidem.

<sup>989</sup>Cfr. FL, p. 11. Señala Dworkin: «La lectura moral pide a los jueces que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales –la mejor comprensión de lo que realmente requiere el estatus moral igualitario para hombres y mujeres, por ejemplo– que se ajuste a la amplia historia del registro histórico de Estados Unidos. No les pide que sigan los susurros de sus propias conciencias o las tradiciones de su propia clase o secta si no pueden verse como incrustados en ese registro.». Ibidem. (La traducción es mía).

<sup>990</sup>Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, p. 300.

son las razones morales que lo fundamentan<sup>991</sup>. Para este desafío, debe preguntarse cuáles son los requerimientos de los valores liminares de la justicia y, por ende, de la dignidad humana, puesto que los valores no solo actúan como guías de acción sino también como argumentos legitimantes que fundamentan la decisión final<sup>992</sup>.

Sin embargo, la elaboración de concepciones no está dejada a la libre discrecionalidad del juez, ya que para Dworkin los conceptos son compartidos porque se comparte la práctica en la que aparecen y, más abstractamente, porque se comparte una *moralidad institucional* determinada, toda vez que el derecho pertenece al reino de la moral. Esta moralidad concierne a la *ética política liberal* y se identifica con el paradigma que el juez debe respetar en la determinación de los derechos y obligaciones de las partes. De esta manera, aquellas concepciones que se construyen que no puedan encuadrarse adentro de dicho paradigma serán erróneas. Por consiguiente, la unidad y coherencia intrasistémica del derecho exige efectuar interpretaciones a la luz de la historia constitucional y demás elementos del ordenamiento jurídico entendiendo a la justicia como aquella que es propia del liberalismo ético<sup>993</sup>.

Siguiendo esta línea, de todas las concepciones de la justicia que puedan admitirse dentro de la ética liberal, Dworkin construye su propia concepción y la define en sintonía con la igualdad, siguiendo así las huellas de Rawls aunque prescindiendo del artificio de una posición original en la cual todos los individuos parten de la misma situación. Para Dworkin la justicia consiste satisfacer los requerimientos de la dignidad humana: en tratar a los demás con igual consideración y en respetar la libertad –y responsabilidad– que tiene cada persona de decidir cómo proyectar su vida<sup>994</sup>. Solo en la medida que las autoridades puedan satisfacer dichos presupuestos sus decisiones serán moralmente legítimas. Dworkin lo detalla con las siguientes palabras:

La justicia que hemos imaginado comienza en lo que parece una proposición incuestionable: que el gobierno debe tratar a quienes están bajo su autoridad con igual consideración y respeto. Esta justicia no amenaza nuestra libertad: la expande. No trueca la libertad por la igualdad o a la inversa. No malogra la empresa en beneficio de la trampa. No está a favor ni de un gobierno grande ni de un gobierno pequeño: solo de un gobierno justo.

---

<sup>991</sup>Cfr. IJ, p. 183.

<sup>992</sup>Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, p. 300.

<sup>993</sup>Cfr. Idem, pp. 300-301.

<sup>994</sup>Cfr. JE, p. 16.

## CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

Surge de la dignidad y aspira a la dignidad. Hace más fácil y más probable para cada uno de nosotros vivir bien una vida buena<sup>995</sup>.

### 1.2-Nociones particulares: puntos a destacar

No puede negarse el esfuerzo de Dworkin para elaborar una teoría de la interpretación que evite la discrecionalidad judicial y fortalezca la democracia. Sin embargo, es menester observar las aporías que afectan su teoría en aras a vislumbrar qué aspectos pueden mejorarse.

En este sentido, una de las objeciones contra la teoría de la interpretación dworkiniana se encuentra vinculada con el concepto de la dignidad humana, el cual muestra una influencia kantiana. Dicho concepto adquiere especial significancia en la teoría interpretativa del profesor porque a la luz de él se interpretan los demás conceptos políticos y morales. Según el autor la dignidad exige un trato de igual consideración y respeto por los demás individuos<sup>996</sup>. No obstante, como en su pensamiento jurídico los conceptos son interpretativos y, a su vez, concebidos desde el marco de un paradigma liberal y en rechazo de cualquier noción metafísica, las distintas concepciones que pueden elaborarse son de la más variada índole<sup>997</sup>. Así, la exigencia de tratar con igual consideración y respeto a los demás individuos puede entenderse de diferentes sentidos según cómo la interprete un juez utilitarista, positivista legalista o realista norteamericano, puesto que no existe ningún parámetro sustantivo fuerte al cual el intérprete deba adherir más que la integridad con respecto a los precedentes de la práctica jurídica y social en la que el concepto aparece. Por consiguiente, ¿hasta qué punto la dignidad humana puede prescindir de un referente objetivo con la realidad? ¿Puede entenderse como un concepto meramente interpretativo o existe algún límite que está más allá de la subjetividad del intérprete? ¿Basta la exigencia de la integridad para que el concepto sea tenido como valioso?

Siguiendo esta línea, la dignidad humana se encuentra conectada con la idea de los derechos individuales. En este aspecto, puesto que el fundamento de los derechos reside en la dignidad humana, toda vez que esta es tenida como un concepto construido, moldeable por el juicio *integrativo* del intérprete, los derechos también corren la misma suerte. A su vez, corresponde recordar que ambos conceptos son de carácter interpretativo –noción que se entiende mejor a partir de los postulados de

---

<sup>995</sup>Idem, p. 511.

<sup>996</sup>Cfr. SANTOS PÉREZ, “Una filosofía para...”, p. 368; Cfr. JE, p. 230.

<sup>997</sup>Cfr. JE, pp. 199-201.

Gadamer sobre la interpretación en los que Dworkin se funda—. Por consiguiente, en la teoría jurídica general del autor los derechos son importantes porque devienen en cartas de triunfo que los individuos pueden imponer contra los actos del Estado o de las mayorías tiránicas y, en especial, contra aquellas posiciones basadas en argumentos políticos —no de principios—. No obstante, toda vez que los derechos individuales —aun los *baseline rights* que, al ser tan prioritarios, no pueden vulnerarse bajo ninguna excepción— pueden interpretarse de diversas maneras bajo la única exigencia de la integridad y coherencia interpretativa, no es descabellado deducir que los individuos solo se encuentran protegidos por exigencias formales y el buen tino del intérprete. Dadas estas premisas es razonable preguntarse: ¿pueden los derechos entenderse como conceptos exclusivamente construidos o interpretativos? ¿Existen valores absolutos, más allá de todo paradigma liberal, que los derechos deban proteger?

El profesor norteamericano trata de limitar la vaguedad conceptual a la que puede conducir el ejercicio de su teoría de la interpretación y recurre a la exigencia de la *convicción*. En este aspecto, todo intérprete que elabora una concepción determinada para decidir una sentencia debe hacerlo a la luz de sus convicciones y las de la comunidad en la que el concepto a analizar aparece. Debe tener la convicción de que su respuesta es la correcta, producto de un obrar responsable<sup>998</sup>. No obstante, si bien en su teoría se entiende cuál es el esfuerzo al que debe aspirar el intérprete, en la práctica concreta existen ciertos inconvenientes difícil de superar. Por ejemplo: ¿cómo hace el intérprete para distinguir sus convicciones de otros elementos intelectivos como las intenciones? ¿Cómo puede identificar las convicciones comunes de la sociedad? ¿Cuáles son las convicciones que debe tener en cuenta? ¿Las convicciones de los legisladores, redactores de la Constitución o de los ciudadanos ordinarios?

Como puede observarse el problema concerniente a la vaguedad de los conceptos mencionados —dignidad humana y derechos individuales—, sumado a inviabilidad del recurso de la convicción para lograr una respuesta, tiene su raíz en la *falta de un referente objetivo fuerte*. Lo que se encuentra en sintonía con su concepción de la moral —la cual tiene un arraigo importante en el pensamiento de Hume—. Así, la moral no descansa en la naturaleza humana ni en la naturaleza de las cosas, ni en ningún referente externo al intérprete, sino más bien en un método que el intérprete sigue para elaborar sus concepciones de los valores políticos y morales. Esto se debe a que, en definitiva, para el autor el derecho pertenece al reino de la moral,

---

<sup>998</sup>Cfr. JE, p. 150; Cfr. IJ, pp. 232-239.

el cual es el reino del argumento, por tanto, la moral se encuentra construida por los argumentos que el intérprete elabora mediante el procedimiento interpretativo<sup>999</sup>. Así, la objetividad moral, en última instancia, descansa en la voluntad individual y solo es morigerada por un procedimiento determinado. Esta limitación que ofrece el procedimiento permite que las respuestas a los conceptos morales no caigan en un mero subjetivismo —como expresiones, emociones, entre otros—. Sin embargo, todavía es posible preguntarse: ¿puede esta noción de objetividad servir para dotar de fundamento a los derechos individuales? ¿Pueden los derechos, en última instancia, fundarse en un método y en el juicio subjetivo del intérprete? ¿Son legítimas las concepciones valorativas que se construyen por el simple hecho de que se fundamentan en dicho método?

Otro problema relacionado con la objetividad, refiere a los márgenes de la autonomía de la voluntad del intérprete en la elaboración de las concepciones valorativas —en donde puede observarse una fuerte influencia del pensamiento de Kant—. Para la concepción dworkiniana el intérprete, en su actividad creativa, no tiene límites establecidos por una referencia a la realidad sino por el requerimiento de la integridad que exige la aplicación de la teoría interpretativa. Su deber es adecuar las concepciones de los valores a la historia legislativa y jurídica, la que se encuentra construida por otros individuos. Recurriendo nuevamente a la metáfora de la novela encadena, el deber de todo intérprete es construir un capítulo de una obra colectiva ya en marcha, tratando de ser lo más coherente posible con lo que ya se escribió y lo que se escribirá<sup>1000</sup>. Esta especie de autonomía del intérprete, que no tiene más límite que un método que tiene en cuenta práctica jurídica y social —es decir, lo que otros individuos formaron con sus juicios— permite observar que, en última instancia, la objetividad en Dworkin descansa en un solapamiento de voluntades individuales<sup>1001</sup>. La pregunta que no puede dejar de efectuarse es si lo que el autor entiende por objetividad verdaderamente lo es y si dicha noción acaso no concede al juez una autonomía personal excesiva que impide evitar la discrecionalidad judicial.

A partir de lo explicado en relación con la objetividad y sus consecuencias, se llega a la objeción conocida como la *falacia procedimental*. La misma consiste en pretender obtener conclusiones deónticas a partir del mero seguimiento de un procedimiento concreto, sin contar con premisas sustantivas de las cuales puedan obtenerse. En este aspecto, puede observarse que el método interpretativo dworki-

---

<sup>999</sup>Cfr. JE, p. 27; Cfr. AGUILERA PORTALES, “Los derechos...”, p. 398.

<sup>1000</sup>Cfr. ROSLER, *La ley...*, p. 155.

<sup>1001</sup>Cfr. JE, p. 197; Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, p. 282

niano se encuentra exclusivamente desplegado sobre una práctica social y jurídica, y prescinde de elementos normativos que permitan determinar por qué las concepciones que se derivan de él deben ser tenidas como obligatorias. Por tanto, el interrogante a desentrañar es si Dworkin incurre o no en una falacia procedimental en la elaboración de su método.

Por último, se abordará el problema de fondo que afecta los cimientos del método interpretativo dworkiniano y su pretendido anhelo de lograr una objetividad moral, esto es: la notable falta de una ontología que sirva de base a sus postulados interpretativos. Dicha carencia pone en tela de juicio la posibilidad de lograr una objetividad fuerte de las concepciones que derivan del método. Para comprender dicho problema se abordará la concepción que tiene el autor de la interpretación, la cual encuentra su arraigo en el pensamiento de Gadamer. Esto hará posible comprender los elementos que integran el iter interpretativo que subyace en el pensamiento dworkiniano y, en consecuencia, entender por qué la falta de una ontología debilita el deseo del autor de evitar la discrecionalidad judicial y fortalecer la democracia. Es aquí que el interrogante último puede resumirse en: ¿es posible elaborar postulados objetivos, en sentido estricto, prescindiendo de una ontología que pueda dotarlos de normatividad?

En los próximos epígrafes se abordará cada una de las aporías mencionadas. Esto permitirá comprender el pensamiento de Dworkin con mayor profundidad y, a su vez, con un espíritu crítico.

## 2-CRÍTICAS AL MÉTODO INTERPRETATIVO

Luego de detalladas las particularidades más relevantes del método interpretativo dworkiniano se analizarán las aporías que presenta su pensamiento y que fueron descritas en el epígrafe anterior. Estas ponen en duda la idoneidad de su método interpretativo para arribar a una objetividad fuerte y, así, evitar la discrecionalidad judicial. Desde ya, debe tenerse presente que la objetividad es lo que permite llegar a una respuesta fundada y congruente en los casos jurisprudenciales a resolver. Por tanto, de la suficiencia del método para arribar a sentencias objetivas, depende la posibilidad de llegar a una única respuesta correcta.

### 2.1-La vaguedad del concepto de dignidad

El concepto de la dignidad humana es medular en el esquema interpretativo de Dworkin. El autor lo aborda en la mayoría de sus obras. En *Taking Rights Seriously* lo relaciona con el fundamento del derecho más abstracto de todo, el derecho

a ser tratado con igual consideración y respeto<sup>1002</sup>. En *Justice for Hedhegogs* le dedica un capítulo entero –capítulo nueve–, y lo concibe, no solo como base sobre la cual se consolida el sistema jurídico, sino también como objetivo al que los ciudadanos deben aspirar y que se concretiza en los ideales de vivir bien y tener una buena vida.

En el pensamiento de Dworkin el concepto de la dignidad humana adquiere importancia por dos razones. En primer lugar, porque actúa como faro iluminador de las concepciones de los demás conceptos políticos y morales que el intérprete debe elaborar. Como se indicó en el apartado anterior, siendo la dignidad humana un valor interpretativo, según qué concepción se tenga de ella serán las concepciones que se construyan de los derechos comprometidos en los casos concretos. En segundo lugar, la dignidad humana también es importante en una sociedad porque impone al Estado una exigencia: tratar con igual consideración y respeto los proyectos de vida de los ciudadanos a fin de que puedan converger entre sí y sea posible una convivencia armónica<sup>1003</sup>.

No obstante, a pesar de la importancia que representa el concepto de la dignidad humana es meritorio señalar que su concepción presenta un problema. En este sentido, como ya fue indicado, en el pensamiento del autor la dignidad humana se encuentra estructurada por los principios del autorrespeto –que conlleva reconocer que cada vida tiene un valor intrínseco– y el principio de la vida auténtica –según el cual toda persona debe poder elegir su proyecto de vida sin que esta decisión le sea impuesta por terceros. Sin embargo, más allá del esfuerzo que el autor efectúa por concretizar su concepción de la dignidad a fin de que pueda satisfacer las diferentes funciones que la hacen importante, dicha aspiración se torna difícil de cumplir, puesto que la dignidad se encuentra concebida de una forma vaga –esto es, imprecisa, vacía, poco clara–.

Este problema se debe a dos razones. La primera, que Dworkin evita recurrir a la naturaleza de las cosas y la metafísica para fundamentar su concepción. Caso contrario el intérprete se encontraría limitado en su labor interpretativa puesto que tendría que respetar postulados deónticos que se erigen como límites insoslayables a sus juicios valorativos y personales –por ejemplo, aceptar que existen ciertos bienes básicos del ser humano cuyo cumplimiento conducen al florecimiento humano y permiten determinar la moralidad de los enunciados jurídicos–. La segunda razón, y en línea con la anterior, se debe a que Dworkin parte de un para-

---

<sup>1002</sup>Cfr. DS, p. 41.

<sup>1003</sup>Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, p. 303.

digma liberal según el cual el Estado *deja pasar y deja hacer*. Su concepción de la dignidad se encuentra sujeta al consenso ético en una sociedad marcada por el sello del liberalismo en donde sus miembros, que adhieren a diversas creencias, deben poder encontrar las condiciones necesarias para poder desarrollarse, con prescindencia de toda moral sustantiva. De este modo, la dignidad es un concepto interpretativo, dinámico y, en particular, vago, ya que solo se encuentra limitado por los márgenes del paradigma liberal en el cual se desarrolla la práctica social y jurídica y, a su vez, por el seguimiento del método interpretativo —el cual, como se observará en los próximos epígrafes, también tiene sus propias falencias—<sup>1004</sup>.

El problema de la vaguedad del concepto de la dignidad cobra relevancia porque tiene incidencias tanto en el campo conceptual como en el campo práctico sobre como desarrollar una vida digna.

En el campo conceptual dicha concepción de la dignidad se torna ineficaz para restringir concepciones de derechos u otros valores morales y políticos que puedan ser contradictorias. Así, por ejemplo, si el derecho al trabajo concretizado en la actuación pornografía, menoscaba la dignidad de sus actores o si, por el contrario, la dignifica puesto que hace posible la elección personal de sumergirse en el mundo de lo erótico y sustentarse económicamente. Por tanto, en el campo de los derechos los desacuerdos teóricos se encuentran al orden del día y, ante un conflicto de derecho, se vuelve dificultoso discernir cómo puede arribarse a una respuesta correcta sin una ontología que permita discernir qué es el bien para el ser humano y cuáles son las distintas formas de concretizarlo. En este sentido, la pregunta sobre cuál sería la respuesta adecuada que exige el paradigma liberal, acrecienta el problema, no lo delimita, cuando en Dworkin la noción de paradigma tiene la función de reducir el espectro de interpretaciones admisibles<sup>1005</sup>.

En segundo lugar, en relación al campo práctico, puesto que la dignidad prescinde de un contenido sustancial, es difícil discernir en dónde reside el *valor intrínseco* de una vida humana, aun cuando el autor subraye que la vida debe ser vivida con un valor adverbial, y que —siguiendo a Kant— la persona debe ser tratada como un fin en sí mismo. Esto se debe a que, sin un referente ontológico el valor intrínseco queda vaciado de contenido y, más precisamente, a merced de cómo el intérprete, que teoriza sobre la dignidad, lo entiende<sup>1006</sup>. A su vez, lo mismo sucede con la exi-

---

<sup>1004</sup>Cfr. Idem, pp. 315-316.

<sup>1005</sup>Cfr. JE, p. 202; Cfr. IJ, p. 62.

<sup>1006</sup>Cfr. Pedro SERNA BERMÚDEZ, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en MASSINI CORREAS, C. I. y SERNA, P. (eds.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 64-65.

gencia de que toda vida debe poder ser proyectada de una manera auténtica, producto de una elección personal y que, por ende, las diferencias que existen entre los distintos proyectos de los ciudadanos deben ser respetadas. En este aspecto, es meritorio subrayar que en Dworkin basta la convicción personal en la elección de un proyecto personal y el respeto a los planes de vida de terceros para concebirlo como aceptable para la convivencia pacífica. Sin embargo, la pregunta no se hace esperar, ¿acaso la vida en sociedad no exige que ciertos proyectos de vida merezcan ser rechazados por menoscabar o amenazar la unión pacífica que debe existir entre sus miembros? Nuevamente, sin una ontología, todo proyecto de vida es aceptable mientras encuadre en el paradigma liberal, lo cual termina por ser un peligro para la salud cívica al no existir parámetros concretos para guiar la conducta humana. Así, no se puede establecerse qué proyecto de vida es mejor o peor, porque justamente la dignidad en Dworkin está cimentada en principios formales sin un arraigo sustancial en concreto<sup>1007</sup>.

El precio de aceptar proyectos de vida diversos bajo la única exigencia de que los individuos asuman que la vida tiene un valor intrínseco que la hace importante, al punto de que toda vida debe ser aceptada como un fin en sí mismo y deban respetarse las diferencias sin adherir a esquemas sustanciales, deviene en una alegación vaga. Esto es, deviene en la no preferencia por ningún modelo de vida en particular. De este modo. Así, podrían aceptarse diferentes modelos de vida sin que exista objeción alguna. Por ejemplo, son igualmente valiosas la *vida virtuosa* propuesta por pensadores clásicos como Aristóteles o, en sentido contrario, la vida abocada al placer, propia del hedonismo de Epicúreo. Así, ambos modos de vivir la vida podrían ser englobados en el paradigma liberal de Dworkin, sin que uno sea mejor que el otro, porque, una vez más, es la persona la que decide lo que hace a su vida exitosa bajo la única condición de que lo haga con convicción y respetando los proyectos de vida de sus semejantes<sup>1008</sup>.

En conclusión, la concepción de la dignidad humana en el pensamiento de Dworkin es vaga, exenta de un referente ontológico en virtud del cual pueda discernirse cuáles son los fines últimos del hombre cuya satisfacción hace que una vida sea digna. Por consiguiente, su concepción de la dignidad no permite satisfacer las funciones para las cuáles fue pensada. La primera, las concepciones de los conceptos políticos y morales –como los derechos humanos–, que deben ser pensadas a la luz de la dignidad humana, no encuentran límites precisos; por tanto, al no existir un criterio sustancial para poder ser abordados en forma congruente los

---

<sup>1007</sup>Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, pp. 317-318.

<sup>1008</sup>Cfr. Idem, pp. 311-312.

desacuerdos teóricos siguen existiendo. La segunda, que no puede discernirse qué proyecto de vida es idóneo para una vida en democracia y el porvenir de la sociedad, puesto que no existe un criterio sustancial que permita determinar que conductas son valiosas o disvaliosas, lo cual hace peligrar la vida pacífica en democracia.

## 2.2-La fragilidad de los derechos individuales

Como se indicó en el epígrafe anterior, el concepto vago de la dignidad humana, concretizado en los ideales de vivir bien y tener una buena vida, que son aceptados con convicción por los individuos, también tiene efectos sobre los derechos individuales, puesto que la dignidad constituye la base y fundamento de ellos<sup>1009</sup>.

La solución que propone Dworkin para conciliar las distintas concepciones de derechos puede apreciarse con nitidez: interpretar y reinterpretar los valores políticos y morales de tal manera que sean concordantes con los principios de la dignidad, evitando recurrir a un elemento sustancial, remplazándolo por la exigencia de la integridad—esto es, construir una red de valores cuyas concepciones de refuercen mutuamente—, lo que no termina por llevar a buen puerto. El problema de la abstracción del concepto de la dignidad se expande a los derechos que se basan en dicho valor<sup>1010</sup>.

Dworkin es consciente que su noción de la dignidad es compleja para determinar con precisión los derechos y obligaciones de los individuos y, por ende, para restringir aquellos actos estatales que podrían vulnerarlos. En una democracia madura los ciudadanos consienten que el gobierno debe tratarlos con igual consideración y respeto y bregar por sus libertades a fin de que puedan forjar un proyecto de vida exitoso, pero discrepan sobre cuáles serían esas libertades concretas que derivan del mencionado principio<sup>1011</sup>.

---

<sup>1009</sup>Cfr. JE, p. 403. Téngase presente que los conceptos interpretativos centrales son la libertad y la igualdad que, a su vez, son presupuestos de la dignidad humana.

<sup>1010</sup>Cfr. Idem, pp. 155, 195.

<sup>1011</sup>Cfr. Idem, p. 403. Explica Zambrano el efecto que provoca sobre los derechos el hecho de partir de una concepción de la dignidad vaga: «Pero Dworkin advierte también que esta contención no puede emanar de una orientación inherente a los proyectos vitales personales, que en el liberalismo ético por definición excluyen una teleología ajena a la intencionalidad del agente. Delega entonces la enumeración de las libertades o derechos fundamentales en el consenso ético imperante en cada sociedad concreta, reservando para la filosofía política la demarcación del espectro dentro del cual puede actuar este consenso si pretende legitimidad». ZAMBRANO, “Objetividad en...”, p. 305.

Una vez más, este escollo se presenta en el pensamiento dworkiniano como consecuencia de la vaguedad de su concepto de dignidad. Paradojalmente, por un lado, el Estado, en el marco de una sociedad liberal, no puede imponer proyectos de vida a los individuos ni tomar decisiones que fuesen personalísimas. Pero, por otro, la coacción estatal es necesaria para lograr el bienestar social y que los individuos puedan aspirar a una vida digna<sup>1012</sup>. Es por eso que Dworkin parte del presente lineamiento cohesivo de la sociedad para legitimar el accionar coactivo del Estado: ser responsable con la propia vida conlleva compartir dicha responsabilidad con otros; por ende, todo individuo debe aceptar la responsabilidad mutua de respetar las decisiones colectivas siempre que se respeten las exigencias de la dignidad humana<sup>1013</sup>. Al respecto, expresa:

Una comunidad política no tiene poder moral para crear o imponer obligaciones a sus miembros a menos que los trate con igual consideración y respeto; es decir, a menos que sus políticas traten el destino de cada uno de ellos como de igual importancia que los demás y respeten sus responsabilidades individuales por su propia vida. Este principio de legitimidad es la fuente más abstracta de los derechos políticos<sup>1014</sup>.

En virtud de esto, puede observarse que la dignidad humana no solo se encuentra vinculada con los derechos individuales, sino también con la coacción permisible por el Estado para regularlos y restringirlos. En este sentido, no poder resolver qué exige la dignidad humana conlleva un doble problema: la dificultad para determinar los derechos y, al mismo tiempo, para limitar el accionar del Estado. Dworkin precisa su respuesta y sostiene que la restricción a los derechos no puede ser ejercida arbitrariamente sino bajo argumentos de principios, y siempre que sea necesario para proteger las libertades de los individuos, haciéndolas converger de una manera armónica, evitando recurrir a argumentos políticos salvo en circunstancias excepcionales que lo ameriten –como, por ejemplo, emergencias y catástrofes–<sup>1015</sup>.

Sin embargo, se vuelve a repetir el mismo problema. Afirmar que un problema de derechos debe resolverse con base en *argumentos de principios* no es suficiente cuando no existe un patrón objetivo de su contenido. Esta noción se percibe más nítidamente cuando Dworkin analiza el valor de la vida humana en el caso del

---

<sup>1012</sup>Cfr. JE, p. 390.

<sup>1013</sup>Cfr. Idem, pp. 390-391.

<sup>1014</sup>Idem, p. 402.

<sup>1015</sup>Cfr. DS, pp. 290-291.

aborto, en donde se observa que no toda vida tiene el mismo valor, sino solo aquellas que pueden tener un interés legítimo por sí mismo. Según su opinión, por más de que exista vida en el seno materno, al no presentar las características fisiológicas suficientes para recibir protección del ordenamiento jurídico, no es un sujeto que merezca una protección incondicional. De esta manera, en virtud de una interpretación sobre lo que debe considerarse por *vida humana e interés legítimo*, efectúa una división entre dos clases de vida: los nacidos y los no nacidos. Siendo la vida de los primeros más valiosa puesto que tienen una *inversión personal* que la hace superior y preferencial. Dworkin morigeró esta visión, con la advertencia de que tomarse la vida en serio implica actuar con responsabilidad y, por ende, abortar o no abortar debe ser una decisión reflexiva, responsable, que no puede ser decidida por razones banales como la elección del sexo o la posibilidad de tomar vacaciones. En este sentido, ante una carencia de contenido sustancial en los conceptos, son las razones, con prescindencia del hecho concreto, las que terminan por dotar de eticidad a la decisión tomada, lo que determina si se puede considerar o no la existencia de un derecho a la vida, lo que queda supeditado a la voluntad de intérprete<sup>1016</sup>.

El corolario descrito se debe a que en Dworkin los conceptos morales y políticos son de naturaleza interpretativa, sus concepciones no tienen otro límite más que la coherencia intrasistemática y el seguimiento del método interpretativo. La mejor interpretación será aquella que esté fortalecida por los mejores argumentos y cumpla con la exigencia de la integridad. Por consiguiente, al ser la dignidad humana un concepto que integra principios cuyas concepciones pueden variar, la consecuencia que se desprende es clara: tanto ella como los derechos que en ella se fundan son de carácter relativo, no universales. En otras palabras, aun los derechos individuales fundamentales –*baseline rights*– que, en principio, no pueden ser supeditados a ninguna excepción, desde el momento que están fundados en una concepción de la dignidad que no es absoluta, y sumado al hecho de que pueden volver a ser reinterpretados según las exigencias de la práctica social, pasan a tener un carácter relativo<sup>1017</sup>.

En definitiva, esta visión interpretativa de la dignidad humana fundada en los principios éticos liberales de igual consideración y respeto, propia del paradigma liberal, tiene incidencias prácticas. Esto se concretiza en el juicio de ajuste que debe efectuar el juez según las exigencias de la práctica social-jurídica con base en

---

<sup>1016</sup>Cfr. JE, pp. 458-459; Cfr. Ronald DWORKIN, *Life's Dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1993, p. 18; Cfr. ZAMBRANO, "Objetividad en...", p. 314.

<sup>1017</sup>Cfr. DP, p. 54.

el consenso ético al que adhiere la sociedad. Sin embargo, dicho juicio de ajuste, consistente en que el juez debe sopesar y adecuar su concepción de los valores comprometidos en el caso a resolver con la existente en la práctica jurídica, en vez de reducir la discrecionalidad, al final de cuenta genera lo contrario. Al no partir de la posibilidad de tomar como fundamento la existencia de un bien sustantivo que actúe como baremo de lo que es éticamente correcto, termina por ser una herramienta poco eficaz para determinar lo correcto. Al ser el consenso ético político de carácter abstracto, es posible aceptar una diversidad de concepciones de los valores políticos y morales como plausibles –se pueden elaborar concepciones generales o taxativas, religiosas o laicas, conservadoras o liberales, entre otras– porque la única exigencia es que las concepciones sean armónicas entre sí.

Siguiendo con el mismo ejemplo, se podría sostener que la vida debe considerarse digna a partir del momento de la fecundación del óvulo –basado en un argumento científico– y que en ese momento adquiere la tutela del ordenamiento jurídico. Sin embargo, también se podría sostener que una vida es digna en la medida en que se adecúa al concepto que se construya de persona, el cual podría consistir en que la personalidad se adquiera progresivamente a medida que el feto llega a un estado determinado de desarrollo, y que termina por adquirirse definitivamente en el momento del nacimiento. Así, según a qué concepción se adhiera el aborto estará o no permitido. De este modo, el juez puede elaborar concepciones de la vida humana que sean restrictivas o generales, y fundamentarla de tal medida que sea acorde con la historia jurisprudencial y legislativa de la práctica jurídica y, al mismo tiempo, reflejo de sus convicciones. Esto se debe a que, en definitiva, decidir lo que exige el consenso ético que subyace en la práctica jurídica puede excluir a los no nacidos por no considerarlos seres con aptitudes volitivas y cognitivas suficientemente desarrolladas –posición que toma Dworkin– o incluirlos porque son considerados como seres que adquieren su condición de persona a partir de la concepción. La incertidumbre sigue existiendo sea que se adhiera a una u otra posición, porque justamente, el concepto de dignidad es vago y en práctica jurídica liberal, caracterizada por el desacuerdo y la diversidad de posiciones, las dos posibilidades se encuentran presentes<sup>1018</sup>.

---

<sup>1018</sup>Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, pp. 314-315. Téngase presente que en los casos jurisprudenciales, ante un tema concreto, siempre se puede recurrir a una biblioteca que se encuentre a favor y otra en contra. Por tanto, la exigencia de la integridad no necesariamente evita a que se llegue a resultados moralmente injustos, solo evita, en el mejor de los casos, a que se llegue a respuestas infundadas. De este modo, siguiendo el pensamiento de Dworkin, una respuesta, al estar bien fundamentada puede ser admitida como correcta –aunque sea moralmente injusta–, porque cumple con los requerimientos de la integridad.

En conclusión, Dworkin no puede evitar, mediante su teoría de la interpretación integral, que los jueces caigan en la discrecionalidad al resolver sus sentencias. Lo que conlleva a que los derechos y la dignidad humana sean negociables<sup>1019</sup>. Los derechos no se toman en serio porque las concepciones sobre los valores políticos están sujetos a los cambios que exige la práctica social y el juicio del intérprete. Por consiguiente, no hay terreno sólido, más que la convicción del intérprete. Es decir, más que el hecho de que el intérprete se encuentra *convencido* que mediante la aplicación del método interpretativo está arribando a la mejor respuesta posible – no porque la haya elaborado él sino porque actuó con responsabilidad moral al hacerlo–. No obstante, como se observará en el próximo epígrafe el fundamento de la convicción también presenta su obstáculo<sup>1020</sup>. Por consiguiente, no hay ninguna concepción que no pueda ser modificada, todo es interpretable, todo está sujeto a juicios de valor. Expresa Dworkin haciendo referencia a la interpretación:

(...) el holismo activo de la interpretación implica, por el contrario, que no hay terreno firme en absoluto; que aun cuando nuestras conclusiones interpretativas parecen ineludibles, aun cuando pensamos que no hay realmente nada más que pensar, todavía nos ronda la inefabilidad de esa convicción<sup>1021</sup>.

### 2.3-Identificación de las convicciones

En línea con el epígrafe anterior, como consecuencia de la naturaleza interpretativa de los conceptos y la posibilidad que permite el método para construir concepciones diversas que puedan ser enmarcadas dentro del liberalismo político, Dworkin trata de limitar la amplitud de las concepciones recurriendo a las *convicciones*. Es decir, a la obligación moral que debe tener todo intérprete de elaborar concepciones de valores que sean reflexivas y coherentes entre sí. De allí la necesidad de que exista una integridad coherente entre sus convicciones más profundas, puesto que actúa con responsabilidad moral quien cree que su decisión es la correcta en términos objetivos. Por eso, ante un caso concreto Dworkin postula que todo juez debe preguntarse «cuál de todas las interpretaciones se adaptaría mejor a sus

---

<sup>1019</sup>Cfr. DS, pp. 34-35.

<sup>1020</sup>Señala Dworkin con mayor detalle: «En casos difíciles el juez deberá decidir entre las interpretaciones elegibles al preguntarse qué es lo que muestra la estructura de la comunidad de las instituciones y decisiones, bajo un mejor enfoque desde la perspectiva de la moralidad política. Sus propias convicciones morales y políticas están ahora comprometidas». IJ, p. 184.

<sup>1021</sup>JE, p. 197.

convicciones consideradas en conjunto, como un sistema de ideas estructuradas, coherente hasta donde sea posible»<sup>1022</sup>.

Con estas palabras que hacen alusión al juez Hércules el profesor resalta el rol de las convicciones:

Hércules no está tratando de alcanzar lo que considera el mejor resultado sustantivo sino de encontrar la mejor justificación posible de un hecho legislativo del pasado. Trata de mostrar un pedazo de historia social –la historia de una legislatura elegida en forma democrática que sanciona un texto en particular en circunstancias particulares– bajo la mejor perspectiva posible, y esto significa que su descripción debe justificar toda la historia y no solo su conclusión. Su interpretación debe ser sensible no solo a sus convicciones acerca de la justicia y de una política de conservación inteligente, sino también a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad política y el debido proceso en cuánto a que esto se aplican en forma específica a la legislación en una democracia<sup>1023</sup>.

No obstante, más allá del recurso de la convicción para reducir la discrecionalidad judicial, el problema no se hace esperar. La exigencia que se presenta ante el juez de elaborar concepciones de los valores políticos y morales comprometiendo sus convicciones que, a su vez, le permitan resolver los casos concretos, es poco factible. Esto se debe a que, en lo concerniente a la esfera individual del intérprete, acontecen dos problemas: por un lado, existe una imposibilidad de identificar con exactitud dichas convicciones y, por el otro, se torna dificultoso aislarlas de los demás elementos de la personalidad como pueden ser los prejuicios, preferencias e intenciones<sup>1024</sup>.

Por lo anterior, la exigencia de Dworkin según la cual el intérprete debe *actuar con convicción*, recae en las mismas críticas que el autor efectuó a la escuela de originalista al remarcar que los jueces no deben juzgar según las intenciones personales de los redactores de la Constitución puesto que es imposible identificarlas y, a su vez, aislarlas de otros elementos de la subjetividad. En este sentido, resulta dificultoso para el juez poder responder a las siguientes preguntas: ¿cómo identificar las convicciones propias y las de los miembros de la práctica jurídica? A su vez, en caso de que sea posible hacerlo, ¿las convicciones de quiénes deben considerarse? ¿Las convicciones de la mayoría? ¿Las convicciones de los ciudadanos

---

<sup>1022</sup>IJ, p. 234.

<sup>1023</sup>IJ, p. 239.

<sup>1024</sup>Cfr. ZAMBRANO, “Objetividad en...”, p. 316.

nacionales pero no la de los extranjeros? ¿Las convicciones de los legisladores? Si son las de estos últimos, ¿serían las de aquellos que pertenecen al partido mayoritario? O más bien ¿Las convicciones de los redactores de la Constitución?<sup>1025</sup>

En definitiva, los principios éticos del autorrespeto y la vida auténtica que subyacen en el consenso ético de la sociedad liberal no bastan para discernirlas porque en concordancia con ellos pueden encontrarse las convicciones más disímiles<sup>1026</sup>. En este sentido, el error de Dworkin es partir del supuesto de que las convicciones siempre están presentes y pueden identificarse con certeza, aunque no plantea una forma inequívoca de averiguarlas más que la esperanza de que *reflexionando responsablemente* sobre las mismas el intérprete puede armonizarlas en su fuero interno, como así también, hacerlas converger con aquellas que existen entre los miembros de la sociedad. Por tanto, pareciere desmesurado considerar la existencia de convicciones inequívocas y fundamentar en ellas las concepciones que se elaboran de los valores. De hecho, Dworkin reconoce el problema de la fragilidad de las convicciones, aunque no reconoce que sea un obstáculo para arribar a una objetividad de lo construido con base en ellas. Al respecto, señala:

No podemos escapar a la sensación de que nuestras convicciones interpretativas son insustanciales y contingentes porque sabemos que otras personas piensan efectivamente lo que nosotros no podemos pensar y que no hay una palanca argumentativa que podamos mover para convencerlas. O ellas o nosotros (...). Así que –una vez más– todo depende en definitiva de lo que ustedes piensen real y responsablemente. No porque el hecho de pensarlo lo torne correcto, sino porque, al pensarlo correcto, lo piensan correctamente<sup>1027</sup>.

## 2.4-La objetividad es construida

### 2.4.1-El problema de la objetividad

Los problemas mencionados con anterioridad derivan de la forma que tiene Dworkin de concebir la *objetividad*, tópico en donde reside el talón de Aquiles de su pensamiento.

---

<sup>1025</sup>Cfr. *Ibidem*.

<sup>1026</sup>Cfr. *Idem*, p. 317; Cfr. CP, pp. 64-65.

<sup>1027</sup>JE, p. 197.

De más está decir que la objetividad es una categoría central en su propuesta jurídica, puesto que, como se indicó con anterioridad, uno de sus objetivos consiste en: buscar un tipo de objetividad no realista por la cual el juez, mediante sus juicios valorativos, pueda elaborar una respuesta única, fundada y congruente para resolver sus casos, a fin de evitar la discrecionalidad y lograr que sus sentencias merezcan ser obedecidas. Dicho objetivo puede resumirse en el siguiente interrogante: ¿cómo debe hacer el juez para elaborar juicios morales que sean objetivos, sin caer en los problemas del subjetivismo que lindan con la discrecionalidad? Para esto se necesita un criterio moral –que en Dworkin estará suministrado por el seguimiento de su método interpretativo–. Solo así, sus sentencias adquirirán el valor suficiente para que sean obedecidas por terceros.

Es por eso que en el pensamiento de Dworkin la objetividad se encuentra relacionada con la moral, esto es, ya que el derecho es un *constructo humano* que el hombre crea por medio de juicios valorativos, el desafío es discernir cómo esos juicios deben darse para que sean objetivos y, por ende, el derecho que se construya sea moralmente correcto. Esta es la razón por la cual el autor trabaja en conjunto ambas categorías: el derecho y la moral. De este modo, es posible entender la razón por la cual la moral es una dimensión que debe ser tomada en cuenta por el juez al elaborar sus concepciones de derecho.

Siguiendo esta lógica, como se explicó, Dworkin rechaza la *objetividad metafísica* para dotar de moralidad a los postulados jurídicos. Dicha objetividad se caracteriza porque: a)-existen objetos que son independientes del conocimiento de las personas, es decir, de cómo los sujetos creen que son –dichos objetos son tenidos como referentes de los enunciados–; b) la verdad sobre dichos objetos puede conocerse con independencia del conocimiento de las personas<sup>1028</sup>. Dworkin rechaza dicha noción de objetividad porque aduce que la metafísica no puede imbuir de moralidad a los enunciados que el juez elabora en sus sentencias. Para el autor la moral es el dominio del argumento, un reino independiente de la metafísica, de allí que expresa: «los juicios morales son verdaderos, cuando lo son, por obra de un argumento moral adecuado en favor de su verdad. Esta respuesta, claro está, suscita una nueva pregunta ¿qué hace que un argumento sea adecuado? La respuesta debe ser: otro argumento moral a favor de su adecuación. Y así sucesivamente»<sup>1029</sup>.

---

<sup>1028</sup>Cfr. Juan Bautista ETCHEVERRY, *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Comares, Granada, 2008, pp. 199, 202.

<sup>1029</sup>JE, p. 57. Al mismo tiempo, es conveniente recordar las palabras de Dworkin en contra del realismo moral: «A menudo, los filósofos morales replican (con una frase por la que sienten particular afición) que debemos ganarnos el derecho a suponer que los juicios éticos o morales pueden ser verda-

Al mismo tiempo, en sintonía con el rechazo de la metafísica, y en línea con el pensamiento de Hume, el autor rechaza el carácter teleológico de la naturaleza humana. No considera que en ella pueda vislumbrarse un sentido que sirva como fundamento valorativo del obrar humano y, mucho menos, que sirva como guía para construir las concepciones de los valores políticos y morales que necesitan ser interpretados. Por consiguiente, el autor niega el carácter heterónomo de la ética, es decir, la posibilidad de aceptar una instancia que trascienda al sujeto en virtud de la cual pueda aceptar la existencia de valores universales que no puedan modificarse con la interpretación. Este rasgo es de vital importancia, porque para Dworkin el mundo de la naturaleza humana y de las cosas no puede imbuir de verdad a los juicios morales. De hecho, de su interpretación de los hechos morales se deduce que no existen hechos que estén bien o mal en sí mismos, sino que la moralidad depende de los argumentos que se expidan para demostrarla, puesto que para el pensador «el reino de la moral es el reino del argumento, no del hecho crudo y bruto»<sup>1030</sup>, o más precisamente, la moral es una «cuestión de argumento, no de evidencia»<sup>1031</sup>. En definitiva, el modo en que Dworkin sostiene que la moral constituye un reino independiente de la naturaleza humana y de las cosas y, a su vez, de la metafísica, tiene efecto en su noción de la objetividad<sup>1032</sup>.

Es por eso que Dworkin, partiendo de su concepción de la moral, indaga en una forma de concebir la objetividad a la que los jueces puedan aspirar en sus decisiones, que imbuya de moralidad a sus enunciados. Ahora bien, si Dworkin niega la objetividad metafísica, ¿cuál es la objetividad que propone? La objetividad que propone es una objetividad constructiva, de carácter procedimental o epistemológico. Esta exige una serie de condiciones ideales que deben darse para que el individuo pueda conocer el objeto de estudio y realizar juicios jurídicos objetivos, a fin de evitar encontrarse afectado por factores subjetivos —como prejuicios, pasiones, ideologías, etc.— que le impidan realizarlos de una manera congruente. Desde ya, este modo de proceder, conocer bajo condiciones, no reduce por completo la subjetividad —lo cual sería imposible—, sino que más bien busca una coherencia en el obrar del

---

deros. Quieren decir que debemos construir algún argumento creíble del tipo imaginado en los párrafos que escribí en tono chacotero: algún argumento metafísico no moral que muestre que hay en el mundo cierto tipo de entidad o propiedad —tal vez partículas o “morones” de carga moral— cuya existencia y configuración pueden fundar la verdad de un juicio moral. Pero en realidad solo hay una manera de “ganarnos” el derecho a pensar que algún juicio moral es verdadero, y no tiene nada que ver con la física o la metafísica. Si quiero ganarme el derecho a calificar de verdadera la proposición “el aborto siempre es incorrecto”, tengo que exhibir argumentos morales en respaldo de esa muy contundente opinión. La cosa es así de simple: no hay otro camino». JE, p. 44.

<sup>1030</sup>Idem, p. 27.

<sup>1031</sup>Idem, p. 110.

<sup>1032</sup>Cfr. Idem, pp. 24, 110.

sujeto, un actuar con responsabilidad moral en la formación de los juicios jurídicos<sup>1033</sup>. En Dworkin dichas condiciones son inherentes a su método interpretativo – cuya puesta en práctica es iluminada por la metáfora de la novela encadena y la figura del juez Hércules–. Así, pueden mencionarse las siguientes condiciones: a) el intérprete debe encontrarse informado, por ejemplo, conocer la historia de la legislación, la historia del precedente y la historia de la Constitución, lo que le permitirá fundar sus sentencias en derecho<sup>1034</sup>; b) debe ser imaginativo y empático cuando el caso a resolver lo requiera por su complejidad, de allí que Dworkin exprese «el intento de cualquier persona real de justificar un juicio moral llegará pronto a su fin, desde luego, por enérgica y concienzuda que sea la persona, debido al agotamiento o la falta de tiempo o imaginación»<sup>1035</sup>; c) debe encontrarse versado en los conocimientos que hacen a su cultura, a la práctica social y jurídica, y son propios del paradigma al cual pertenece, puesto que las ideas y conocimientos forman un paradigma que suministra el contexto para encontrar la respuesta correcta<sup>1036</sup>; d) debe actuar con la convicción de que su decisión es la más acertada a la que podría haber llegado –*all things considered*–, no simplemente porque emane de él –de allí que las convicciones del intérprete deban estar purificada de motivos enemigos como el egoísmo, la esquizofrenia moral, el autointerés y el racionalismo–<sup>1037</sup>; e-debe actuar en forma imparcial y brindar un trato de igual consideración y respeto a ambas partes –esta exigencia deriva de su concepción de la dignidad humana y sus críticas al realismo jurídico norteamericano–<sup>1038</sup>; f-debe actuar con racionalidad, la cual consiste en seguir las leyes de la lógica, las diferentes etapas del método interpretativo –etapa pre-interpretativa, interpretativa en sentido estricto y post-interpretativa–, y esmerarse por satisfacer las exigencias de la integridad en la elaboración de las concepciones de los conceptos interpretativos, a fin de brindar argumentos congruentes<sup>1039</sup>.

En este sentido, puede observarse que para el autor la objetividad no reside en cumplir los mandatos de una autoridad divina ni en una realidad externa al individuo, sino en la justificación racional, metódica, inmanente al entendimiento humano, que no puede prescindir de la voluntad del intérprete. Dicha forma de proceder tiene sentido en su pensamiento, a partir de la aceptación de que existe una verdad en el valor, *una verdad por conquistar*, la cual no se reduce a las expre-

---

<sup>1033</sup>Cfr. ETCHEVERRY, *Objetividad y...*, p. 204.

<sup>1034</sup>Cfr. IJ, pp. 72-73, 240-241, 256-258.

<sup>1035</sup>JE, p. 150.

<sup>1036</sup>Cfr. Idem, p. 202; Cfr. IJ, p. 62.

<sup>1037</sup>Cfr. JE, pp. 137-138.

<sup>1038</sup>Cfr. DS, pp. 44-45; Cfr. DP, pp. 19-20, 24.

<sup>1039</sup>Cfr. IJ, pp. 57-58.

siones o emociones de los sujetos, aunque debe estar fundada en convicciones. Esta verdad es de carácter argumentativa y se relaciona con la posibilidad de dar razones a su favor que terminen por convencerlo y convencer a los demás que la manera en la cual se razonó una proposición es correcta<sup>1040</sup>.

Sin embargo, es aquí en donde reside el problema de la objetividad moral en las concepciones de los valores que se construyen mediante los juicios morales. ¿Cómo discernir cuándo un juicio es verdadero en el campo de la moral si la verdad no está basada en ninguna finalidad que sirva de guía para discernir qué argumentos son adecuados –en términos morales– y cuáles no? La respuesta de Dworkin no parece brindar una solución convincente, señala:

Los juicios morales son verdaderos, cuando lo son, por obra de un argumento moral adecuado en favor de su verdad. Esta respuesta, claro está, suscita una nueva pregunta ¿qué hace que un argumento sea adecuado? La respuesta debe ser: otro argumento moral a favor de su adecuación. Y así sucesivamente<sup>1041</sup>.

Por consiguiente, en este sentido, aunque Dworkin da un paso más al indagar sobre el fundamento de un argumento moral, no llega a dotar de congruencia a su afirmación sobre la objetividad de los juicios morales. Así, el objetivo de lograr concepciones auténticas no queda satisfecho, su propuesta no ayuda a evitar la discrecionalidad judicial, puesto que al preguntarse cuándo el sujeto puede suponer que su juicio termina por ser verdadero responde que lo son «cuando se justifica que pensemos que nuestros argumentos para sostenerlo verdadero son argumentos adecuados»<sup>1042</sup>. Por lo que, en definitiva, la verdad de un juicio moral reside en el *convencimiento* del intérprete de que, siguiendo el procedimiento interpretativo, y analizando las práctica jurídica y social en donde aparecen los valores comprometidos en el caso a resolver, llegará a concepciones objetivas, no existiendo otra forma de verificarlo.

#### 2.4.2-La necesidad de una objetividad en serio

Puede observarse que en Dworkin la objetividad se encuentra vinculada con una forma de conocer –conocer mediante un método–. Y, lo que el autor busca es un

---

<sup>1040</sup>Cfr. JE, p. 44. Dworkin, aclara que los argumentos morales no se identifican con la demostración científica o empírica, remarcando así una diferencia entre las evidencias que suministra el mundo físico y el razonamiento moral. Cfr. Idem, pp. 45, 192-194.

<sup>1041</sup>Idem, p. 57.

<sup>1042</sup>Idem, p. 58.

modo de conocer que, en cierto grado, sea independiente de la subjetividad del intérprete. Por eso, en su propuesta interpretativa el intérprete compromete sus convicciones, pero debe hacerlo en forma reflexiva, reduciendo los factores subjetivos que distorsionan la posibilidad de arribar a un conocimiento fidedigno. Lo cual solo tiene sentido, si existe una verdad que puede ser conocida o, como dice Dworkin, *conquistada*.

Por tanto, el intérprete conoce desde adentro de la práctica jurídica y social – esto es, desde adentro de la cultura, el lenguaje y las costumbres–. Particularidad que no niega la capacidad del intérprete para conocer objetivamente. Caso contrario, ningún objeto sería susceptible de ser conocido, el conocimiento no tendría ningún sentido y cualquier esfuerzo en intentarlo sería absurdo. Por tanto, en Dworkin, conocer consiste en tomar conciencia de dicha realidad: el hombre puede conocer, pero también es frágil, puede dejarse llevar por el egoísmo y el autointerés, de allí que necesite elaborar sus juicios valorativos a través de un método. Solo mediante el reconocimiento de dicha fragilidad las falencias individuales pueden ser atenuadas y la objetividad dejar de ser un mero ideal.

No obstante, hay un problema latente, puesto que supeditar la objetividad de los juicios morales al seguimiento de un método procedimental, que prescinde de elementos sustanciales, es inviable para determinar cuándo las concepciones de los valores políticos y morales que el intérprete construye son objetivamente inmorales o arbitrarias. La objetividad moral no puede estar dada, exclusivamente, por juicios valorativos que son elaborados mediante un método, sino que necesariamente estos deben estar vinculados con la *finalidad* del Derecho. La finalidad es lo que permite determinar la adecuación de las concepciones interpretativas que se forman. Solo a través de ella puede afirmarse su congruencia y que, la sentencia justificada en ellas, esté debidamente fundada. En otras palabras, sin una noción de la finalidad jurídica no puede haber una única respuesta correcta<sup>1043</sup>.

Por tanto, la idea de *finalidad* es sobre la que debe teorizarse para llegar a una objetividad moral. Es la pieza del rompecabezas que Dworkin ignora y que termina por debilitar su teoría interpretativa. En este aspecto, puesto que el Derecho regula y coordina la acción humana, para comprender qué debe entenderse por finalidad es meritorio comenzar por el reconocimiento de que toda acción humana está dirigida a un fin, el cual, a su vez, es objeto de la intención. El fin es lo que motiva a la acción. De allí a que el juicio moral resida en poder diferenciar los fines razonables de los irrazonables ante un caso concreto y, en virtud de ellos, determi-

---

<sup>1043</sup>Cfr. ETCHEVERRY, *Objetividad y...*, p. 238.

nar la idoneidad de las acciones mediante la que se busca satisfacerlos<sup>1044</sup>. Así, a modo de ejemplo, ante un caso concreto, como el del empleado que le pide a su patrón trabajar horas extras para tener un mejor nivel de vida aunque implique un riesgo para su salud, el juez debe resolver si el obrar del empleado y el patrón es correcto ante el fin que se persigue. Para evaluar la moralidad de la acción deberá determinar qué bien es más importante, el logro de un mayor nivel de vida a costa de un daño para la salud o la salvaguarda de la salud a costa de seguir con un nivel de vida modesto<sup>1045</sup>.

Ahora bien, puesto que los fines se identifican con bienes, el desafío del razonamiento moral consiste en determinar qué bien debe ser considerado como un fin y, por tanto, tenido en cuenta para dirigir la conducta humana, lo que permitirá justificarla como moralmente adecuada. Para determinar cuáles son dichos bienes es necesario partir de presupuestos sustanciales que permitan imbuir de normatividad a los enunciados que se expresen sobre los mismos –lo bienes no pueden ser meramente formales–. A su vez, es menester que dichos bienes se adecúen al bien último, la realización del ser humano –esto es, el florecimiento humano o la vida plena–, que es lo que los individuos persiguen con su obrar para hacer sus vidas valiosas<sup>1046</sup>.

A modo de bosquejo, y para echar luz a la idea de finalidad, en el epílogo de la presente tesis se explicará la noción de derechos de John Finnis la cual está basada en una serie de bienes humanos básicos –vida, conocimiento, juego, religión, experiencia estética, sociabilidad y razonabilidad práctica–. Dichos bienes son protegidos por los derechos y se erigen como fines del obrar humano. A su vez, se encuentran dotados de ciertas características, son premorales, irreductibles, evidentes e inderivables, y su entendimiento se encuentra sujeto a una serie de reglas de la razonabilidad práctica. Así, por ejemplo, todos son indispensables para el desarrollo humano, no existe un orden jerárquico entre ellos y no debe buscarse unos a costa de otros. A su vez, existe una diversidad de formas razonables de realizarlos, lo que se encuentra en sintonía con la aceptación de que en una sociedad convergen diversos proyectos de vida que son idóneos para lograrlos<sup>1047</sup>.

---

<sup>1044</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>1045</sup>Cfr. Idem, p. 239.

<sup>1046</sup>Cfr. Ibidem.

<sup>1047</sup>John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, traducido por Cristobal Orrego de la obra original *Natural Law Natural Rights* (1980), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 116, 121-123, 160, 183, 234, (en adelante: LNDN).

Por tanto, siguiendo esta línea, una noción de la *objetividad* fuerte en el derecho, debe partir de la aceptación de que existen bienes que son inteligibles por el hombre, que permiten que la vida pueda desarrollarse y que son apetecibles por la conducta humana. El respeto de dichos bienes es lo que imbuye de una moralidad positiva a los enunciados jurídicos que el juez esgrime en sus sentencias. De este modo, la objetividad, necesariamente descansa en una noción del ser humano, en una antropología que concibe al hombre como sustancia y relación: «en parte es sustancia, un “algo” que puede desarrollarse y planificarse y para lo cual necesita tener garantizados determinados bienes y condiciones, y en parte es relación: su existir es coexistir, es reconocimiento de otros-yo como iguales, en un contexto histórico cultural particular»<sup>1048</sup>.

Esta noción de objetividad, arraigada en la existencia de bienes básicos, permite brindar ciertos criterios mínimos de moral para hacer posible la convivencia en sociedad y el desarrollo pleno de sus miembros. De este modo, en la medida que se respeten dichos bienes y, por tanto, se proteja a la persona, el Derecho podrá ser exigido porque será razonable. Esto se debe a que, como se observó, en última instancia el Derecho es una creación artificial que no puede concebirse en forma independiente de la realidad humana. En definitiva, es la *finalidad* lo que le otorga sentido al derecho y hace que las concepciones de los valores políticos y morales que el juez construya puedan evaluarse como moralmente adecuadas o no. La finalidad es el bastión en donde descansa la objetividad en sentido fuerte<sup>1049</sup>.

## 2.5-La excesiva autonomía de la voluntad

En línea con la concepción de una objetividad argumentativa se encuentra la noción de autonomía de la voluntad de Dworkin. En este sentido, la inexistencia de límites sustanciales sino meramente procedimentales, otorga una excesiva autonomía de la voluntad al intérprete para crear concepciones de valores interpretativos. Esta característica recibe su influencia del pensamiento de Kant aunque entendido por Dworkin de una manera particular<sup>1050</sup>.

---

<sup>1048</sup>Cfr. ETCHEVERRY, *Objetividad y...*, p. 241.

<sup>1049</sup>Cfr. Idem, pp. 242-243.

<sup>1050</sup>Explica Serna en relación a la autonomía de la voluntad: «(...) Me parece que la autonomía es una exigencia de la dignidad, aunque no puede concebirse desprovista por completo de cofines, porque la dignidad humana es la dignidad de un ser dotado de naturaleza: eso supone necesariamente límites, y proporciona a su vez contenidos materiales para el ejercicio de la decisión autónoma». SERNA BERMÚDEZ, “El derecho...”, p. 42.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

El alcance del poder creacional con que cuenta el intérprete al elaborar las concepciones de los valores no es un dato menor. Si bien por sí mismo no puede modificar los conceptos, ni elegir cuáles son más preponderantes que otros o cuáles se presentan como imposibles de ignorar, sí puede hacerlo con las concepciones que desarrolla a partir de aquellos, puesto que estas se encuentran en su esfera de dominio –siempre, claro está, que respete la coherencia interna que el método exige–. Por ello, puede aducirse que los conceptos están bajo el dominio del intérprete, aunque de una manera indirecta. Esto se debe a que en el reino de la moral no existe el grado de certeza que sí existe en la ciencia, por ende, la forma que propone Dworkin para arribar a resultados objetivos –objetivos desde una perspectiva epistémica– es la construcción de una especie método interpretativo. A través de este el intérprete debe poder pulir sus convicciones antagónicas e interpretar las que existen en una sociedad plural, a fin de sopesarlas de manera reflexiva y construir, en virtud de ellas, concepciones coherentes de los valores que se encuentran comprometidos en los judiciales a resolver. Siendo su seguimiento, el único límite a la autonomía de la voluntad del intérprete.

En esta línea, según Dworkin, la integridad concretizada en el reforzamiento mutuo de las concepciones de los valores apoyado por la convicción puede otorgar algún grado de objetividad y, por ende, morigerar la autonomía del intérprete. En este sentido, expresa Dworkin:

Una afirmación interpretativa verdadera lo es porque las razones para aceptarla son mejores que las razones para aceptar cualquier afirmación interpretativa rival. Por eso, cuando reconstruimos el razonamiento de un gran crítico, debemos hablar de una red y no de una cadena de valor<sup>1051</sup>.

Y, a reglón seguido, describe haciendo énfasis en la característica de la integridad que demanda el método:

La interpretación es ubicuamente holística. Una interpretación entrelaza multitudes de valores y supuestos de tipos muy diferentes, extraídos de juicios o experiencias, y la red de valores presente en una alegación interpretativa no acepta jerarquía alguna de dominación y subordinación. La red enfrenta el desafío de la convicción en su conjunto; si se cambia una sola brizna, el resultado puede ser sísmico en el plano local<sup>1052</sup>.

---

<sup>1051</sup>JE, p. 195.

<sup>1052</sup>Ibidem.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

En consecuencia, lo que termina por justificar la objetividad de las concepciones a la cual el intérprete debe aspirar es la congruencia que existe entre ellas, en virtud de cómo el intérprete las entiende y considera adecuadas a la luz de sus convicciones más profundas.

Teniendo estos puntos en consideración puede dilucidarse que las concepciones no son objetivas por su referencia a la naturaleza humana y de las cosas, o porque protejan ciertos bienes básicos que son comunes en todas las sociedades y que permiten una vida pacífica, sino porque son las más razonables tanto para el intérprete como para los miembros de la práctica social, que actúan como individuos libres e iguales capaces de autodeterminarse.

Así, el constructivismo dworkiniano presupone que no existe un orden externo que pueda restringir la libertad del intérprete para forjar las concepciones de los principios y valores políticos y morales por los cuales regirse, más que la coherencia que requiere el mismo procedimiento. De esta manera, la objetividad de los resultados debe entenderse en relación con un abordaje metódico consistente en la aceptación del modo de construir concepciones auténticas. Lo que sustituye el orden moral previo e independiente –si se quiere el punto de vista del universo– por lo que los individuos consienten y aceptan ser considerados como perteneciente a una misma comunidad. La aceptación del método no se debe a que los resultados sean los más eficaces, exactos o atinados para resolver la cuestión que se presenta, sino en virtud de la aceptación de que ha sido una decisión coherente e integra dentro de las posibilidades que ofrece el método. Este enfoque permite que cada individuo conserve sus convicciones éticas y religiosas, respetándose mutuamente, aceptando el resultado por la forma correcta de derivar y no por el resultado sustancial en sí –el cual puede ser contrario a las convicciones de determinados sujetos–.

De este modo, puede observarse que hay una verdad que no puede ignorarse y que se torna necesaria para que lo descrito tenga sentido, tanto el intérprete como los miembros de la comunidad deben compartir la convicción de que el método interpretativo es idóneo para elaborar las concepciones de los valores y, en consecuencia, el más adecuado para llegar a una respuesta correcta. En otras palabras, deben aceptar, con convicción, que el método se identifica con la forma correcta de razonar sobre cuestiones de moralidad que afectan a todos. Por tanto, la confianza en el método es aquello de lo que no puede prescindirse. Es por eso que Dworkin postula que aunque las historias personales de los individuos tengan elementos comunes –como la genética–, y también distintos –como, por ejemplo, la religión, el

hábitat, etc.— que hacen que difieran en términos morales, aun así los miembros de la sociedad deben decidir en qué consiste la verdad, lo cual se encuentra vinculado con la justificación de la convicción, justificación que es de carácter formal<sup>1053</sup>.

Por consiguiente, la excesiva autonomía de la voluntad del intérprete en sintonía con el carácter argumentativo de la verdad, deja entrever hasta qué punto el método interpretativo dworkiniano está alineado con el subjetivismo. Así, ante la pregunta: ¿cuándo una concepción de valores morales y políticos es objetiva? La respuesta que se vislumbra desde el pensamiento de Dworkin puede resumirse en: hasta que el intérprete, en el uso de su razón, luego de haber purgado sus convicciones personales de los motivos enemigos —insinceridad, racionalización, egoísmo y esquizofrenia moral—, elabora las concepciones de los valores políticos y morales comprometidos, siguiendo las exigencias del método interpretativo, con la convicción de que la suya es la mejor interpretación dentro de todas las posibles en la práctica social jurídica, en respeto del consenso ético liberal<sup>1054</sup>. En la misma línea, con respecto a la justificación, Dworkin expresa que «la verdad de cualquier juicio moral verdadero consiste en la verdad de un número indeterminado de otros juicios morales (...)»<sup>1055</sup>, también precisa las siguientes palabras a fin de determinar el límite de la justificación:

¿Cómo puede llegar a su fin este proceso de justificación? El intento de cualquier persona real de justificar un juicio moral llegará pronto a su fin, desde luego, por enérgica y concienzuda que sea la persona, debido al agotamiento o la falta de tiempo o imaginación. Esta persona solo podrá entonces limitarse a decir que “ve” su verdad. Pero ¿Cuándo debe terminar una justificación moral porque ya no hay nada que decir? No puede terminar en el descubrimiento de un principio rector fundamental que sea de por sí meramente verdadero o en un enunciado fundacional sobre cómo son simplemente las cosas. No hay partículas morales y, por ende, no existe ningún principio de esas características (...) lo máximo que podemos decir es: el argumento termina cuando se responde a sí mismo, si es que alguna vez llega a hacerlo<sup>1056</sup>.

De esta manera, puede observarse cómo la justificación de las interpretaciones se encuentra sujeta a la voluntad y capacidad del sujeto con prescindencia de

---

<sup>1053</sup>Cfr. Idem, p. 69.

<sup>1054</sup>Cfr. IJ, pp. 173-174; Cfr. JE, pp. 140-141, 194-195.

<sup>1055</sup>JE, p. 150.

<sup>1056</sup>Ibidem.

cualquier instancia de apelación objetiva que pueda estar fuera de sí mismo. Es por eso que el constructivismo dworkiniano, si bien está basado en un procedimiento, en última instancia se encuentra fundado en un subjetivismo, o si se quiere, haciendo alusión a la práctica social en la cual participan varios sujetos, a una objetividad que es más bien un *solapamiento intersubjetivo de voluntades*. En última instancia, la objetividad termina consistiendo en *dar razones* que permitan convencer a los sujetos que adhieran a una posición distinta, que la concepción elaborada mediante el método interpretativo es la más adecuada de todas. Estas razones solo se encuentran limitadas por una concepción de la dignidad contingente que está sujeta al consenso ético de la comunidad, como lo están todos los valores. Por lo que, la subjetividad, sea que esté reflejada en la voluntad del intérprete o en el consenso ético de la comunidad, termina por irrigar de subjetividad al fundamento de toda concepción de valores políticos y morales que se construyan. La autonomía de la voluntad que, a diferencia de Kant se encuentra fundada en la metafísica, en el pensamiento de Dworkin no tiene un límite objetivo alguno.

## 2.6-La falacia procedimental

Después de explicada la concepción de la objetividad en el pensamiento de Dworkin, a continuación, se abordará una incongruencia que se encuentra relacionada con el origen de la *supuesta objetividad* que defiende el autor. Dicha incongruencia es de carácter epistemológico y se la denomina *falacia procedimental*.

De lo desarrollado hasta el momento puede observarse que el constructivismo interpretativo de Dworkin presupone una serie de presupuestos: a) el rechazo al cognitivismo ético o a cualquier conocimiento que haga referencia a la existencia de una Ley Natural o a una instancia de objetividad ética externa al sujeto; b) la consideración de una autonomía de la voluntad excesiva, entendida como la capacidad que tiene el intérprete de construir concepciones de valores bajo la condición de que muestren una coherencia intrasistemática; y c) el seguimiento de un método interpretativo que enviste de objetividad —epistémica o procedimental— a las concepciones de los valores políticos y morales que el intérprete construye a fin de resolver los casos judiciales de una manera justificada.

Estos presupuestos acrílicos propios de su procedimiento interpretativo son los que conducen a la *falacia procedimental*, la cual consiste en la errónea pretensión de querer obtener objetividad de ciertos principios o valores mediante el solo

seguimiento de un procedimiento racional<sup>1057</sup>. Más precisamente, como explica Masini, dicha falacia consiste en «pretender afirmar en la conclusión de un proceso argumentativo la legitimidad de toda una serie de contenidos materiales que no se encuentran legítimamente justificados en las premisas»<sup>1058</sup>. De este modo, el problema al que se arriba es el siguiente: «si no se introducen en el comienzo de la cadena argumentativa afirmaciones de contenido adecuadamente justificadas, el solo discurrir de la razón, por más vericuetos, acuerdos y contramarchas que se improvisen, no podrá conducir a expresiones razonables y justificadas con contenido material, ni en el orden normativo, ni en ningún otro orden del saber»<sup>1059</sup>.

En efecto, a través del procedimiento se intenta obtener enunciados con contenidos normativos sin reconocer la existencia de un ser, o de algún supuesto inde demostrable o evidente, como si la materia pudiese partir de la forma. Lo que se pretende es lograr la objetividad en las conclusiones –en el caso de Dworkin, en las concepciones de los valores elaboradas– sin partir de premisas con postulados contentuísticos, bajo la errónea suposición de que el procedimiento racional podrá producirlas por sí mismo y dotarlas de una fuerza deóntica<sup>1060</sup>. Sin embargo, por más que el autor conciba a la objetividad como *construida*, específicamente *argumentativa* y concretizada mediante una coherencia intrasistemática de las concepciones a las que se llega por medio del método, dicha objetividad está lejos de poderse aceptar como auténtica. En este sentido, por una parte, si el procedimiento descansa en las convicciones del intérprete, en cómo éste interpreta los valores que aparecen en la práctica social y jurídica –sin partir de ninguna premisa inde demostrable o evidente–, el resultado será *otras concepciones subjetivas aunque transformadas a través del procedimiento*. Claramente, serán concepciones basadas en convicciones que están analizadas y repensada, pero en ningún momento dejarán de ser subjetivas, puesto que el intérprete no interpreta un objeto –sean bienes o valores fundamentales– sino la creencia que en la sociedad existe sobre dicho objeto que forma parte de la práctica social y jurídica –residiendo aquí la influencia de la hermenéutica de Gadamer–. Por ende, como se señaló previamente, la objetividad que existe en el pensamiento de Dworkin es una *intersubjetividad*, siendo este el equívoco en el que incurre. Por lo que, en definitiva, las concepciones son formalmente puras, par-

---

<sup>1057</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, “Los dilemas...”, p. 197.

<sup>1058</sup>MASSINI CORREAS, “Constructivismo Ético”.

<sup>1059</sup>Ibidem. Explica Arthus Kaufmann en relación a la falacia procedimental: «De hecho, este pensamiento de que la pura forma, el deber ser puro, podrían producir contenidos y reglas de conductas concretas, que alejen el engaño de la percepción, ha ejercido una fascinación en muchos pensadores. Hoy en día se denominan estos intentos mayormente como teorías procesales de la verdad o la justicia». MASSINI CORREAS, “Los dilemas...”, pp. 197-198.

<sup>1060</sup>Cfr. JE, p. 150.

ticularidad que deriva de a una imposibilidad de carácter lógica, pretender una objetividad de carácter fuerte a partir de la mera forma. Sin embargo, aunque el intérprete se esmere por construir concepciones de valores que traten de encajar entre sí, se fortalezcan mutuamente y parezcan objetivas con respecto al sistema, es imposible arribar a proposiciones que sean de una especie distinta a la formal.

Llevado al caso concreto, de proposiciones que pertenecen al reino de la moral y son aceptadas con convicción por haber sido sopesadas por el seguimiento del método interpretativo, como por ejemplo, *a toda persona se le debe igual consideración y respeto*, o *toda persona debe poder elegir su proyecto de vida personal*, o *la vida debe priorizarse ante cualquier objetivo utilitarista*, no se pueden derivar, en términos lógicos, premisas de contenido material como *la vida es valiosa en sí misma* o *el aborto es contrario a la vida*, o *toda vida es igual de valiosa*. De la misma manera, no pueden construirse concepciones descriptivas de valores –por ejemplo, derechos individuales, como efectúa el autor al intentar definirlos– si no se parte del reconocimiento de premisas ontológicas, como el reconocimiento de bienes fundamentales que los conceptos deban proteger a fin de que tengan sentido<sup>1061</sup>. Por consiguiente, las proposiciones morales no pueden sostenerse plenamente sobre sí mismas, necesitan una base sólida de carácter ontológico que los sujetos no puedan disponer a su libre albedrío. Los juicios morales no pueden justificarse en otros juicios morales y así subsiguientemente si lo que se pretende es arribar a una objetividad fuerte<sup>1062</sup>. Caso contrario, las concepciones estarían vacías de contenido y exentas de justificación causal, serían meramente formales<sup>1063</sup>.

## 2.7-La falta de una ontología: ¿una única respuesta correcta?

Hasta el momento se han mencionado las siguientes objeciones al pensamiento de Dworkin: el problema de la vaguedad en el concepto de la dignidad humana propio de una moral liberal que, por un lado, dificulta la posibilidad de discernir

---

<sup>1061</sup>MASSINI CORREAS, “Los dilemas del...”, p. 199.

<sup>1062</sup>Cfr. JE, p. 150.

<sup>1063</sup>Véase que, en línea con la falacia procedimental, la propuesta de Dworkin parece conducir a una *circularidad*, puesto que si el procedimiento se justifica por las concepciones que se construyen a través de él y, al mismo tiempo, las concepciones se justifican por el procedimiento del cual derivan, entonces inevitablemente, se cae en una circularidad, deviniendo el procedimiento ineficaz para otorgar una objetividad fuerte –no meramente procedimental–. Así, la pretendida autenticidad de los resultados que derivan del procedimiento, son insuficientes para que sirvan como elementos fundantes de las sentencias judiciales. Ante este problema, Dworkin desvía el asunto aduciendo que el mismo defecto existe en las ciencias exactas, puesto que en ellas existe una confianza previa –un juicio moral de aceptación– de que es el método científico el que puede imbuir de verdad a los postulados científicos.

qué proyectos personales son adecuados para la vida en democracia y, por el otro, qué concepciones de valores políticos y morales son coherentes con ella, lo cual termina por obstaculizar la determinación de los derechos de los individuos. Al mismo tiempo, también se detalló que el recurso de las *convicciones* del intérprete para actuar con responsabilidad moral y, así reducir la discrecionalidad jurídica, tampoco resuelve estos problemas debido a la imposibilidad metódica para identificar y formar convicciones congruentes. A su vez, se analizaron las particularidades de la pretendida objetividad moral del autor, la cual está lejos de ser concebida como tal puesto que prescinde de todo elemento sustancial y se encuentra replegada sobre el mismo procedimiento –pudiéndose aceptar solo como una objetividad débil de carácter epistemológica o procedimental–. De igual modo, se abordó el problema de la excesiva autonomía de la voluntad del intérprete, quien, en el pensamiento del Dworkin, está dotado de un poder creacional sin límites sustanciales que permite la discrecionalidad en la elaboración de las concepciones de los valores. Por último, se abordó el problema de la falacia procedimental consistente en la imposibilidad de extraer postulados normativos, por medio de un método, sin partir de premisas sustanciales.

Todos estos problemas, vinculados con la falta de objetividad moral, tienen su origen en la falta de una ontología que sirva como base de su pensamiento, aspecto que se abordará en el presente epígrafe cuyo punto de partida reside en cómo Dworkin concibe a la interpretación. Por eso, en los próximos tres epígrafes, se abordará la necesidad inevitable que se desprende del pensamiento dworkiniano de aceptar una ontología con una dimensión teleológica; la relación que existe entre la mencionada ontología y el iter interpretativo –lo que se efectuará a partir de la comparación entre la hermenéutica clásica y contemporánea–; y, por último, se realizará un balance sobre las cuestiones abordadas referentes a la objetividad.

### 2.7.1-Necesidad de aceptar una realidad del valor

La raíz del problema de la falta de una objetividad lo suficientemente fuerte reside en que el autor no reconoce una ontología como fundamento o base de sus postulados jurídicos y morales. Dworkin interpreta la *Ley de Hume* según la cual es imposible deducir lógicamente postulados normativos a partir de postulados fácticos, y propone una lectura personal según la cual los postulados de la moral pueden fundarse en otros postulados de la misma índole –es decir, morales–, sin que haya necesidad de recurrir a postulados sustanciales para fundamentar los juicios de valor.

El autor fundamenta toda proposición deóntica en las convicciones personales del intérprete –es decir, lo que este considera como auténticamente verdadero más

allá de sus preferencias—. De este modo, puede observarse que hay una realidad que Dworkin omite en aras a poder construir su teoría interpretativa y que se identifica con el hecho de que, reconocer la existencia de las convicciones conlleva reconocer la realidad del sujeto y del mundo. La realidad de que cuando el sujeto reflexiona sobre cómo concebir una respuesta correcta, ciertos bienes básicos se le presentan como apetecibles y razonables. El autor, no puede prescindir de la aceptación de que, no solo la biografía del intérprete o su experiencia de vida infiere en la interpretación, sino también lo que el sujeto es en términos ontológicos, un individuo en cuya humanidad reside una moralidad determinada, puesto que la realidad humana tiene una dimensión teleológica, lleva en sí sus propios fines —aunque se disienta en la medida de los mismos y la mejor forma de realizarlos—. De allí que la dimensión moral sea inherente a todo ser humano. Todo ser humano, mediante su obrar aspira a satisfacer un fin —obrar que no está determinado por un método sino por una finalidad<sup>1064</sup>—.

Por tanto, no puede negarse que, inevitablemente, las convicciones parten de la existencia objetiva de un sujeto que emite juicios valorativos para guiar su conducta hacia ciertos fines y una realidad en donde los mismos adquieren sentido y producen efectos. Es aquí que la independencia del reino de la moral no puede prescindir de un supuesto de hecho ontológico que se erige como presupuesto inevitable. En todo caso, forzando la reflexión, el autor puede aspirar a sostener que el *deber ser* envuelve al *ser*, que el *ser* se encuentra sumergido en el *deber ser*, puesto que los hombres son criaturas morales. Pero en ningún caso puede sostener que la moral es un reino independiente de la naturaleza de las cosas. Dworkin ignora esta relación, pero, inevitablemente, a partir del momento en que dota de una fuerza de convicción a los argumentos que el intérprete construye reflexivamente, se encuentra obligado a reconocer la causa de la cual dichas convicciones derivan y adquieren sentido. Por consiguiente, las concepciones que se construyen a través del procedimiento, necesariamente deben partir de una pre-comprensión del *ser*, de un modo de razonar y actuar que es inherente al sujeto.

Siguiendo esta línea, la objetividad fuerte de las concepciones de los valores políticos y morales que el intérprete construye por medio del método interpretativo solo puede lograrse aceptando y justificando el presente punto de partida: la necesidad de que existan premisas sustantivas, de orden ontológico que conciernen a una forma del *ser*. De este modo, como se indicó al tratar el problema de la *objetividad construida*, la objetividad se obtiene, no por el mero seguimiento de un proce-

---

<sup>1064</sup>Cfr. ETCHEVERRY, *Objetividad y...*, p. 238.

dimiento interpretativo, sino por la aceptación de una *finalidad* que es inherente al obrar humano y –siguiendo a Finnis–, se identifica con la satisfacción de bienes humanos básicos que son comunes en todas las sociedades.

Dworkin no acepta explícitamente dicho supuesto, sino que más bien critica al cognitivismo ético y la posibilidad de que exista una ontología de la que pueda vislumbrarse una finalidad para fundamentar la fuerza deóntica de los enunciados morales, dotando de objetividad moral a las concepciones de los valores políticos. Sin embargo, por más que se esmere en negarlo y construya una *noción particular* de la objetividad vuelve a recaer inevitablemente en dicha necesidad. Así, por ejemplo, cada vez que se pregunta por el origen de las convicciones, o la necesidad de afirmar la existencia de hechos que considera moralmente incorrectos evita recurrir a afirmaciones sustantivas, como, por ejemplo, que la naturaleza humana se encuentra imbuida de valor, o que ella exige el respeto de un orden de valores que la vuelven digna de ser vivida. Esto se observa más nítidamente cuando, a modo ilustrativo, aborda la cuestión de la *tortura de bebés mediante la pinchazón con un alfiler*, sobre la cual considera que no hay nada evidente o metafísico en virtud de lo que podamos discernir que dicho acto es moralmente incorrecto, sino que termina por recurrir a giros y vericuetos del raciocinio y, en definitiva, a la afirmación de que su rechazo deriva de que dicha acción es tenida como moralmente incorrecta porque es lo que desprende del juicio del intérprete al analizar práctica social y jurídica, sin indagar sobre los valores sustantivos que subyacen en toda práctica y la hacen valiosa o disvaliosa. Las vueltas que debe dar Dworkin para poder concluir que un hecho como la tortura de bebés es condenable –como elaborar una teoría de la interpretación sobre el modo correcto de razonar cuestiones de moral y obtener argumentos reflexivos, aun en los casos fáciles– rozan lo absurdo<sup>1065</sup>. La complejidad y el rebuscamiento es el precio que debe pagar por ignorar la existencia de bienes humanos básicos que son evidentes, premorales e irreductibles y las personas pueden conocer porque comparten una naturaleza racional –aunque no todas pueden acceder a la misma profundidad del conocimiento–. Expresa:

Hay una idea conocida y absolutamente corriente según la cual algunos actos –torturar bebés por diversión– son incorrectos en sí mismos, y no solo porque haya gente que los considere de ese modo. Seguirán siéndolo si, aunque parezca increíble, nadie los juzgara como tales. Tal vez no creamos eso y estimemos más plausible alguna forma de subjetivismo

---

<sup>1065</sup>Cfr. JE, pp. 24-25, 45-46.

moral. Pero sea cierto o no es una cuestión de juicio y argumentos morales<sup>1066</sup>.

En esta línea, la existencia de bienes o valores básicos, universales e inalienables, es caro de aceptar para Dworkin, puesto que conllevaría admitir ciertas consecuencias indeseadas e incoherentes para su constructivismo: 1-la existencia de bienes que el individuo, mediante la autonomía de la voluntad, no puede ignorar en su labor interpretativa –lo cual impondría un límite a la libertad del intérprete–; 2-la adherencia a corrientes propias del cognitivismo ético como el iusnaturalismo y, en definitiva, la aceptación de instancias referentes a la metafísica y la naturaleza humana y de las cosas como dignas de valor. No obstante, Dworkin, al detallar cómo actúa el intérprete al reflexionar sobre las concepciones de los valores políticos y morales, comprometiendo sus convicciones, necesariamente de ver obligado a reconocer que el ser, en su labor interpretativa, aspira a ciertos fines básicos que dotan de moralidad a sus enunciados<sup>1067</sup>.

### 2.7.2-El interpretativismo y la exigencia de una ontología

Esta falencia consistente en el *no reconocimiento de una ontología* que lleva a la falta de una objetividad fuerte, se torna comprensible si se analiza la hermenéutica contemporánea de Gadamer, de la cual Dworkin se sirve para elaborar su teoría de la interpretación integral. De allí su frase: «una vez más apelo a Gadamer, cuya descripción de la interpretación que reconoce, a pesar de luchar en contra de las restricciones de la historia, da en la nota exacta»<sup>1068</sup>. Para comprender por qué en la propuesta de Dworkin no existe una objetividad fuerte es necesario observar

---

<sup>1066</sup>JE. p. 24.

<sup>1067</sup>Es interesante la objeción que realiza Massini contra el constructivismo ético sobre los dos posibles caminos en los que puede terminar: «Las consecuencias son menos claras en el caso de las propuestas procedimentalistas. Pero a pesar de ello, se les plantea claramente una versión del dilema según la cual el punto de vista o artificio práctico-procedimentalconstructivo, o bien (i) está sujeto a restricciones morales o (ii) no está sujeto a ninguna restricción. En el primer caso, estos límites no pueden estar en sí mismos contruidos, ya que esto llevaría a una *regressio ad infinitum* de instancias constructivas, y por lo tanto resultaría necesario recurrir a alguna forma de realismo moral para encontrar en definitiva esos límites. En el segundo caso, si no existe ningún límite, se arriba necesariamente a la arbitrariedad, que no captura ni explica las convicciones humanas más profundas en el campo moral, y hace desaparecer cualquier atisbo de objetividad, así como toda instancia de indisponibilidad deóntica». A su vez, recurre a las siguientes palabras de Carla Bagnoli quien sostiene que «si las limitaciones de la razón práctica son constitutivas, es decir, estructurales al sujeto, y por lo tanto no son en sí mismas construidas, resulta inevitable que aboquen a una solución realista. “El constructivismo –escribe– por lo tanto, o bien fundamenta las verdades morales en estándares arbitrarios, o bien colapsa en el realismo”». MASSINI CORREAS, “Constructivismo Ético”.

<sup>1068</sup>IJ, p. 55.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

qué entiende el autor por interpretación, interrogante que remite al pensamiento del filósofo de Marburgo.

En este sentido, es meritorio analizar la hermenéutica de Gadamer a la luz de la hermenéutica clásica, la cual toma como punto de partida de su pensamiento. Esta referencia permite observar cómo las categorías de significado y significante se encuentran imbricadas. Siendo en dicha imbricación en donde reside la razón por la cual la interpretación en Dworkin se encuentra supeditada a la voluntad del intérprete, con prescindencia de su referente objetivo.

En primer lugar, corresponde mencionar que, a diferencia de la hermenéutica de Gadamer, la hermenéutica clásica parte de los siguientes postulados epistemológicos:

- La hermenéutica no puede entenderse con prescindencia de la lógica y de la gnoseología y, a su vez, éstas no pueden prescindir de la metafísica del ente real. Es decir, hay una relación entre el conocimiento y la realidad ontológica –lo real puede conocerse<sup>1069</sup>.
- La distinción entre el problema del conocer y el problema del interpretar. Según esta distinción el problema del conocer indaga en cómo es posible arribar a una comprensión veritativa de la realidad; por su parte, el problema del interpretar, como su nombre lo indica, concierne a la interpretación, se encuentra vinculado y supeditado al primero, e indaga en la cuestión de la contingencia de las expresiones lingüísticas que se utilizan en el nivel comunicativo y se interponen en el camino hacia la comprensión auténtica de la realidad<sup>1070</sup>.

Siguiendo esta línea, según la hermenéutica clásica primero se conoce la realidad y luego se interpretan las palabras para explicar dicha realidad. Por consiguiente, conocer no es lo mismo que interpretar. Dicha diferencia es importante para diferenciar ambas hermenéuticas, puesto que para la hermenéutica contemporánea *conocer es interpretar*, más precisamente, conocer consiste en interpretar las palabras según el uso que los hombres hacen del lenguaje, siendo el mismo lenguaje el que atribuye la significación de lo que se interpreta, de tal manera que las actividades de interpretar y comprender se encuentran referidas sobre el modo en que los hombres comprenden las cosas. De este modo, la interpretación se despliega sobre el lenguaje mismo para intentar encontrar en él la objetividad sin remitir a la

---

<sup>1069</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, “Hermenéutica clásica...”, p. 25.

<sup>1070</sup>Cfr. Idem, p. 25.

realidad de las cosas. Por eso, explica Massini: «la concepción clásica de la interpretación es la contracara casi perfecta de la hermenéutica contemporánea: al primado del lenguaje contrapone el primado del conocimiento y a la precomprensión históricamente determinada opone un intento de captación objetiva de la verdad»<sup>1071</sup>.

En esta línea, en la hermenéutica clásica, el orden de los elementos del fenómeno del lenguaje se vislumbra a partir de las siguientes palabras de Aristóteles:

Los sonidos emitidos por la voz son los símbolos (o signos) de los estados (o pasiones) del alma, y las palabras escritas los símbolos (o signos) de las palabras emitidas por la voz. Y del mismo modo que la escritura no es la misma en todos los hombres, las palabras habladas no son tampoco las mismas, aunque los estados (o pasiones) del alma de los que estas expresiones son los signos inmediatos, son idénticas en todos, como son idénticas las cosas de las que estos estados (o pasiones) son las imágenes<sup>1072</sup>.

De dicho párrafo se desprenden los elementos del lenguaje: entes reales, pensamientos, palabras habladas y palabras escritas. Estos pueden relacionarse en dos órdenes, orden de significación y orden de causación. Así, con respecto al *orden de significación*: las palabras escritas son signos de las palabras habladas; a su vez, éstas –las palabras habladas– son signos directos de los pensamientos e indirectos de los entes reales –que son los que causan los pensamientos–. Con respecto al *orden de causación* se sigue el camino inverso: los entes reales causan los conocimientos-pensamientos y, a su vez, estos son causa de las palabras habladas o escritas – así, el conocimiento de lo ontológico prima sobre el lenguaje puesto que lo causa, caso contrario sería imposible concebir el orden de la significación lingüística previamente enunciado—<sup>1073</sup>.

En este sentido, explicados los dos órdenes, es posible discernir qué se entiende por significación y designación. La *significación* concierne a la referencia de una palabra a un concepto u otro producto mental –pensamiento–. Por ejemplo: la significación del nombre *caballo* es el concepto de caballo y la significación de la expresión *Juan come* es la proposición según la cual se vincula el nombre Juan con el verbo *come*. La *designación*: consiste en la relación que existe entre las palabras y las realidades de las que han sido abstraídos los conceptos correspondientes. Así, la designación de la palabra *ciprés* consiste en la referencia a un árbol determinado de

---

<sup>1071</sup>Ibidem.

<sup>1072</sup>Idem, p. 26.

<sup>1073</sup>Cfr. Idem, p. 29.

esa especie, que se constituye en su *designatum*. En otras palabras, en la *significación* relacionamos la palabra con aquello que está en nuestro intelecto – pensamientos–; y, en la *designación*, relacionamos las palabras con las realidades externas –aquello que está afuera de nuestro intelecto–. De estas descripciones se extrae la siguiente conclusión: la *designación* prevalece sobre la *significación*, primero conozco el ente real, abstraigo el concepto de mi intelecto, y luego puedo darle un significado mediante una palabra<sup>1074</sup>.

Por consiguiente, este abordaje analítico permite observar cómo el iter del lenguaje se encuentra vinculado al iter de la interpretación. En este sentido, el procedimiento interpretativo –palabras, pensamiento, entes reales– es inverso al iter del lenguaje –entes reales, pensamiento, palabras–. Kalinowski lo explica señalando que «la interpretación tiene como objetivo la comprensión del significado de un cierto texto, comprensión para la que es necesario recurrir a su designación de las correspondientes realidades»<sup>1075</sup>.

Así, explicada la diferencia entre el conocer y el interpretar y, a su vez, detallado el iter de los elementos que ambas actividades integran en la hermenéutica clásica, es posible tener una concepción más desarrollada sobre qué es la *interpretación* y cómo se encuentra relacionada con los *entes reales* que hacen de ella una actividad de la cual pueden derivarse concepciones objetivas. De este modo, puede llegarse a los siguientes corolarios:

- El conocimiento se origina de las cosas o estados de cosas reales;
- de ellas formamos conceptos y proposiciones por medio de nuestro intelecto – Santo Tomás los denominaba *verbum* o palabra interior–, serían los pensamientos, conceptos o imágenes de la realidad que tenemos en nuestro intelecto;
- estas palabras interiores, a su vez, son las causas generativas de las palabras exteriores que las significan –las que hablamos y escribimos–;
- así, las palabras exteriores significan un concepto o proposición que termina por designar cosas o estado de cosas reales –entes reales que son idénticos para todos–.

Por consiguiente, a través de la interpretación es posible captar, por medio del lenguaje, el concepto, proposición o razonamiento que ha sido abstraído –o bien construido– a partir de los entes reales existentes en el mundo. En lograr una in-

---

<sup>1074</sup>Cfr. Idem, pp. 29-30.

<sup>1075</sup>Idem, p. 31.

interpretación veritativa –fidedigna de la realidad– reside la *objetividad fuerte*. De aquí proviene la relación entre interpretación y verdad, lo que se pretende interpretar a través del lenguaje inteligible es, en última instancia, el contenido verdadero o falso de las proposiciones por las que se conocen –en el caso de ser verdaderas– estados de cosas reales. En este sentido, la búsqueda de la verdad es la razón por la que la hermenéutica recurre a la *designación* –remisión con la realidad– en aras de alcanzar una interpretación auténtica; caso contrario, no habría objetividad fuerte, puesto que no se pretendería describir ni identificar ningún objeto.

En la interpretación integral de Dworkin este fenómeno interpretativo no sucede, porque en su pensamiento los conceptos políticos y morales –abstracciones– que se encuentran internalizados en los textos jurídicos –constituciones, leyes y sentencias–, expresados con palabras –como justicia, igualdad, democracia–, son interpretados con remisión a lo que entienden por ellos los miembros de la comunidad; es decir, remiten a cómo son entendidos en la práctica social y jurídica y, es en virtud de ellos, que se elaboran las concepciones de los valores. No se efectúa una remisión a la realidad objetiva, a lo que esos conceptos –sean derechos individuales u otros conceptos políticos y morales como los ya mencionados– tratan de proteger, como podrían ser los bienes básicos humanos. Por ejemplo, se interpreta el concepto *derecho a la vida*, analizándose solamente cómo lo entienden los miembros de la sociedad o los jueces por medio de sus sentencias en un contexto determinado, considerando la concepción que estos tengan del principio de igual consideración y respeto, no teniendo en cuenta interrogantes de segundo orden como ¿es suficiente ese entendimiento para concebir a la vida como valiosa? ¿Si es así cuándo lo es y bajo qué condiciones? Una vez más, no se indaga en cuál es el objeto o bien que los derechos protegen, ni se intenta responder preguntas como: ¿qué es la vida en términos reales? ¿Es valiosa en sí misma? ¿Cuándo comienza y termina para ciencia? Por consiguiente, la remisión al objeto se encuentra distorsionada por la creencia que de él tienen los sujetos –el intérprete y los miembros de la sociedad–, deviniendo el objeto en *lo que los sujetos entienden de él*. En Dworkin, la interpretación se considera fidedigna y auténtica en cuanto se adecúa a las exigencias del consenso ético sobre cómo los ciudadanos consideran que deben entenderse los conceptos, lo que no necesariamente toma como referencia la realidad del mundo.

### 2.7.3-Balance de la interpretación en Dworkin

De esta característica propia de la interpretación integral dworkiniana, que deriva de su adherencia a la hermenéutica de Gadamer señalada en *Law's Empire*, se desprenden dos consecuencias:

- La primera, que la aceptación de la interpretación propuesta por Gadamer permite a Dworkin efectuar un desdoblamiento entre *conceptos y concepciones* y afirmar que en una sociedad democrática marcada por el pluralismo todos comparten el mismo concepto de un determinado valor político o derecho individual, pero no necesariamente la misma concepción. Por consiguiente, a *prima facie* no hay una concepción que sea auténtica o evidente, sino que deviene en correcta aquella que se encuentra apoyada por los mejores argumentos. De esta manera, al no aceptar ninguna concepción verdadera por su referencia con la naturaleza de las cosas, el autor puede hacer converger las distintas voluntades que se encuentran en desacuerdo sin rechazar ninguna, supeditándolas a la aceptación del método interpretativo, de un *proceder* moralmente responsable, más allá de todo contenido sustantivo.
- La segunda, las sentencias están basadas en concepciones que son elaboradas mediante un procedimiento interpretación formalmente aceptado, pero que al mismo tiempo su objeto de análisis –los conceptos que aparecen en la práctica social y jurídica– se encuentran sujetos a cómo los miembros de la sociedad y el mismo intérprete los concibe. Esto torna dificultoso concebir cómo puede existir una *única respuesta correcta*, puesto que las concepciones de los valores y derechos fundamentales pueden variar –y seguir siendo correctas en virtud del seguimiento del procedimiento– de cultura en cultura, de lugar en lugar y, lo que es aún más preocupante, de intérprete a intérprete, siendo el único límite la falta de imaginación.

En este sentido, siguiendo las huellas de Gadamer, la *única respuesta correcta* que postula Dworkin se encuentra sujeta al juicio del intérprete y al paradigma jurídico-social en el que los sujetos se encuentran inmersos. La respuesta solo puede ser correcta en términos *subjetivos y relativos*; es decir, por un lado, en virtud del respeto de las exigencias del consenso ético de quienes construyen la práctica social y la aceptan como coherente; y, por el otro, a un tiempo y espacio determinado que condiciona el horizonte de conocimiento del intérprete. Por consiguiente, nada quita que en un futuro cercano pueda acontecer mejores concepciones en virtud de los cambios que se suscitan en el consenso social y las circunstancias cronotópicas. Es a partir de esta lógica que las palabras de Dworkin adquieren un sentido real: «no hay terreno firme»<sup>1076</sup>.

En conclusión, aunque Dworkin utilice el mismo significante –la palabra escrita o hablada– y cambie su significado –el contenido de la palabra–, entendiéndolo

---

<sup>1076</sup>Cfr. JE, p. 197.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

la como aquella cuyo significado es construido por el intérprete mediante argumentos íntegros, llamando de una forma arbitraria a lo que el significante expresa en un sentido focal a fin de arribar a la anhelada objetividad de las concepciones, el problema permanece –no perece– porque la objetividad así concebida es contingente, se encuentra exclusivamente a merced del sujeto. Por consiguiente, como no podría ser de otro modo, la única respuesta correcta adolece de las mismas falencias que su noción de objetividad, termina subyaciendo en un solapamiento de voluntades –tanto del intérprete como de los miembros que integran la práctica en donde los conceptos aparecen– debido a que carece de una ontología sobre la que se funde. Es por eso que la objetividad de las concepciones debe entenderse en los *términos de Dworkin*, lo cual dista de ser una objetividad en sentido fuerte, que invita a reflexionar en una serie de bienes humanos básicos propios de la naturaleza racional del hombre.



## SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS CRÍTICO DEL PENSAMIENTO DE JEREMY WALDRON

### I-POSTULADOS LIMINARES DEL PROCEDIMENTALISMO EPISTÉMICO DE JEREMY WALDRON

#### 1-PROPÓSITO DE WALDRON: DEFENSA DEL PROCEDIMENTALISMO PARLAMENTARIO

En las obras de Jeremy Waldron vinculadas a la legislación, la democracia y al control de constitucionalidad, puede observarse que el autor aspira a concretar el siguiente objetivo: defender la democracia mediante el enaltecimiento del Parlamento y la legislación enfatizando la importancia del procedimiento de toma de decisiones políticas, consistente en la deliberación y el voto por mayorías. De este modo, puede vislumbrarse cómo diferentes conceptos de su pensamiento se encuentran concebidos a la luz de dicho objetivo y, al mismo tiempo, imbricados entre sí. Así, en *Law and Disagreement* efectúa un análisis histórico y argumentativo en virtud del cual destaca la importancia del Parlamento como institución democrática que permite superar las discrepancias sustanciales que conciernen a los miembros de una sociedad plural<sup>1077</sup>. En *The Dignity of Legislation* recurre a distintos pensadores –Aristóteles, Locke y Kant– que señalan el rol preponderante de la legislación como medio dotado de autoridad para materializar la decisión de la mayo-

---

<sup>1077</sup>Cfr. DD, pp. 29-60.

ría<sup>1078</sup>. En su obra, *Democratizar la Dignidad*, describe su concepción de la dignidad humana y subraya la importancia que tiene el derecho para la construcción de la misma<sup>1079</sup>. Y, en *Contra el gobierno de los jueces*, pueden encontrarse sus críticas al control judicial de constitucionalidad fuerte, particularmente, en los capítulos segundo y cuarto que receptan los artículos *The Core Against Judicial Review* y *Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?*<sup>1080</sup>

En este sentido, a partir de la comprensión del objetivo que Waldron persigue, es factible comprender el porqué de sus críticas al positivismo de Hart, jurista que señala la existencia de una regla de reconocimiento como criterio para discernir qué debe considerarse como derecho, enfocando lo jurídico en la labor judicial, lejos de las gradas del Parlamento. Esta es la razón por la que el profesor neozelandés parece entrever cierto reduccionismo, puesto que discernir lo que es relevante en términos jurídicos se encuentra supeditado a la exclusiva voluntad de los magistrados<sup>1081</sup>. Del mismo modo, también critica a Dworkin, quien como filósofo del derecho elabora su teoría de la interpretación integral y jurídica mediante la cual trata de explicar cómo los magistrados deben decidir sus casos, concibiendo a la Constitución como norma máxima que los jueces deben interpretar para ejercer el control de constitucionalidad fuerte de la legislación. Esto se debe a que en ella se encuentran los conceptos abstractos con base en los cuáles los jueces deben efectuar una lectura moral de la misma para decidir sus sentencias<sup>1082</sup>. En este sentido, las objeciones que Waldron efectúa a ambos pensadores son las siguientes. En primer lugar, el derecho se encuentra circunscripto al fuero judicial, los jueces deciden qué es y no es derecho, al tiempo que no se ha indagado lo suficiente en la elaboración teórica de la legislación sobre cómo los representantes del pueblo deben deliberar y relacionarse para que sus productos sean aptos en términos democráticos<sup>1083</sup>. En segundo lugar, existe una afrenta contra el pueblo y, por ende, contra la democracia, toda vez que los jueces tienen la última palabra sobre cuál es la legislación por la que debe regirse la sociedad<sup>1084</sup>.

Siguiendo esta línea, las objeciones que Waldron efectúa contra el control judicial de constitucionalidad fuerte son diversas y pueden clasificarse en *razones de*

---

<sup>1078</sup>Cfr. DL, pp. 1-35.

<sup>1079</sup>Cfr. DLD, pp. 75-102.

<sup>1080</sup>Cfr. CGJ, pp. 55-123, 153-188.

<sup>1081</sup>Cfr. DD, pp. 44-54.

<sup>1082</sup>Cfr. FL, pp. 7-12.

<sup>1083</sup>Cfr. DD, pp. 51-53.

<sup>1084</sup>Cfr. Idem, pp. 223-227; Cfr. Roberto GARGARELLA, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer”, *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, 112 (2006), p. 15.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

*resultado y razones de proceso*, de las cuales se desprenden los siguientes interrogantes: ¿es justo que el voto de 5 jueces contra 4 pueda derribar la legislación aprobada por los parlamentarios luego de largas horas de debate y trabajo en conjunto? ¿Es tolerable que los jueces decidan utilizando el principio de la mayoría de la misma manera que lo hacen los legisladores? ¿Se puede legitimar la labor de los jueces desde los resultados, o en virtud del *conocimiento experto*, cuando ellos mismos también incurrir en sentencias injustas como en *Dred Scott*, *Korematsu*, *Schenck*, *Prigg*, entre otros? ¿Es viable que sus decisiones se centren en tecnicismos y formalismos alejados de los problemas reales y el entendimiento de los ciudadanos? ¿El argumento a favor del control judicial fuerte según el cual el pueblo se comprometió a organizarse bajo los cánones de una Constitución redactada hace más de doscientos años no es violatorio de la voluntad popular? Las respuestas son controversiales y la conclusión a la que llega Waldron es que, en términos comparativos, son las *razones de proceso* concernientes a cómo se juzga o se legisla, las que terminan por finiquitar la cuestión a favor del Parlamento como institución insigne de la democracia<sup>1085</sup>.

Por consiguiente, en virtud de lo descrito con anterioridad, Waldron no solo efectúa un análisis crítico del control judicial de constitucionalidad fuerte, sino que también elabora una teoría de la legitimidad en la toma de decisiones políticas, mediante la cual detalla los fundamentos sustanciales y procesales según los cuales la legislación aprobada por los legisladores es idónea en términos democráticos para tratar de resolver los desacuerdos de derechos. Por eso, el procedimiento deliberativo y resolutivo parlamentario se erige como el punto más importante del pensamiento político del autor.

En este sentido, en virtud de lo elaborado en los capítulos precedentes y teniendo en cuenta los pormenores del pensamiento del profesor neozelandés, el presente capítulo pretende dilucidar las razones por las que la teoría de la toma de decisiones políticas del autor, en cabeza del Parlamento y con un control judicial débil, son insuficientes para fortalecer la democracia.

En esta línea, se trabajará sobre las siguientes premisas críticas:

---

<sup>1085</sup>Cfr. CGJ, pp. 100-110; *Dred Scott v. Standford*, 60 U.S. 393 (1856); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944); *Schenck v. los Estados Unidos*, 249 U.S. 47 (1919); *Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. 539 (1842).

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

- Que Waldron adhiere a un procedimentalismo epistémico, sopesando la forma por encima de la sustancia.
- Que es imposible reducir el abordaje de asuntos políticos a cuestiones meramente procedimentales y considerar como irrelevante la objetividad de todo aspecto sustancial.
- Que hace descansar la decisión final sobre cuestiones de derecho en las manos de voto de las mayorías puede tornarse peligroso e indeseado si se ignoran mecanismos contramayoritarios que exigen una especial reflexión sobre las modificaciones propuestas.
- Que como corolario final la teoría de la legitimidad de las decisiones políticas en cabeza del Parlamento, mediante la deliberación y el voto mayoritario, es inadecuada para satisfacer las exigencias de la democracia, y fortalecerla como forma idónea de gobierno caracterizada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos, aun cuando existan desacuerdos imposibles de resolver en forma definitiva.

#### 2-WALDRON ES PROCEDIMENTALISTA

Es una tarea compleja identificar los postulados filosóficos que subyacen en el pensamiento político de Waldron. Así, en contraste con Dworkin, autor constructivista –seguidor de las huellas de Rawls tanto en lo moral como en lo jurídico– que, a partir de su teoría de la interpretación jurídica explica cómo los jueces deben resolver sus sentencias, en Waldron dicho encuadre filosófico no acontece. En este sentido, si bien ambos pensadores abordan temas referidos a los desacuerdos, el rol de la dignidad humana y los derechos, lo cierto es que el profesor neozelandés no es constructivista, no construye un método y no parte de artificios morales para sostener los cimientos de su pensamiento político. Más precisamente, Waldron no se dedica a defender lo que ya se encuentra edificado, sino que razona sobre un procedimiento ya establecido, el procedimiento legislativo de toma de decisiones sustanciales en una sociedad marcada por el desacuerdo y la necesidad inminente de arribar a una acción común. Por eso, en este trabajo se considera apropiado enmarcarlo como un *pensador procedimentalista*, ya que defiende el procedimiento enfocado principalmente en argumentos de formas, en el cómo se debe legislar por sobre el qué se legisla. Por consiguiente, el autor considera que existe un procedimiento mo-

ralmente correcto en virtud del cual el pueblo debe gobernarse a sí mismo en un sistema democrático<sup>1086</sup>.

En este sentido, la posición epistemológica consistente en concebir a Waldron como un guardián del procedimiento parlamentario, no es una afirmación arbitraria, sino que se desprende de su desarrollo académico. Así, en primer lugar, es meritorio remarcar que el autor considera irrelevante preguntarse por la *objetividad* en cuestiones sustantivas, como así también por la existencia de una *única respuesta correcta*, puesto que en un contexto social imbuido por el desacuerdo siempre existirán discrepancias entre los afectados sobre cuál es la solución adecuada<sup>1087</sup>. Por consiguiente, si bien considera que sus postulados son compatibles con la existencia de una objetividad fuerte, afirma que es un sinsentido postularla como meta última a arribar. En esta línea, comparte cierta afinidad con los escépticos de la moral aunque no se reduce a negarla. Simplemente considera que por cuestiones fácticas –la imposibilidad de escapar del desacuerdo en una sociedad pluralista– es infructuoso tomarla como epítome de las decisiones políticas<sup>1088</sup>. Por eso, se enfoca en las formas, en los procedimientos con base en los cuales los ciudadanos tratan de resolver sus disidencias y abordar los problemas colectivos. De este modo, considera que lo prioritario es estar de acuerdo con la forma para decidir las cuestiones sustanciales, razón por la cual analiza una serie de argumentos filosóficos –

---

<sup>1086</sup>Esta posición coincide con la sugerida en el Estudio Preliminar de *Derecho y desacuerdos*, titulado *La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos* de Roberto Gargarella y José Luis Martí. Es meritorio señalar la siguiente cita: «(...) De hecho y aunque Waldron declare estar suscribiendo a una concepción procedimentalista pura, en realidad adquiere fuertes compromisos con lo que podríamos denominar un procedimentalismo epistémico, esto es, con identificar la legitimidad de las decisiones con el procedimiento de toma de decisiones que se ha utilizado, eligiendo éste por su valor epistémico, por su mayor probabilidad de producir decisiones correctas». Ibidem, p. XX.

<sup>1087</sup>Cfr. DD, p. 292; Priscila MACHADO MARTINS, “La última palabra y la autoridad del derecho en la discusión entre Dworkin y Waldron”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. N° 12 (2020) 439, p. 444.

<sup>1088</sup>Andrei Marmor menciona que pueden distinguirse tres clases de objetividad: semántica, metafísica y discursiva. Señala: «Hay (al menos) tres conceptos de objetividad diferentes y, como argumentaré, básicamente independientes. Primero está la objetividad o subjetividad en lo que llamaré el sentido semántico. En este sentido, los enunciados (o, quizás más precisamente, los actos de habla) son semánticamente objetivos o subjetivos, independientemente de su validez o verdad. En el segundo sentido, la dicotomía objetivo-subjetivo es una cuestión de verdad metafísica. La cuestión de la objetividad en este sentido metafísico es una cuestión sobre el mundo y no sobre el significado de los enunciados. Finalmente, existe lo que llamaré objetividad del discurso: cierta clase de enunciados es objetiva en este sentido si tiene sentido atribuir verdad a los enunciados de la clase». Andrei MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 113. (La traducción es mía). En este sentido, téngase presente que cuando Waldron afirma la irrelevancia de la objetividad moral, se está refiriendo a la *objetividad metafísica o realista*, es decir, aquella que afirma la existencia de una realidad objetiva en términos ontológicos con prescindencia del conocimiento humano. Cfr. Silvana ÁLVAREZ MEDIA, “La relevancia de la filosofía moral para el derecho”, *Anuario de filosofía*, N° 25 (2008-2009) 409, pp. 422-423.

argumentos concernientes a la sabiduría de las masas, el teorema de Condorcet y el utilitarismo de Bentham— en aras a fortalecer su posición<sup>1089</sup>.

Siguiendo esta vena, el procedimiento en Waldron actúa como medio legitimador de la legislación resultante. En este sentido, las leyes no deben respetarse, en primer lugar, porque sean correctas en términos de moral y justicia —aspectos sobre los que existen disidencias—, sino porque fueron acordadas mediante un procedimiento deliberativo y mayoritario de votación en el que todas las posiciones fueron respetadas<sup>1090</sup>. De esta manera, la forma de proceder en la elaboración y aprobación de las leyes consistente en el reconocimiento de la voz popular y el derecho de participación en cabeza directa de los representantes, es lo que justifica que aún aquellos que discrepan con respecto al resultado final deban acatarlo. Esto se debe a que en las circunstancias de la modernidad en donde reina la diversidad de intereses y perspectivas, no es razonable esperar la unanimidad en su adhesión<sup>1091</sup>.

En Waldron el mencionado procedimiento se enmarca dentro de su concepción de la democracia denominada *democracia mayoritaria*. Según el autor la misma es entendida como el gobierno del pueblo y se caracteriza por la forma en que sus integrantes toman sus decisiones<sup>1092</sup>. Así, la democracia presenta características referidas a un *quién* y a un *cómo*. En efecto, deciden los ciudadanos por medio de sus representantes, no así los jueces en ejercicio del control de constitucionalidad fuerte<sup>1093</sup>. Y deciden en el Parlamento mediante la deliberación y el voto mayoritario, en un marco de buena fe y respeto mutuo en las diferencias valorativas<sup>1094</sup>.

---

<sup>1089</sup>Cfr. DD, pp. 160-169.

<sup>1090</sup>Cfr. Idem, pp. 138, 172, 295.

<sup>1091</sup>Cfr. Idem, pp. 111-112.

<sup>1092</sup>En este aspecto son relevantes las palabras de David Estlund relacionadas al valor del procedimiento en una teoría de la democracia: «Por lo tanto, la teoría democrática normativa se ha basado en gran medida en el supuesto de que lo máximo que se puede decir de una decisión democrática legítima es que fue producida por un procedimiento que trata a los votantes por igual en ciertas formas. Se considera que los méritos de las decisiones democráticas pertenecen a su pasado». David ESTLUND, “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority”, in *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, edited by James Bohman and William Rehg, The MIT Press, Cambridge, 1997, p. 173. (La traducción es mía).

<sup>1093</sup>Cfr. DD, p. 275.

<sup>1094</sup>Cfr. Idem, pp. 20-23, 134-136, 266. En relación al valor que tiene la democracia deliberativa y mayoritaria es meritorio citar las palabras de Carlos Nino, autor que también observa las bondades de los procedimientos democrático. Menciona: «He tratado de defender una concepción diferente de la democracia según la cual la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. Esto es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

De este modo, en virtud de lo detallado con anterioridad, Waldron describe que en un sistema democrático de gobierno todo se encuentra supeditado a la voluntad del pueblo *—everything is for grabs—*, tanto los contenidos sustanciales —derechos individuales—, como los procedimientos de decisión —principios de las mayorías—<sup>1095</sup>. Por eso, funda las razones por las cuales el principio mayoritario de toma de decisiones se erige como el más adecuado y el que el pueblo debe considerar para tomar sus decisiones de manera equitativa, siendo este el único límite epistémico, es decir, el modo cómo las decisiones deben tomarse —deliberación y voto por medio de representantes—<sup>1096</sup>. De este pensamiento se desprende su crítica a la Constitución escrita como instrumento contenedor de los derechos fundamentales, porque obstaculiza la libertad decisoria de los representantes toda vez que establece una mayoría calificada para su modificación. Al mismo tiempo que es interpretada como última instancia por los jueces en ejercicio del control de constitucionalidad fuerte, mecanismo que obstaculiza el ejercicio de la autonomía de la voluntad del pueblo<sup>1097</sup>.

En conclusión, dada la importancia que tiene el procedimiento parlamentaris- ta en el pensamiento de Waldron, se procederá del siguiente modo: primero, se indagará sobre las fuentes filosóficas de las que se valió para elaborar su teoría de la toma de decisiones políticas, lo que permitirá comprender con mayor nitidez su propuesta decisional y sus críticas efectuadas al control de constitucionalidad fuerte. De esta manera, se analizarán postulados concernientes al pensamiento de Thomas Hobbes, John Locke, Jeremy Bentham y John Rawls. Luego, se postularán las objeciones intrasistemáticas que subyacen en su modelo político, lo que dejará traslucir las debilidades de su andamiaje teórico, que terminan por fisurar su pretendido fortalecimiento de la democracia y, en consecuencia, su defensa de los derechos humanos como elementos imprescindibles de un Estado de Derecho.

---

de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuáles son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. Carlos NINO, “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°4 (1989) 79, pp. 86-87.

<sup>1095</sup>Cfr. DD, pp. 361-362.

<sup>1096</sup>Téngase presente que, si bien Waldron resalta que los derechos individuales de las minorías deben ser respetados por la mayoría, dicha restricción no deja de ser controvertida puesto que los mismos se encuentran supeditados a la decisión de la mayoría, por lo que su posibilidad de actuar como límites —o cartas de triunfo— se encuentra debilitada. Cfr. Idem, pp. 334, 362.

<sup>1097</sup>Cfr. Idem, pp. 305, 344-345; Cfr. CGJ, pp. 131-140.

## II-POSTULADOS FILOSÓFICOS

En el presente epígrafe se analizarán los postulados filosóficos que subyacen en el pensamiento de Waldron y constituyen las bases de su pensamiento jurídico-político. De este modo, sabiendo cuáles son dichos pilares epistémicos será posible indagar sobre las objeciones de su modelo político, y vislumbrar en qué medida sus postulados son coherentes con el fin que se propuso cumplir: fortalecer la democracia mayoritaria en manos del pueblo mediante una teoría de la toma de decisiones políticas.

### 1-THOMAS HOBBS

#### 1.1-Pensamiento de Hobbes

Como es sabido Thomas Hobbes es considerado uno de los filósofos políticos más importante de la historia. Es común enmarcar su pensamiento dentro del nominalismo empirista, y en su doctrina adquiere especial interés la relevancia que le atribuye a la figura del *contrato* como piedra angular del Estado civil, de allí que también sea tenido como un pensador contractualista<sup>1098</sup>. En este sentido, existen ciertos aspectos del pensamiento de Hobbes que tienen una influencia destacable en Waldron, entre ellos el reconocimiento del conflicto entre individuos y la necesidad de una autoridad soberana para la resolución de conflictos.

En este aspecto, conviene destacar que el filósofo inglés vivió en un contexto afectado por intensos cambios políticos que se materializaron en luchas internas y la posibilidad de una anarquía crónica. Quizás por eso su concepción del hombre es negativa cuando lo concibe afuera de los límites del poder coactivo del Estado<sup>1099</sup>. De este modo, para legitimar la figura del Soberano, construyó una ficción, el *estado de naturaleza*, el cual se caracteriza porque hay constantes luchas internas que

---

<sup>1098</sup>Cfr. José Rafael HERNÁNDEZ ARIAS, “Estudio Introductorio” en Thomas HOBBS, *Leviatán*, trad. Carlos Mellizo, Gredos, Madrid, 2012, pp. XLVII-XLVIII.

<sup>1099</sup>Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T. 1, p. 200.

tienen su origen en la codicia de bienes comunes que los hombres tratan de acaparar para su seguridad personal. A esto se suma la desconfianza persistente entre unos y otros, el deseo de sobresalir por encima de los demás y, en especial, la igualdad entre hombres con respecto a sus capacidades físicas y mentales, según la cual no hay nadie que por sus propios medios, considerado individualmente, pueda garantizar el orden. Así, en el estado de naturaleza el hombre es un lobo para el hombre, la enemistad hace imposible la convivencia armónica<sup>1100</sup>.

Este estado de naturaleza, aparte de la persistente lucha entre individuos, tiene ciertas características que en términos jurídicos corresponde mencionar: no hay derechos individuales como sí los hay en el Estado moderno en virtud de los cuales los individuos pueden imponer límites contra el accionar del Estado y sus semejantes. De hecho, en el estado de naturaleza no hay propiedad privada ni tampoco justicia debido a la inexistencia de un Soberano que pueda instituir las y garantizarlas. Además, en términos de moralidad, tampoco puede afirmarse que las acciones de los hombres sean buenas o malas puesto que actúan según una naturaleza instintiva, movidos por sus pasiones y sentidos, y buscan por sobre todas las cosas conservar la vida. Por eso los juicios de valor que realizan solo tienen efectos en el fuero personal. Recién con la existencia de la sociedad civil será posible ponderar las acciones en términos de moralidad, con base en una legislación que así lo establezca<sup>1101</sup>. Esta realidad ficticia no quita la existencia del Derecho Natural –*ius naturale*–, aunque es considerado desde una perspectiva subjetiva por Hobbes, ya que lo describe como «la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y, por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr el fin»<sup>1102</sup>.

Según el autor, el temor y peligro inminente que existe en el estado de naturaleza en donde se torna dificultoso conservar la vida, conlleva el deseo por parte de los individuos de querer salir de él. Dicho deseo compartido es una necesidad objetiva y, a su vez, la causa móvil por la cual convergen sus voluntades en la formalización de un convenio, en virtud del cual restringen sus libertades ilimitadas y el uso de la propia fuerza al fin de poder alcanzar la paz. De esta manera, el poder descansa en un único individuo o grupo de personas. Es meritorio destacar que dicha formalización, en caso de no existir unanimidad entre las partes, es impuesta

---

<sup>1100</sup>Cfr. Thomas HOBBS, *Leviatán*, trad. Carlos Mellizo, Editorial Gredos, Madrid, 2012, pp. 102-104.

<sup>1101</sup>Cfr. Idem, pp. 104-106.

<sup>1102</sup>Idem, p. 107.

por la decisión de la mayoría siendo requisito suficiente para su validez<sup>1103</sup>. Explica Hobbes con respecto al convenio que instituye al Estado:

Se dice que un Estado ha sido instituido, cuando una multitud de hombres establece un convenio entre todos y cada uno de sus miembros, según el cual se le da a un hombre o a una asamblea de hombres, por mayoría, el derecho de personificar a todos, es decir, de representarlos. Cada individuo de esa multitud, tanto el que haya votado a favor, como el que haya votado en contra, autorizará todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres, igual que si se tratara de los suyos propios, a fin de vivir pacíficamente en comunidad y de encontrar protección contra otros hombres<sup>1104</sup>.

Y, a renglón seguido, señala:

De esta institución del Estado se derivan todos los derechos y facultades de aquel o aquellos a quienes les es conferido el poder soberano por consentimiento del pueblo<sup>1105</sup>.

Según Hobbes, si bien los derechos son garantizados por el Estado, es menester observar que el principio consistente en conservar la vida y alcanzar la paz deriva de la Ley Natural, la cual a su vez se identifica con un conjunto de juicios dictados por la razón. Sin embargo, destaca que la razón del hombre se encuentra enmarcada en una visión pesimista de la naturaleza humana. Por eso salir del estado de naturaleza es también una cuestión de conveniencia, producto de la inseguridad reinante, consecuente de su naturaleza egoísta<sup>1106</sup>.

De esta manera, los individuos eligen a un Soberano, el único que puede ejercer el poder sobre los demás –tanto de castigo, restricción de lo que se puede o no decir y, en especial, de lo que es o no derecho–. Así, los individuos dan existencia a la sociedad civil, regida y ordenada por una única voluntad omnímoda, y se hace posible pensar en términos de justicia, la cual consiste en el respeto del pacto que permite vivir con base en derechos. Es meritorio destacar que el pacto es entre los individuos. Ellos son las partes contratantes, no así el Soberano que se encuentra

---

<sup>1103</sup>Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T. 1, p. 201.

<sup>1104</sup>HOBBS, *Leviatán*, p. 144. Hobbes explica que el Estado está constituido por una unidad de hombres que se genera a partir de un acuerdo recíproco entre todos y cada uno de ellos, como si cada uno dijese: «autorizo y concedo el derecho de gobernarme a mí mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú también le concedas tu propio derecho de igual manera y les des esa autoridad en todas sus acciones». Idem, pp. 142-143.

<sup>1105</sup>Idem, p. 144.

<sup>1106</sup>Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T. 1, p. 201.

por encima del mismo y tiene un poder supremo para hacerlo cumplir. Del mismo modo, una de las consecuencias que se desprende de dichas potestades es que el Soberano no puede ser juzgado en virtud del mismo, puesto que es el único juez y fuente de derecho. No obstante, esto no quiere decir que su poder sea absoluto, toda vez que los individuos tienen un poder implícito de resistencia que se desprende del mismo pacto, porque al ser formalizado para la elección de un Soberano cuyo fin es hacer posible la convivencia pacífica entre sus súbditos, cuando no pueda garantizarla será legítimo deponerlo<sup>1107</sup>.

### 1.2-Influencia de Hobbes en Waldron

La influencia de Hobbes en el pensamiento político de Waldron es manifiesta y subyace a lo largo de sus obras. En este sentido, existen tres tópicos que se encuentran imbricados sobre los que corresponde efectuar una mención especial: la noción del desacuerdo, la figura del Parlamento como institución suprema y el argumento contra la supremacía del control de constitucionalidad fuerte.

En este sentido, lo primero a destacar es el hilo conductor que sigue Hobbes: existe un estado de naturaleza –ficticio– en donde reina una situación de constante conflicto y hace que sea necesario formalizar un convenio para elegir a un soberano que haga posible la convivencia armónica. Así, el estado de naturaleza se concibe como la circunstancia fáctica que legitima la figura del soberano, que reina por sobre las voluntades individuales y tiene un *ethos* determinado consistente en cumplir las cláusulas del contrato, razón por la cual todos deben obedecerlo, siendo soberano en sentido político, jurídico, moral y económico<sup>1108</sup>. Esta lógica política –la idea de conflicto que provoca la necesidad de un soberano cuya decisión debe ser acatada por todos, con prescindencia de la moral de su contenido– también se encuentra presente en Waldron aunque con diferentes matices<sup>1109</sup>.

Siguiendo esta línea, la idea de *conflicto* en un estado de naturaleza tiene su eco en la idea de *desacuerdos de sustancia y procedimiento* que existen en la política moderna. Solo que, claro está, Waldron no elabora una situación ficticia semejante a un estado de guerra y tampoco tiene por objeto defender una monarquía absoluta, sino que más bien analiza el desacuerdo como hecho existente en la esfera

---

<sup>1107</sup>Cfr. Idem, p. 203; Cfr. Hobbes, *Leviatán*, pp. 144-152.

<sup>1108</sup>HOBBS, *Leviatán*, pp. 175-176, 182-183.

<sup>1109</sup>Señala Waldron citando a Hobbes: «Cualquier teoría que hace depender la autoridad de la bondad de los resultados políticos es contraproducente, porque precisamente los desacuerdos sobre la bondad de dichos resultados es la razón por la que necesitamos establecer y reconocer una autoridad». DD, p. 292.

social y, más precisamente, en un régimen democrático. Así, su noción de desacuerdo tiene ciertas particularidades, que pueden contrastarse con la idea de conflicto de Hobbes, puesto que en el modelo político del profesor neozelandés los desacuerdos persisten en el seno de la autoridad, aun cuando exista una legislación que los aborde y cuyas disposiciones rijan para todos. Esto se debe a que la autoridad no se encuentra supeditada solamente en *quién decide* sino también en *cómo decide* —es decir, en un contexto que tiene en cuenta las voces de aquellos que discrepan—. Por consiguiente, Waldron no es partidario de la unanimidad, ni de una única voz soberana. De hecho, en su teoría política el Soberano es el Parlamento y este se encuentra formado por una diversidad de miembros que discrepan entre sí, de allí que los desacuerdos sean pensados como realidades que suceden entre individuos que toman sus problemas en serio y tratan de actuar de buena fe. Por eso, buscan solucionarlos de la manera más equitativa posible<sup>1110</sup>. Esta idea de desacuerdo entre individuos comprometidos con la democracia también se encuentra vinculada con la idea que tiene el autor sobre el trato respetuoso que se debe brindar a las minorías en cuanto al reconocimiento de sus derechos, aunque como se observará, la naturaleza de los derechos en Waldron es de carácter débil<sup>1111</sup>.

Siguiendo la mencionada lógica, el estado de naturaleza entendido como una circunstancia de permanente conflicto entre hombres, es lo que provoca la necesidad de una autoridad que sea garante de paz. Así, se podría sostener que dicha circunstancia deviene en una de las causas fundantes de la autoridad, puesto que si hay algo que todos los individuos desean y pretenden es superar la lucha que lleva a la autodestrucción. De la misma manera, en el pensamiento del profesor neozelandés, los desacuerdos sobre cuestiones que afectan a todos, y que solo pueden ser resueltas por todos —al igual que el pacto del estado de Hobbes en el que todas las voluntades individuales se comprometen—, es lo que provoca la necesidad de una acción colectiva que pueda dar una respuesta a los desacuerdos. En este sentido, en un sistema democrático, la única autoridad apta para hacerlo es el Parlamento, y lo es no porque sus respuestas sean las más acertadas y justas en cuanto a su contenido; sino porque el Parlamento entendido como institución colectiva cuyos miembros representan al pueblo tiene credenciales democráticas y, por ende, legitimidad para proveer una respuesta a la que todos los ciudadanos adhieran de común

---

<sup>1110</sup>Cfr. Idem, pp. 21-22. Es interesante la nota que destaca Waldron con respecto a la advertencia de Hobbes sobre la constitución del Parlamento: «Un monarca no puede estar en desacuerdo consigo mismo debido a envidia o interés, pero una asamblea sí puede, y en medida bastante para producir una guerra civil». Idem, p. 118.

<sup>1111</sup>Cfr. Idem, pp. 371-372.

acuerdo<sup>1112</sup>. De esta manera, el soberano en Waldron es el Parlamento, y no un rey con potestades absolutas como en el modelo de Hobbes. Lo anterior tiene su fundamento en la representación popular y en el hecho de que sus decisiones derivan de un procedimiento consistente en la deliberación de todas las partes afectadas y la votación resolutoria por la mayoría, actividades que no pueden llevar a cabo un solo individuo<sup>1113</sup>.

En este sentido, no puede ignorarse que tanto en Hobbes como en Waldron el principio de las mayorías juega un rol importante. Según el pensador inglés son los individuos los que formalizan el pacto y acuerdan respetarlo mediante su aprobación por mayoría, aunque luego no puedan revocar la autoridad del soberano por el mismo medio, salvo que este no pueda garantizar la paz para la cual fue elegido<sup>1114</sup>. En Waldron, en forma semejante, el pueblo elige a sus representantes, y son estos quienes por mayoría aprueban, invalidan y modifican las leyes mediante las cuales serán gobernados. El derecho se encuentra identificado principalmente con la legislación y la existencia de la misma tiene una forma específica de ser elaborada y aprobada: debe conllevar el sello de la democracia. Por eso el autor menciona que «el rasgo característico del derecho consiste en permitirnos actuar a la luz de los desacuerdos»<sup>1115</sup>. De esta manera, el Parlamento actúa como posibilitador de la regla de reconocimiento que Hart concibe en cabeza de los jueces y Hobbes en cabeza del soberano. Esto se debe a que para Waldron son los legisladores reunidos en el Parlamento quienes deciden, en última instancia, qué es y no es derecho.

Siguiendo con esta línea, es aquí donde puede observarse la tercera influencia que deriva del pensamiento de Hobbes. Y es que para el filósofo inglés el Soberano no solamente tiene el monopolio del derecho y actúa como fuente exclusiva de lo jurídico, sino que también tiene el dominio de la interpretación. Por consiguiente, el Soberano es juez e intérprete del Derecho Civil<sup>1116</sup>. Caso contrario, si alguna otra autoridad pudiese revocar sus leyes o interpretarlas y, por consiguiente, modificarlas o darle un nuevo sentido, esta dejaría de ser soberana y pasaría a estar en cabeza de otra institución. Waldron advierte dicho problema con respecto al control judicial fuerte, puesto que si los legisladores son los soberanos en una democracia parlamentaria por ser quienes representan al poder del pueblo, y por ser el pueblo el que gobierna por medio de aquellos, luego, si los jueces pueden declarar inconsti-

---

<sup>1112</sup>Cfr. Idem, pp. 101-102.

<sup>1113</sup>Cfr. Idem, pp. 32, 43, 306.

<sup>1114</sup>HOBBS, *Leviatán*, pp. 182-183.

<sup>1115</sup>DD, p. 15.

<sup>1116</sup>Cfr. HOBBS, *Leviatán*, pp. 148-149.

tucionales las leyes, y tener la última palabra en cuestiones de derecho, la soberanía popular estaría en peligro. No sería el pueblo el que gobierna sino un grupo reducido de personas que no tienen credenciales democráticas suficientes y que deciden lo que es derecho, su sentido y, en consecuencia, las leyes por las que los ciudadanos deben ser gobernados. Por eso, Waldron expresa haciendo alusión a las palabras de Hobbes sobre la autoridad política:

En toda ciudad hay un hombre, o consejo o corte (...) que es supremo y absoluto, limitado solamente por las fuerzas de la ciudad misma y por ninguna otra cosa en el mundo: porque si su poder estuviera limitado, esta limitación tendría que proceder necesariamente de algún poder superior; porque quien prescribe los límites debe tener un poder superior al de quién está sometido por ese poder. Este poder que limita es o bien ilimitado o es, de nuevo, restringido por algún otro poder que es aún superior a él, y así llegaremos finalmente a un poder que no tiene límite, que es *terminus ultimus*<sup>1117</sup>.

## 2-JOHN RAWLS

### 2.1-Pensamiento de Rawls

John Rawls es conocido por elaborar una teoría de la justicia desde el paradigma constructivista. En este sentido, el profesor estadounidense construye un método en virtud del cual pueda discernirse qué presupuestos requiere una decisión política e institucional para ser considerada justa.

Así, en la obra de Waldron –al igual que en la de Dworkin– puede encontrarse el modelo de la justicia de Rawls. Para poder entrever cuáles son los principios de justicia en virtud de los cuales las instituciones sociales y políticas deben basar sus decisiones, Rawls parte del hecho de que los individuos se encuentran en una *posición original* que se caracteriza por la existencia de un *velo de ignorancia* que priva a los individuos del conocimiento de la situación particular en la cual se encuentran –sus cargas subjetivas–. Sin embargo, no les priva del conocimiento de la situación general –como podría ser las normas que rigen la vida política de una sociedad–. Por consiguiente, Rawls invita a pensar en el siguiente interrogante: si los individuos pudiesen pensar en la justicia más allá de los desacuerdos originados por sus

---

<sup>1117</sup>CGJ. p. 135.

cargas subjetivas –desacuerdos sustanciales– ¿qué principios de justicia elegirían? En este sentido, el profesor Rawls llega a una respuesta atinada, reflexiva y racional, pero lo hace a partir de un modelo abstracto sin que los individuos puedan sopesar sus decisiones sobre la justicia a partir de sus desacuerdos sustanciales<sup>1118</sup>.

Siguiendo esta línea, como bien se indicó precedentemente, en el mencionado método existe un elemento denominado las cargas de juicio –*burdens of judgment*– que divide a los individuos y se identifica con las circunstancias de la justicia y otorga sentido a la necesidad de crear una situación ficticia –caracterizada por la posición original y el velo de la ignorancia– para pensar en una solución que permita abordar los problemas axiológicos reales<sup>1119</sup>.

Dichas cargas son definidas por Rawls como «los varios elementos aleatorios implicados en el ejercicio adecuado –y consciente– de nuestras facultades de razón y juicio en el curso ordinario de la vida política»<sup>1120</sup>. El profesor de Baltimore subraya que las mismas obstaculizan la construcción de una epistemología neutral para abordar los desacuerdos políticos, puesto que comportan una falta de información idónea y completa en sus protagonistas para la toma de decisiones, y dejan de manifiesto la pobreza de experiencias y conocimientos de quienes tienen que decidir sobre las cuestiones puestas en tela de juicio<sup>1121</sup>.

En este sentido, Rawls considera que las cargas de juicio conducen a la siguiente conclusión:

Muchos de nuestros más importantes juicios se hacen en condiciones en que no es de esperarse que personas conscientes, en pleno uso de la razón, incluso tras una libre discusión, lleguen a una misma conclusión<sup>1122</sup>.

De esta manera, se entiende que, aunque las personas actúen en pleno uso de sus facultades racionales, y se esmeren por intercambiar sus distintas perspectivas sobre un problema en común de una manera empática y respetuosa, la posibilidad de concluir en posiciones antagónicas seguirá presente. A partir del conocimiento de dicha circunstancia el método de Rawls ayuda a pensar en una noción de la justicia más allá de las diferencias. En otras palabras, invita a reflexionar en cómo

---

<sup>1118</sup>Cfr. DD, pp. 184-191.

<sup>1119</sup>Cfr. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, pp. 25-27; Cfr. RAWLS, *Liberalismo Político*, pp. 73-75.

<sup>1120</sup>Cfr. RAWLS, *Liberalismo Político*, p. 73; Cfr. WALDRON, “Deliberation, disagreement...”, p. 217.

<sup>1121</sup>Cfr. DD, p. 180.

<sup>1122</sup>RAWLS, *Liberalismo Político*, p. 75.

tomar decisiones axiológicas con cimiento en aquello que se comparte aún bajo el conocimiento de las cargas de juicios que los divide.

## 2.2-Influencia de Rawls en Waldron

La influencia de Rawls en el pensamiento de Waldron puede apreciarse en dos aspectos: en lo que concierne a las *circunstancias de la justicia* que caracterizan a las sociedades contemporáneas, y en la necesidad de un *principio de equidad* en virtud del cual se puedan abordar las cuestiones sustanciales que afectan a todos<sup>1123</sup>. Estos puntos de contacto hacen que se puedan analizar y comprender ciertos matices del pensamiento del profesor neozelandés a contraluz de los postulados del profesor de Baltimore.

Así, al igual que en Rawls, Waldron también postula un procedimiento de toma de decisiones en el cual los individuos participan de una manera equitativa, aunque claramente lo hacen a la luz de sus desacuerdos. En esta línea, algunas de las críticas que Waldron efectúa a Rawls son la falta de realidad de sus postulados, el hecho de reducir la aplicabilidad del método a la cuestión de la justicia y proponer una solución ficticia mediante la cual se pretende resolver problemas que en una sociedad plural no desaparecerán<sup>1124</sup>.

En este sentido, como se señaló, para Rawls la justicia es la virtud que debe distinguir a las instituciones públicas, y que hace posible que los ciudadanos puedan convivir en sociedad a pesar de sus diferencias con respecto a cuestiones sustanciales de moral, religión y política. Considera que las cargas de justicia, tanto subjetivas como objetivas –escasez moderada y altruismo limitado–, se identifican con las circunstancias de la justicia y constituyen el fundamento de la necesidad de consensuar ciertos principios epistemológicos que regulen la distribución de los bienes primarios, y que todos los individuos aceptarían en una posición original en donde carezcan de conocimientos concernientes a su situación personal y real<sup>1125</sup>. En forma análoga, Waldron parte de la existencia de las *circunstancias de la política*, caracterizadas por los desacuerdos en cuestiones sustanciales que ameritan la necesidad de llegar a una acción colectiva, por eso afirma:

Al igual que la escasez y el altruismo limitado en el caso de la justicia, las circunstancias de la política también forman una pareja. Los desacuerdos

---

<sup>1123</sup>Cfr. GARGARELLA, MARTÍ, “Estudio Preliminar...”, pp. XV-XVI.

<sup>1124</sup>Cfr. DD, pp. 187-188, 191.

<sup>1125</sup>Cfr. Idem, p. 224.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

no importarían si no necesitáramos un curso común de acción concertado, y la necesidad de este curso común de acción no daría lugar a la política tal y como la conocemos si no existieran, al menos potencialmente, desacuerdos sobre cuál debe ser el curso de acción<sup>1126</sup>.

Es en este punto donde puede observarse una coincidencia y una diferencia entre ambos autores. Los dos reconocen la existencia de un pluralismo de dimensiones religiosas, morales y filosóficas que convergen en la sociedad y provocan la existencia de desacuerdos. No obstante, discrepan en la extensión o campos en dónde dichas diferencias acontecen. Así, Rawls sostiene que en una sociedad ordenada los individuos pueden adherir a una misma concepción de la justicia a pesar de sus diferencias subjetivas en términos de política y moralidad. De hecho, como se detalló, construye su situación ficticia en la cual los individuos, exentos del conocimiento de sus *cargas subjetivas*, coincidirían en ciertos principios que actúan como cimientos de la justicia —el principio de la igualdad y la diferencia—. Luego, cuando el velo se levante y puedan conocer sus particularidades personales, concluye que seguirán aceptando dicha concepción de la justicia y se esmerarán por vivir en forma ordenada actuando como individuos imbuidos de una razón pública<sup>1127</sup>. Sin embargo, Waldron advierte que las cargas subjetivas de los individuos, que se materializan en el pluralismo social y que según Rawls impiden adherir a una concepción común de la justicia, deben ser tenidas en cuenta para pensar en una concepción de la justicia; negarlo sería no tener en cuenta la realidad concreta en la que los ciudadanos viven en una sociedad contemporánea<sup>1128</sup>. Expresa Waldron:

La primera concesión, según Rawls, venía motivada por la necesidad de llegar a un acuerdo en las circunstancias del pluralismo de «una sociedad democrática contemporánea». Pero el «pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales comprensivas» no es el único pluralismo con el que nos enfrentamos en una sociedad democrática contemporánea, también

---

<sup>1126</sup>Idem, p. 124. En este aspecto es meritorio remarcar la relación que existe entre el estado de naturaleza de Hobbes y su circunstancia intrínseca de permanente conflicto entre individuos, y las circunstancias de la justicia de Rawls en donde las cargas de juicios son las razones por las cuales los individuos se encuentran en desacuerdo. Por consiguiente, podría decirse que en Waldron, en lo que respecta a su noción del desacuerdo como circunstancia de la política, existen una influencia mediata con sustento Hobbes y una inmediata con sustento en Rawls.

<sup>1127</sup>Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, "Del positivismo analítico a la justicia procedimental: la propuesta aporética de John Rawls", *Persona y Derecho*, Vol. 42 (2000) 161, pp. 182-185, 188-191.

<sup>1128</sup>Cfr. DD, pp. 187-188.

debemos hacerlo con los desacuerdos sobre la justicia y sobre los derechos<sup>1129</sup>.

Por consiguiente, esta diferencia con respecto a la existencia y extensión del desacuerdo deja entrever el contraste con respecto al *ethos* que los diferencia: Rawls busca una concepción de la justicia mediante la cual sea posible convivir en las circunstancias de la política; por su parte, Waldron no aspira a lograr una concepción unívoca y consensuada de la justicia o valor alguno, puesto que parte del puesto que los desacuerdos son una circunstancia constante de la política<sup>1130</sup>. Esta diferencia no es solo sustantiva, sino epistemológica, y se encuentra relacionada con cómo cada uno postula su propia respuesta a los conflictos que dividen a la sociedad.

En este sentido, si bien los dos postulan la necesidad de principios que afectan la toma de decisiones, Rawls considera que la justicia se basa en principios que son compartidos por todos, sin que existan discrepancias con respecto a ellos. Por su parte, Waldron prescinde de la necesidad de lograr una conceptualización acertada de valores axiológicos, y se enfoca en concebir un principio de equidad que permita pensar en un procedimiento en el que los individuos, incluso con sus diferencias subjetivas, puedan tomar una decisión que respete las distintas voces que existen sobre aquello que los afecta. Por eso, en contra de la posición de Rawls, afirma que «necesitamos principios de equidad porque, como dije, la gente discrepa sobre la justicia»<sup>1131</sup>. Así el profesor neozelandés indaga en un principio que otorgue autoridad política a las decisiones que se tomen al calor de los desacuerdos, aun cuando puedan existir discrepancias sobre los procedimientos para dirimirlos. Esta consideración permite discernir su noción de la política en contra de cualquier visión ordenada y perfecta de la sociedad. Sostiene que «implicarse en política es suscribir principios procedimentales –por ejemplo, la decisión de la mayoría– que puedan producir resultados que contradigan mis propias convicciones sustantivas, resultados que mis convicciones sustantivas condenarían»<sup>1132</sup>.

Por consiguiente, una vez más, aun ante un tema central como la justicia, Waldron dirige su atención a cómo la justicia debe ser pensada en términos respetuosos de la democracia, y no en cuál es el resultado final al que debe arribarse. Este corolario permite observar el punto de partida filosófico que existe en su pensa-

---

<sup>1129</sup>DD, p. 188.

<sup>1130</sup>Cfr. Idem, pp. 221-222.

<sup>1131</sup>Idem, p. 224.

<sup>1132</sup>Idem, p. 190.

miento político, y que puede resumirse en la inviabilidad de concebir un *ideal de la justicia* –como hace Rawls– e invita a pensar una forma respetuosa de canalizar las disidencias:

No importa con cuánta frecuencia o énfasis utilicemos las palabras *objetivo*, en la política nunca aparecen tesis sobre lo que exige la justicia *objetivamente* salvo desde el punto de vista de alguien que, por supuesto, en el tipo de situación que estamos considerando, entra en abierta contradicción con el punto de vista de otro. Aunque pueda existir una verdad objetiva sobre la justicia, dicha verdad no se nos manifiesta nunca de una manera autoevidente, sino que inevitablemente se verá como una opinión en conflicto con otras<sup>1133</sup>.

### 3-JOHN LOCKE

#### 3.1-Pensamiento de Locke

Según Waldron, John Locke es «el padre fundador del límite a las legislaturas y de la idea de derechos naturales contra la legislatura»<sup>1134</sup>. En este sentido, existen tres eslabones temáticos en el pensamiento de escritor inglés que adquieren relevancia en la teoría política de Waldron. Estos son: la concepción de la Ley Natural como exigencia que todo legislador debe respetar, la idea de derechos naturales y la figura del Parlamento como poder político supremo.

A diferencia de los pensadores griegos de la antigüedad que consideraban a la sociedad política como una entidad natural al individuo, Locke sostenía que la misma es una construcción humana, un artificio que los hombres erigen mediante un pacto con el afán de garantizar la propiedad privada, concepto que tiene un sentido amplio puesto que integra la vida, la libertad y los bienes del hombre<sup>1135</sup>. Así, la función de la autoridad es preservar mediante el ejercicio del poder un conjunto de derechos que los individuos poseen por naturaleza. Al igual que en Hobbes, el poder deriva de un consenso entre hombres, aunque en Locke el estado de naturaleza no

---

<sup>1133</sup>Idem, p. 236.

<sup>1134</sup>DL, p. 5.

<sup>1135</sup>Cfr. Agustín IZQUIERDO, “Estudio Introductorio”, en John LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano, Segundo tratado sobre el gobierno, Escritos sobre la tolerancia*, trad. Luis Rodríguez Aranda, Mando Lázaro Ros y Jerónimo Betegón Carrillo (respectivamente), Editorial Gredos, Madrid, 2013, pp. LXII-LXIII.

es un estado de guerra, pero sí de posibles tentaciones que pueden tornar peligrosa la convivencia cívica. Afirma Locke:

El amor propio hará que esos hombres juzguen con parcialidad en favor de sí mismos y de sus amigos. Por otro lado, la malquerencia, la pasión y la venganza los arrastrarán demasiado lejos en el castigo que infligen a los demás, no pudiendo resultar de todo ello sino confusión y desorden<sup>1136</sup>.

En este sentido, un dato importante es que para Locke en el estado de naturaleza el hombre, mediante su razón, puede conocer la Ley Natural y ser consciente que debe esmerarse en respetarla. No obstante, en la medida que su voluntad no se encuentre supeditada a una autoridad, su fragilidad ontológica hace difícil que la obedezca y, por ende, que respete los derechos de sus congéneres. Recién en la sociedad política, luego de formalizado un pacto como consecuencia de la inseguridad e incertidumbre imperantes, comenzará a regirse por leyes positivas emanadas del poder legislativo. El punto importante en este sentido es que en el estado de naturaleza existen derechos individuales que derivan de la Ley Natural, que en la sociedad política no se pierden, simplemente, se elige a una autoridad común para que los garantice<sup>1137</sup>.

En esta línea, aunque el poder legislativo sea el poder supremo, su autoridad se encuentra limitada por los márgenes propios del pacto. Así, por ejemplo, los legisladores deben respetar la Ley Natural y, por consiguiente, el bien común y la propiedad de los individuos, obligación que deriva de la capacidad que tienen los hombres de hacer privado lo que en un comienzo Dios instituyó para todos<sup>1138</sup>. Los legisladores también se encuentran sometidos a las leyes que ellos dictan, a diferencia del Soberano de Hobbes que se encuentra por encima de sus decretos. Por eso, en aras a garantizar la paz, deben regular mediante la legislación el empleo de la fuerza a la cual los individuos renunciaron al salir del estado de naturaleza y supeditaron en un cuerpo común<sup>1139</sup>.

---

<sup>1136</sup>Idem, p. LXVIII.

<sup>1137</sup>Cfr. Idem, p. LXVI.

<sup>1138</sup>Cfr. Idem, p. LXIX.

<sup>1139</sup>Es relevante mencionar las palabras de Locke con respecto a los poderes que tienen los individuos en el estado de naturaleza. Señala: «En el estado de naturaleza, dejando de lado la libertad que tiene de disfrutar de placeres sencillos, el hombre posee dos poderes. El primero de ellos es el de hacer lo que bien le parece para su propia salvaguarda y la de los demás, dentro de la ley natural. Por esta ley común a todos, él y todos los demás hombres forman una sola comunidad, constituyen una sola sociedad, y eso los distingue del resto de las criaturas. Si no fuese por la corrupción y los vicios de ciertos hombres degenerados, no habría necesidad de ninguna otra ley, ni de que los hombres se apartasen de esa alta y natural comunidad, para asociarse en combinaciones de menor importancia. El otro poder

Por lo anterior, el máximo poder estatal reside en el poder legislativo, puesto que la legislación debe ser consensuada por todos para poder regir en la sociedad, posibilidad que solo puede concretarse en el Parlamento. Por eso, Locke señala «la ley primera y fundamental de todas las comunidades es la del establecimiento del poder legislativo»<sup>1140</sup>. Sin embargo, aunque el poder legislativo es el poder supremo de un Estado, este también se encuentra sujeto a restricciones porque los peligros existentes en el estado de naturaleza también pueden existir en la sociedad política –como, por ejemplo, la corrupción de los legisladores, el desvío con respecto a los fines para los que fueron elegidos–. Por eso, Locke considera que es preferible atribuir el poder soberano a varios individuos –asamblea legislativa–, quienes luego volverán a ser súbditos una vez que finalizan su función<sup>1141</sup>. En este sentido, Locke estableció los siguientes límites para los legisladores:

No pueden ejercer su función en forma arbitraria y despótica por dos razones. En primer lugar, eso sería incumplir con el objetivo teleológico para el cual fueron elegidos, esto es, preservar la paz, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos<sup>1142</sup>. En segundo lugar, porque su poder no puede ser mayor que el que tuvieron los hombres en el estado de naturaleza. Al respecto, afirma «nadie puede transferir a otro un poder superior al que él mismo posee, y nadie posee poder arbitrario absoluto sobre sí mismo, ni sobre otras personas»<sup>1143</sup>. En este aspecto, puede observarse cómo la Ley Natural subsiste en la sociedad política imbuyendo de sentido y legitimidad a las decisiones de los representantes del pueblo.

En segundo lugar, deben gobernar mediante leyes fijas y promulgadas, evitando recurrir a decretos de carácter personal o meramente circunstanciales, puesto que esto atentaría contra la igualdad de los hombres. Expresa Locke: «Así como el poder de que dispone el gobierno le ha sido conferido únicamente para el bien de

---

que el hombre tiene en el estado de naturaleza es el de castigar los delitos cometidos contra la ley. Pero el hombre renuncia a esos dos poderes cuando entra a formar parte de una sociedad política particular, si se le permite esta palabra, concreta, y se incorpora a un Estado independiente del resto de los hombres». También menciona: «El primero de esos poderes, es decir, el de hacer lo que le parece bien para su propia salvaguardia y la de los demás hombres, lo entrega a la reglamentación de las leyes que dicta la sociedad, en la medida que su propia salvaguardia y la de los demás miembros de la sociedad lo requiere». John LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno*, trad. Luis Rodríguez Aranda, Mando Lázaro Ros y Jerónimo Betegón Carrillo, Editorial Gredos, Madrid, 2013, p. 196.

<sup>1140</sup>Idem, p. 200.

<sup>1141</sup>Cfr. Idem, p.214.

<sup>1142</sup>Cfr. Idem, pp. 203, 221.

<sup>1143</sup>Idem, p. 201.

la sociedad, y no debe ser arbitrario y ejercido a capricho, de esa misma manera debe ser ejercido por medio de leyes establecidas y promulgadas»<sup>1144</sup>.

En tercer lugar, no pueden adueñarse de los bienes de los ciudadanos sin el debido consentimiento. Y tampoco pueden delegar en otro órgano o entidad la capacidad de legislar porque solo el pueblo se encuentra legitimado para decidir quiénes los representarán y dictarán las leyes para gobernarlos<sup>1145</sup>.

En cuarto y último lugar, los legisladores no pueden transferir a terceros el poder de sancionar leyes que les fue atribuido por el pueblo, caso contrario, el pueblo no quedaría obligado por las mismas<sup>1146</sup>.

En este sentido, en caso de que los legisladores no lleven a cabo la función que les fue encomendada, el pueblo puede retrotraer su confianza toda vez que el poder de los representantes se encuentra condicionado a los fines del pacto. Los fines son los del pueblo y no los de los gobernantes o legisladores, por lo que los ciudadanos pueden apartarlos y volver a elegir nuevas autoridades<sup>1147</sup>. Por eso, en última instancia, si existe una característica que distingue al pensamiento del filósofo inglés, es que la Ley Natural –también denominada *ley de la autopreservación*– es la que rige y enviste de legitimidad a las autoridades y, por consiguiente, a sus decisiones<sup>1148</sup>. De esto se desprende que el *poder de autodefensa* o derecho de autoconservación de los súbditos prevalece por sobre el poder supremo de los legisladores. Señala Locke: «ningún hombre ni sociedad de hombres tiene poder para renunciar a su propia conservación, y por consiguiente, a los medios de conseguirla, entregando ese poder a la voluntad absoluta y a la soberanía arbitraria de otra persona»<sup>1149</sup>. Por lo que en forma sucinta y a modo de corolario final puede afirmarse que la legitimidad de los legisladores descansa, desde un punto de vista procedimental, en el consentimiento del electorado que los elige. Y, desde una perspectiva sustancial, en la salvaguarda de los derechos naturales del hombre, que derivan de la Ley Natural y fueron otorgados por su creador<sup>1150</sup>.

---

<sup>1144</sup>Idem, p. 204.

<sup>1145</sup>Cfr. Idem, p. 205.

<sup>1146</sup>Cfr. Idem, p. 207.

<sup>1147</sup>Cfr. Idem, pp. 211, 214.

<sup>1148</sup>Cfr. Idem, p. 201.

<sup>1149</sup>Idem, p. 211.

<sup>1150</sup>Cfr. IZQUIERDO, “Estudio Introductorio”, p. LCVIII.

## 3.2-Influencia de Locke en Waldron

Luego de detallados los lineamientos más relevantes de la teoría política de Locke es posible comprender los fundamentos sustanciales que legitiman a los representantes del pueblo –como instancia democrática última o suprema– en la toma de decisiones políticas en el pensamiento de Waldron. En este sentido, en la doctrina del profesor neozelandés puede observarse la existencia de una imbricación tripartita entre la libertad que tienen los individuos para decidir cómo resolver sus problemas, los derechos que se les reconoce para hacerla posible –en particular aquellos vinculados a la democracia como el derecho de participación y libre asociación– y los límites naturales que los restringen –los cuales se encuentran identificados con una *cultura de la democracia*–<sup>1151</sup>.

En este sentido, no se puede dejar de resaltar una característica central en el pensamiento de Waldron: la subordinación de lo sustancial a lo procedimental. En otras palabras, la afirmación de que lo preponderante en una democracia es la forma en que se abordan los problemas con independencia de los resultados de fondo y, por consiguiente, el reconocimiento de que los individuos tienen la capacidad de pensar procedimentalmente sobre las cuestiones que los afectan, aun cuando no se pueda atisbar una respuesta correcta que dé por finiquitados los desacuerdos que se erige como el elemento más importante en el ejercicio del autogobierno popular. Este rasgo epistemológico imprime su huella en cómo lo individuos deben deliberar sobre cuestiones comunes, lo que se traduce en una autoconfianza compartida, que describe una antropología optimista del individuo al concebirlo como ser dotado de razón para discernir en forma conjunta por qué ciertos procedimientos son más idóneos que otros para abordar las cuestiones que los dividen<sup>1152</sup>. Esta concepción del individuo en sociedad es la más representativa de la democracia en el modelo de Waldron. Así lo expresa el propio autor:

La democracia versa en parte sobre la democracia: uno de los primeros ámbitos sobre los que la gente reclama voz, y respecto de los que reivindica su competencia, es el carácter procedimental de sus propios arreglos políticos<sup>1153</sup>.

Esta noción bondadosa del individuo que Waldron profesa se encuentra vinculada a cómo entiende los derechos individuales, lo cual contrasta con la noción de Locke. En este sentido, el escritor inglés estipula que los derechos derivan de la Ley

---

<sup>1151</sup>Cfr. DD, pp. 361-362.

<sup>1152</sup>Cfr. Idem, pp. 353-354; Cfr. LOCKE, *Segundo tratado...*, pp. 119-121.

<sup>1153</sup>DD, p. 354.

Natural y, por consiguiente, son entendidos como límites que deben ser respetados por los legisladores. Por su parte, Waldron, no los concibe como estipulaciones objetivas, inmodificables, sino que más bien enuncia: «ninguno de los que se ocupan de estos temas cree hoy en día que la verdad acerca de los derechos sea autoevidente o que, si dos personas discrepan sobre los derechos, al menos una de ellas deba ser corrupta o moralmente ciega»<sup>1154</sup>.

En esta línea, el autor no solo concibe que los derechos son objetos de desacuerdo, sino que también los considera de una naturaleza diferente a la del realismo moral —ninguno de ellos tiene una naturaleza metafísica ni tampoco inmodificable—<sup>1155</sup>. Al mismo tiempo, tampoco los concibe como límites intangibles a la labor legislativa, sino que por el contrario tiene una noción *progresiva* de los derechos individuales. En este sentido, para Waldron no puede pensarse en una democracia sin derechos, en especial, sin los derechos constitutivos del procedimiento democrático como el derecho de participación, ni tampoco exenta de los derechos que funcionan como condiciones necesarias de legitimidad democrática como los derechos a la libertad de expresión y de asociación<sup>1156</sup>. Estos derechos son valiosos, y se encuentran ligados con la capacidad del individuo de pensar procedimentalmente y resolver sus desacuerdos, aunque discrepen en cómo concebirlos o materializarlos en la realidad<sup>1157</sup>. Por consiguiente, los mismos no son obstáculos para los legisladores sino presupuestos esenciales que permiten abordar las cuestiones sustanciales que afectan<sup>1158</sup>.

Esta relación entre la concepción optimista del individuo como portador de derechos y, a la vez, como agente capaz de decidir sus problemas con responsabilidad, se unen en forma de mancuerna en su pensamiento. Expresa Waldron:

Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente porque yo veo a toda persona

---

<sup>1154</sup>Idem, p. 267.

<sup>1155</sup>Cfr. Idem, pp. 202-207, 267.

<sup>1156</sup>Cfr. Idem, pp. 338-340.

<sup>1157</sup>Cfr. Idem, p. 266.

<sup>1158</sup>Véase que esta posición se encuentra vinculada a su negación en concebir los derechos como *cartas de triunfo* incrustadas en una Constitución escrita, que un órgano externo y no representativo de la voluntad popular puede disponer a su libre albedrío para declarar la inconstitucionalidad de la legislación resultante. Cfr. DD, pp. 338-339.

como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno<sup>1159</sup>.

Este corolario permite entrever que en Waldron los mismos individuos que deciden sus derechos son los agentes que deciden sobre sus límites<sup>1160</sup>. Así, puede apreciarse que existe cierto contraste con el pensamiento de Locke para quién los legisladores tenían como límite inmediato el respeto de los derechos naturales como la propiedad, la libertad y, en especial, la vida de los ciudadanos, puesto que los límites son impuestos por el pueblo y derivan de la Ley Natural —y no están sujetos a la voluntad de los legisladores—. Por eso, explica Locke «estos son los límites que la sociedad y la ley natural y divina han fijado para el poder legislativo de cualquier república»<sup>1161</sup>.

Asimismo, es meritorio destacar que en Waldron los límites no se encuentran impuestos al Parlamento por una autoridad externa —como el poder judicial—. En este sentido, menciona interpretando a Locke que «mientras el gobierno subsista, el legislativo es el poder supremo (...) y los otros poderes que detenten cualquier otro miembro o parte de esa sociedad, dimanen de él y a él se subordinen»<sup>1162</sup>. Por consiguiente, tanto en Locke como en Waldron el poder legislativo es el poder máximo de un gobierno y no existe otro soberano instituido que pueda decidir por encima de su voluntad. Es aquí donde se puede observar su influencia lockeana.

Siguiendo esta línea, según Waldron, en un sistema republicano de gobierno el Parlamento es la institución suprema porque incorpora y vincula las distintas posiciones de los individuos, fortaleciendo el sentido de responsabilidad mutua que debe caracterizar a los participantes en la aceptación de una única decisión aprobada por el voto de la mayoría<sup>1163</sup>. De igual manera, el propio Waldron indica que

---

<sup>1159</sup>Idem, p. 266.

<sup>1160</sup>Indica Waldron con respecto su noción sobre los derechos individuales en sintonía con la concepción del hombre como agente moral: «He sostenido en otro lugar que la idea de los derechos está basada en una concepción del ser humano esencialmente como uno un agente dotado de razón, con una habilidad para deliberar moralmente, para ver cosas desde el punto de vista de otros, y para trascender la preocupación sobre sus propios intereses particulares o parciales». Idem, p. 198.

<sup>1161</sup>Idem, p. 366.

<sup>1162</sup>Ibidem.

<sup>1163</sup>Con respecto a la responsabilidad en la deliberación política, explica Juan Carlos Bayón: «(...) Por supuesto hay diferentes puntos de vista acerca de cuáles serían esos deberes y de si variarían o no y de qué manera —esto es, serían más o menos exigentes— en diferentes contextos, e incluso se discute si la responsabilidad epistémica debe entenderse realmente en términos de cumplimiento de ciertos deberes o más bien de ejercicio de ciertas virtudes. Pero en cualquier caso nadie diría que alguien ha formado sus creencias de un modo epistémicamente responsable si ignora evidencias disponibles, no considera posibles argumentos en contra de su opinión ni está abierto a reconsiderarla a la vista de los mismos, o no se esfuerza en eliminar inconsistencias en el conjunto de sus creencias». Juan Carlos,

para Locke el Parlamento es el «alma que proporciona la forma, la vida y la unidad a la República»<sup>1164</sup>. En virtud de dicho argumento Waldron considera, por un lado, que los representantes se encuentran investidos de credenciales democráticas y de una capacidad racional para resolver los desacuerdos sobre cuestiones de justicia, derechos individuales y bien común. Y, por el otro, que existe una afrenta a la integridad del Parlamento cuando una institución diferente tiene el poder para declarar como inconstitucional la legislación aprobada –como la Corte Suprema–, lo que se traduce en un menoscabo a «la esencia y unión de la Sociedad»<sup>1165</sup>. Nuevamente, a partir del pensamiento de Locke se llega a la misma premisa inicial arribada en el análisis de Hobbes, esto es, solo puede haber un poder Soberano.

Por eso, para Waldron, el límite al que se encuentran circunscriptos los legisladores no refiere a la voluntad de un órgano diferente, neutral e independiente, que interpreta los derechos escritos en una Constitución e impone su cumplimiento, sino más bien, el límite reside en un doble sentido: en sentido inmediato, en el seguimiento del procedimiento de toma de decisiones políticas y, en sentido mediato, en la voluntad de los ciudadanos que pueden desobedecer las leyes cuando no se respeten los derechos de las minorías –por ejemplo, porque el procedimiento no trata en forma equitativa a las voces disidentes–. Así, todos los individuos en una sociedad democrática tienen el deber de reflexionar y de autoimponerse sus propios límites mediante un modo de obrar responsable. De aquí la necesidad imperiosa que subraya el profesor neozelandés sobre la importancia de generar una *cultura de la democracia* en virtud de la cual los individuos se tomen los desacuerdos en serio. En esta línea, explica con base en la concepción de límites de Locke:

Esta me parece una posición poderosa y atractiva. Incorpora la convicción de que las cuestiones de principio con las que debemos tratar son nuestras cuestiones, de modo incluso en el caso de que deban ser tratadas por alguna institución que comprenda sólo a unos pocos, y no a todos nosotros, de-

---

BAYON, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, N° 9 (2009) 189, p. 197.

<sup>1164</sup>DD, p. 368.

<sup>1165</sup>Idem, p. 369. En este aspecto es menester mencionar que Waldron y Locke comparten cierta cercanía con respecto a la relación entre el Parlamento y los jueces: ambos defienden la supremacía del poder legislativo y también la necesidad de jueces independientes, pero descartan que un órgano distinto al poder legislativo pueda tener la última palabra. Así téngase presente que Waldron rechaza el control de constitucionalidad fuerte pero acepta el débil. En relación a Locke –si bien no estipula un poder judicial al estilo de Marshall– menciona: «(...) hace falta en el estado de naturaleza un juez reconocido e imparcial, con autoridad para resolver todas las diferencias, de acuerdo con la ley establecida», y más adelante expresa como potestad del poder legislativo «es preciso que establezca jueces rectos e imparciales encargados de resolver los litigios mediante aquellas leyes». LOCKE, *Segundo tratado...*, pp. 195, 197.

berá ser de todos modos una institución diversa y plural y que, mediante algo así como la responsabilidad –*accountability*– electoral, incorpore el espíritu del autogobierno, un órgano en el que podamos discernir las huellas manifiestas de nuestro propio consentimiento originario<sup>1166</sup>.

#### 4-JEREMY BENTHAM

##### 4.1-Pensamiento de Bentham

Jeremy Bentham es un pensador que adhiere al utilitarismo, corriente que impregna de sentido a su concepción del derecho. En este aspecto, su doctrina es estudiada por Waldron puesto que aquél concibe a la legislación como paradigma del derecho. Por consiguiente, hay tres nociones del pensamiento de Bentham que son menester explicar para comprender mejor el pensamiento jurídico del profesor neozelandés: el principio de utilidad, su relación con el derecho y la consecuente crítica a *Common Law*.

En este sentido, Bentham parte de una premisa filosófica en virtud de la cual adquiere relevancia la existencia de un sistema jurídico que pretende regular la conducta de los hombres:

La naturaleza ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Sólo ellos nos indican lo que debemos hacer, así como determinan lo que haremos. Por un lado el criterio de bueno y malo, por otro la cadena de causas y efectos, están sujetos a su poder. Nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos, en todo lo que pensamos: cualquier esfuerzo que posamos hacer para desligarnos de nuestra sujeción sólo servirá para demostrarla y confirmarla<sup>1167</sup>.

Mediante este párrafo el autor presenta el *principio de utilidad*, también llamado principio de felicidad, en virtud del cual los hombres actúan. De allí la importancia de erigir una estructura jurídica mediante la legislación y la razón que permita concretarlo, de tal modo de satisfacer los intereses del mayor número de per-

---

<sup>1166</sup>DD, p. 369.

<sup>1167</sup>Jeremy BENTHAM, *Los principios de la moral y la legislación*, trad. Margarita Costa, Claridad, Buenos Aires, 2008, p. 11.

sonas, los cuales se identifican con producir placer, beneficio o felicidad e impedir daño, dolor, infelicidad<sup>1168</sup>.

En este sentido, para Bentham el derecho se encuentra vinculado con la moral, más precisamente, con una teoría de la acción que explica aquello que motiva la conducta del hombre. Así, parte del punto de que el individuo actúa con base en *expectativas* y que tiene una conciencia anticipativa de su devenir en virtud de la cual pueden elaborar un propio plan de acción que, por ende, no está circunscripto a los límites del presente. En esta línea, señala que el hombre «(...) es susceptible de penas y placeres por anticipación; y que no es suficiente asegurarle de una pérdida actual, sino que es necesario también garantizar sus posesiones, en cuanto sea posible, contra las pérdidas futuras: es necesario prolongar la idea de su seguridad en toda la perspectiva que su imaginación es capaz de medir»<sup>1169</sup>. Por consiguiente, el hombre se caracteriza porque puede pensar su presente en relación a un futuro deseado, y así adecuar sus conductas a sus expectativas y consiguiente plan de acción, característica que se encuentra ligada a su posibilidad de ser feliz. De esta manera, bajo dicha premisa, Bentham menciona que si hay algo que busca el hombre en su afán de lograr un estado de felicidad mayor del que tiene, es la seguridad de sus expectativas. Solo así podrá calcular los efectos que tendrán sus acciones, puesto que la seguridad permite disminuir las contingencias para aumentar la utilidad<sup>1170</sup>.

Siguiendo esta vena, en consideración a dicha concepción del hombre, el derecho deviene en la herramienta que permite a los individuos adecuar sus conductas a determinados fines. Así el derecho, más precisamente, la legislación, hace posible asegurar las expectativas al circunscribir las libertades de los individuos. Las leyes permiten vivir en forma civilizada. Sin ellas pelagra la subsistencia al no existir seguridad sobre lo que debe o no hacerse. Señala el autor con respecto a la seguridad: «este bien inestimable, indicio distintivo de la civilización, es enteramente obra de las leyes. Sin leyes no hay seguridad: por consiguiente no hay abundancia, ni aun subsistencia cierta, y la única igualdad que puede existir en este estado es la igual-

---

<sup>1168</sup>Jeremy Bentham explica qué debe entenderse por utilidad, y expresa: «Por utilidad se quiere significar aquella propiedad en cualquier objeto por la que tiende a producir un beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad (todo ello, en el presente caso, equivale a la misma cosa) o (lo que igualmente equivale a lo mismo) a impedir que produzca un daño, dolor, mal o infelicidad a la parte cuyo interés se considera: si esa parte es la comunidad en general, entonces se trata de la felicidad de la comunidad; si es un individuo particular, entonces de la felicidad de ese individuo». BENTHAM, *Los principios...*, p. 12.

<sup>1169</sup>Jeremy BENTHAM, *Principles of the Civil Code en The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, 1843, (re-edición en Bristol, Themmes Press, 1995), Vol I, p. 308, (la traducción es mía).

<sup>1170</sup>Cfr. *Ibidem*.

dad de desgracia»<sup>1171</sup>. En este sentido, la legislación adquiere un valor preponderante en relación al principio de utilidad porque otorga los criterios públicos, fijos y objetivos para que los individuos puedan hacer el cálculo de las consecuencias que provocarán sus conductas, haciendo que sea posible la vida en comunidad. Así, se desprende que en Bentham existe una relación entre el derecho y la moral. El fin del derecho es ordenar y coordinar las acciones de los individuos para concretar una política de bienestar<sup>1172</sup>.

Por consiguiente, a Bentham no le interesa las acciones de los individuos considerados en forma aislada, sino más bien en comunidad, porque parte del punto que el bienestar individual se encuentra subsumido en el general, y es el derecho el único elemento que puede ordenar el accionar de los hombres al considerarlos como una sola unidad. Así, quien perjudica el bienestar general se perjudica a sí mismo. Las leyes son obedecidas en base en un cálculo de utilidad, porque sirven a los intereses individuales, siendo el interés la base en donde descansa el deber. El cálculo, como se describió previamente, tiene en cuenta el futuro, la proyección de las expectativas de los individuos. Por consiguiente, existe una prescindencia relativa con respecto al contenido de la legislación, puesto que lo relevante es el cálculo, característica propia de una moral utilitarista. En última instancia, el derecho es obedecido porque ante una diversidad de individuos que pueden seguir objetivos distintos, solo este es capaz de regular la conducta de todos bajo un mismo principio –principio de utilidad–. El corolario es claro: solo el derecho es apto para hacer converger las conductas de los hombres, originar expectativas, asegurarlas y, en definitiva, permitir efectuar un cálculo de conveniencia<sup>1173</sup>.

En esta línea, como se advirtió, Bentham identifica al derecho exclusivamente con la legislación escrita, la cual define como:

Un conjunto de signos que declara un acto de voluntad concebido o adoptado por el soberano de un Estado, respecto a la conducta que ha de ser observada en un determinado caso por una determinada persona o clase de personas, que esta o se supone que están sometidas a su poder (en el caso en cuestión); contando como garantía de cumplimiento de ese acto de voluntad con la expectativa de ciertos hechos, para cuya producción se pretende que sea un medio, llegado el caso, esa declaración, y cuya previsión

---

<sup>1171</sup>Idem, p. 307, (la traducción es mía).

<sup>1172</sup>Pedro RIVAS PALÁ, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista: Una aproximación a la filosofía Jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 29-30.

<sup>1173</sup>Cfr. Idem, pp. 30-31.

se pretende que actúe como un motivo sobre aquellos cuya conducta está en cuestión<sup>1174</sup>.

La razón por la cual Bentham adopta esta concepción del derecho, que privilegia la legislación, es porque la misma ofrece certeza y seguridad. En este sentido, el escritor piensa sobre la *forma* que debe tener el derecho y lo concibe como un código que regule todos los derechos y obligaciones de los ciudadanos, cuyas cláusulas compartan un mismo espíritu basado en el bienestar general. Además, advierte que debe ser completo y estar escrito de tal manera que sea fácilmente comprensible, por lo que la claridad es una cualidad distintiva. También señala que cada declaración debe estar acompañada de un comentario explicativo que permita discernir los motivos y su vinculación con la utilidad. Por consiguiente, no es considerada como ley la regulación o normativa que se encuentre fuera del código legal. Además de estas características, añade que el derecho se debe distinguir por su cualidad de notoriedad a fin de que los individuos conozcan las normas que rigen sus conductas. Estos son los rasgos que lo llevan al autor a promover la codificación del derecho como mecanismo idóneo de formalización. Así, el derecho podrá ser difundido con facilidad y encontrarse al alcance de los individuos, permitiendo que puedan sopesar sus acciones con el interés general<sup>1175</sup>.

Siguiendo esta línea, se puede comprender que Bentham critica el *Common Law* porque éste no puede garantizar seguridad y orden. No solo su fuente es contingente puesto que emana de jueces independientes que pueden tener diferentes criterios de decisión, sino que sus normas no se encuentran escritas, lo que hace que su conocimiento sea dificultoso. Señala: «el Derecho Judicial, como podría ser llamado de un mejor modo, aquella composición ficticia que no tiene persona alguna por autor, ni un conjunto conocido de palabras por sustancia, forma el cuerpo principal de la fábrica jurídica: como aquel ilusorio éter que, a falta de materia sensible, llena la medida del universo (...) aquel que quiera un ejemplo de cuerpo completo de ley al cual referirse, debe comenzar por hacer uno»<sup>1176</sup>. En este sentido, desconoce al *Common Law* como derecho y asimismo señala que en virtud de los precedentes judiciales no es posible calificar una conducta como correcta o incorrecta –pues, en el *Common Law* no hay reglas establecidas y, para decidir si una acción es justa o injusta, es necesario poder distinguir si la misma se encuentra en

---

<sup>1174</sup>Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del Pensamiento Jurídico. Siglos XIX y XX*, T. 2, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2013, p. 41.

<sup>1175</sup>Cfr. Idem, p. 42.

<sup>1176</sup>Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford University Press, 1996, p. 8, (la traducción es mía).

conformidad con alguna regla previamente determinada—. Por eso, sostiene que el *Common Law* es en sí mismo incertidumbre y confusión<sup>1177</sup>.

De la misma manera, corresponde mencionar que el escritor inglés se opone a considerar como jurídico al derecho natural, el cual, afirma, concibe a los actos como desaprobados con base en si son perjudiciales en sí mismos, y no en virtud de una ley positiva, no existiendo criterio alguno para determinar qué leyes son contrarios o armónicas con el derecho natural, más que el imperativo de la conciencia que anima a revelarse contra lo estatuido si no se encuentra conforme a gustos personales. Por eso, señala que «lo que se denomina Ley Natural no es ni un precepto ni una sanción, sino la mera opinión de personas que se han autoconstituido como legisladores»<sup>1178</sup>.

Dicha crítica al derecho natural se encuentra en sintonía con su concepción de los derechos naturales, a los cuales describe como «un sinsentido con zancos». En este aspecto, indica que las cláusulas de las Declaraciones de Derechos constituyen formulaciones vacías, vagas y equívocas entre sí debido al lenguaje en el que se encuentran redactadas y su falta de correlato con la realidad<sup>1179</sup>. En este sentido, el propio Waldron recuerda que para Bentham son erróneas las formas absolutas de los derechos, como por ejemplo, las referentes a la libertad, propiedad y democracia, las cuales, al no reconocer límite alguno colisionan entre sí, y lo que es incluso peor, lleva a que ningún sistema de gobierno pueda subsistir puesto que para que haya derecho son necesarias restricciones. Así, para que sea efectivo un derecho a la propiedad es necesario que existan restricciones sobre la misma<sup>1180</sup>.

Waldron recuerda que para Bentham los derechos naturales son los enemigos mortales del derecho, «los subversivos del gobierno, y los asesinos de la seguri-

---

<sup>1177</sup>Cfr. RIVAS PALÁ, *El retorno a...*, p. 32; Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T. 2, pp. 41-42.

<sup>1178</sup>Jeremy BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, en *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, Athlone Press, London, 1977, pp. 139-140, (la traducción es mía).

<sup>1179</sup>Cfr. José Antonio RAMOS PASCUA, “La crítica de la idea de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, N° 2 (2001) 871, pp. 887-888.

<sup>1180</sup>Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T. 2, pp. 38-39; Cfr. WALDRON, NUS, pp. 38-39. Waldron cita las siguientes palabras de Bentham: «En vano se diría que aunque aquí no se asignen límites a ninguno de estos derechos, sin embargo, debe entenderse como dado por sentado y tácitamente admitido y asumido que deben tener límites; verbigracia, los límites, según se entiende, los fijarán las leyes. Vana, digo, sería esta disculpa; pues el supuesto sería contradictorio con la declaración expresa del propio artículo... Sería contradictorio, porque estos derechos son, en el mismo aliento en que se declara su existencia, declarados imprescriptibles; e imprescriptible... no significa nada a menos que excluya la interferencia de las leyes». WALDRON, NUS, p. 39, (la traducción es mía).

dad»<sup>1181</sup>. Esta crítica se debe a que para el filósofo, el principio moral de utilidad es el que dota de validez a las leyes, y los derechos solo son aquellos que estas establecen, los cuales se entienden como beneficios asignados a los individuos<sup>1182</sup>. Por consiguiente, los derechos –legales– se caracterizan por conducir al principio de utilidad y por estar regulados en leyes positivas acompañados de restricciones. Así, advierte que los mismos difieren según circunstancias contextuales, y que no son especulaciones, deseos u opiniones morales de los individuos. Al mismo tiempo, considera que los derechos naturales niegan la existencia de las leyes que sean contrarias a sus prescripciones, lo que inevitablemente acontecerá por su característica de inconmensurabilidad, lo cual termina por llevar a un estado de guerra. Esto se debe a que la legislación es la que posibilita que los hombres no caigan en un estado de miseria, salvajismo e inseguridad como es propio del estado de naturaleza de Hobbes. Por eso, los individuos al reclamar derechos naturales, absolutos e imprescriptibles, contra la legislación preexistente, no reclaman más que anarquía<sup>1183</sup>.

En conclusión, Bentham identifica el derecho con la legislación porque es el único medio mediante el cual pueden coordinarse las expectativas de los individuos que viven en comunidad, puesto que la ley puede ser conocida por todos gracias a sus características formales –de origen conocido, escrita y clara–. Así es posible lograr un orden que concrete el principio de utilidad. Por el contrario, ni el *Common Law* ni el derecho natural pueden cumplir con dichas expectativas, porque los individuos no pueden adecuar racionalmente sus acciones a lo que no conocen o comprenden, sea por incertidumbre o desconfianza<sup>1184</sup>.

#### 4.2-Influencia de Bentham en Waldron

La influencia de Bentham en el pensamiento de Waldron puede observarse en una diversidad de tópicos. En primer lugar, la identificación del derecho con la legislación. En segundo lugar, la crítica al poder judicial –aunque con diferentes matices, puesto que uno lo crítica por su afrenta contra la democracia y el otro por la imposibilidad de brindar certeza en materia jurídica–. En tercer lugar, la crítica a los derechos individuales –en este campo también existen diferencias, en especial, en cuanto a la importancia que tienen en una comunidad–. En definitiva, hay una retahíla de puntos que merecen ser abordados para indagar sobre las ideas benthamianas que subyacen en el positivismo normativo del profesor neozelandés.

---

<sup>1181</sup>Cfr. Idem, p. 40.

<sup>1182</sup>Cfr. Idem, p. 37.

<sup>1183</sup>Cfr. Idem p. 40; Cfr. RAMOS PASCUA, “La crítica...”, pp. 889-890.

<sup>1184</sup>Cfr. RIVAS PALÁ, *El retorno a...*, pp. 34-35.

Siguiendo esta línea, ante la pregunta a Waldron sobre si se siente cómodo al ser considerado un positivista normativo, responde dejando entrever su adherencia a Bentham –y también a Hobbes–:

Sin duda. Un positivista normativo es quien dice, como Hobbes, que sería bueno que el Derecho pudiera identificarse sin referencia a su calidad moral porque ello le permite cumplir su objetivo en medio del desacuerdo sobre asuntos morales. El positivismo normativo no solo es una tesis analítica, sino que también persigue una agenda positivista. Bentham es otro protagonista. Señala que es importante, por razones de predictibilidad y utilidad pública, que el Derecho pueda ser identificado fácilmente, simplemente en términos de sus criterios positivos. Este positivismo es también una tesis con alto contenido de filosofía política dado que supone que no necesariamente se destierran en su totalidad los valores morales que los anglosajones han incluido dentro de lo que denominan *jurisprudence*<sup>1185</sup>.

Por consiguiente, hay una premisa que no puede ignorarse en el pensamiento de Waldron: el derecho positivo no puede estar aislado de la moral. Esta verdad es importante, porque la única forma de relacionar los tres puntos concernientes a la concepción del derecho como legislación, la crítica al poder judicial y la crítica a la forma con que se expresan los derechos individuales, es subrayando el aspecto moral del derecho. En otras palabras, los postulados jurídicos que se desprenden del pensamiento de Waldron pueden ser abordados de una manera íntegra si se parte de que su noción del positivismo normativo se caracteriza por su nota democrática –por su *deber ser* funcional a la democracia–<sup>1186</sup>.

En este sentido, en su teoría política el derecho y la democracia se encuentran profundamente imbricados por la siguiente razón: para Waldron la democracia es «una forma de gobierno que trata de resolver desacuerdos y que empodera a cada persona por igual, dado que reconoce que cada uno tiene una dignidad para expresar su opinión sobre una decisión política»<sup>1187</sup>. Y, en esta línea, el derecho es la herramienta que provee los medios para que dicho sistema pueda existir y funcionar

---

<sup>1185</sup>GARCÍA JARAMILLO, BENÍTEZ, “El control...”, p. 172.

<sup>1186</sup>Cfr. DD, pp. 122-123. Con respecto a la relación entre derecho y democracia téngase presente también las siguientes palabras de Waldron: «la autoridad del derecho reside en el hecho de que los ciudadanos tenemos la reconocible necesidad de actuar en conjunto sobre diversas cuestiones o de coordinar nuestro comportamiento en determinados ámbitos con referencia a un esquema común (...); también menciona «una función del derecho es construir esquemas comunes y orquestar la acción colectiva en circunstancias de desacuerdo». Idem, p. 14.

<sup>1187</sup>GARCÍA JARAMILLO, BENÍTEZ, “El control...”, p. 173.

correctamente. Es aquí donde Waldron remarca que la función del derecho consiste en *canalizar los desacuerdos*, aspecto que solo puede entenderse en alusión a su conexión con el autogobierno del pueblo<sup>1188</sup>.

De este modo, así como para Bentham la legislación es significativa porque otorga seguridad, certeza y notoriedad al derecho, permitiendo que los individuos puedan asegurar sus expectativas y adecuar sus conductas a ellas mediante cálculos de utilidad; para Waldron la legislación adquiere relevancia porque permite dar una respuesta a los desacuerdos. Puesto que si hay una característica que es manifiesta en una sociedad contemporánea es que, ante las discrepancias los individuos necesitan llegar a una acción común, la cual se materializa en la legislación aprobada mediante previa deliberación y votación por mayoría. Por consiguiente, en ambos autores es importante que quienes deliberen sean aquellos que estarán afectados por las decisiones que se tomarán. Así como en Bentham es importante que los ciudadanos manifiesten su opinión para que den a conocer sus preferencias utilitarias, en Waldron es importante que quienes elaboren la ley sean aquellos que discrepen en cuanto a un mismo problema que los afecta. De esta manera, si bien existen diferentes matices en cuanto a los principios que subyacen en la legislación —en Bentham es el principio de utilidad y en Waldron el principio democrático, el gobierno del pueblo y la igualdad en la participación política—, lo cierto es que en ambos la legislación se erige como epítome del positivismo. Justamente porque existen ciertos valores en juego, una filosofía moral que subyace en el derecho, es que no se puede negar el carácter normativo.

En línea con la dimensión moral del derecho, Bentham señala que una característica importante del derecho positivo es que su seguridad descansa en la *exclusividad* de la fuente que crea el derecho, la cual para el autor es difusa si se la concibe en cabeza de los jueces. Waldron también destaca este aspecto característico del positivismo normativo y lo denomina con las palabras de Hart, *pedigrí institucional*. Así, menciona que «una norma es derecho, no en virtud de su contenido, sino en virtud de su fuente». Por eso, como el derecho es creado por el soberano, es meritorio pensar las *tesis de las fuentes sociales* y *tesis de reconocimiento*, no desde la figura del poder judicial sino del Parlamento<sup>1189</sup>.

En este sentido, Waldron explica que las tesis nucleares del positivismo pueden ser analizadas desde el poder legislativo. Así, critica la concepción de la regla

---

<sup>1188</sup>Cfr. DD, p. 15. Explica Waldron: «(...) El rasgo característico del derecho consiste en permitirnos actuar a la luz de los desacuerdos». Ibidem.

<sup>1189</sup>Cfr. Idem, p. 44.

de reconocimiento postulada por Joseph Raz según la cual, el Parlamento no es una institución indispensable de un sistema jurídico, pero sí lo es el poder judicial, que aplica la legislación reconociéndole validez. De esta manera, la regla de reconocimiento descansa en los actos de los jueces y se identifica con una práctica compleja que los funcionarios judiciales efectúan en relación a determinados criterios instituidos<sup>1190</sup>. Así, ante la existencia de desacuerdos en la sociedad, los cuales pueden manifestarse en la contradicción de la legislación existente, las reglas secundarias adquieren sentido e importancia al determinar qué debe ser considerado derecho. Waldron deja entrever dicho problema citando las palabras de Hobbes:

Y tampoco es suficiente que la ley esté escrita y publicada; debe haber también signos manifiestos de que procede de la voluntad del soberano. Porque los hombres privados, cuando tienen o piensan tener fuerza bastante para asegurar sus designios injustos y lograr sin peligro lo que gusten, sin o contra la autoridad legislativa. Es por eso preciso que no sólo haya una declaración de la ley, sino signos bastantes del autor y de su autoridad<sup>1191</sup>.

Ante dicho problema, si se considera que en Waldron el soberano es el Parlamento, el objetivo no es supeditar sus productos normativos a la validez de otra institución –como los jueces–, sino observar cuáles son las reglas que existen para que las leyes aprobadas puedan ser consideradas jurídicas. Así, enfatiza que la legislación debe emerger de un proceso deliberativo que integre las diferentes voces. De aquí la importancia de concebir como reglas secundarias aquellas que conciernen a las reglas de representación –en relación a partidos, territorios e intereses–, de comparecencia a audiencias, de modificaciones, de debate, de votación, entre otras. En este aspecto, el autor reconoce que en el mismo Parlamento existe una diversidad de propuestas a tratar pero que no todas son valiosas en términos jurídicos, por eso, señala la necesidad de dividir entre reglas de deliberación –en donde el carácter adversarial adquiere relevancia– y reglas de aprobación –basadas en su determinación por votación por mayoría–, siendo estas últimas las que terminan por delimitar qué texto debe ser aprobado y convertido en ley luego de su posterior promulgación. De esta manera, Waldron intenta mostrar una forma de pensar las reglas de reconocimiento de las fuentes sociales, entendidas como reglas que son pro-

---

<sup>1190</sup>Cfr. *Idem*, pp. 44-45.

<sup>1191</sup>*Idem*, p. 51.

pías de la actividad legislativa, sin necesidad de que queden reducidas a la voluntad de órganos exentos de credenciales democráticas<sup>1192</sup>.

En conclusión, puede observarse que existen distintos puntos de contacto entre Waldron y Bentham, no solo en la forma de concebir al derecho, identificado principalmente con la legislación, sino también en las objeciones al poder judicial, sea porque los jueces no tienen suficientes credenciales democráticas para decidir por encima de la legislación, o porque –como Bentham señala– los precedentes judiciales no satisfacen los requerimientos mínimos de univocidad de la fuente, certeza, seguridad y notoriedad. De igual manera, ambos comparten ciertas afinidades con respecto a los derechos individuales, reconocen los derechos legales como importantes para la subsistencia de una comunidad pero rechazan la noción de los derechos naturales, en especial, cuando se encuentran receptados en una Constitución escrita. Así Waldron detalla que los mismos emergen como obstáculo a la voluntad del pueblo puesto que dificultan la modificación de decisión sobre su contenido, situación que se vuelve incluso más arbitraria en un contexto en donde se evidencian desacuerdos profundos. Por su parte, Bentham objeta que los derechos naturales son meras opiniones o sinsentidos, y que el lenguaje con el que se encuentran expresados es ambiguo y está redactado en términos absolutos –como, por ejemplo, *los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*–, razón por la que devienen en inoperables, alejados de toda verosimilitud y, también, peligrosos, porque atentan contra la legislación positiva que ordena las conductas de la sociedad y permite asegurar las expectativas de los individuos mediante cálculos de utilidad.

## 5-BALANCE

Como última reflexión integradora sobre las fuentes filosóficas más importantes del andamiaje político de Waldron puede observarse que el autor adhiere a premisas que pertenecen a diferentes corrientes filosóficas, no obstante, en su pensamiento todas comparten un mismo sentido: están orientadas a legitimar la toma

---

<sup>1192</sup>Cfr. Idem, pp. 51-53. Véase que el esbozo de Waldron sobre la regla de reconocimiento bajo criterios de validez parlamentaria es coherente con su argumento crítico de la supremacía judicial, puesto que implicaría afirmar que no son los jueces quienes deciden qué debe ser considerado derecho mediante sus sentencias. Con esta advertencia Waldron intenta poner en evidencia la ignorancia del estudio de la estructura y funcionamiento del Parlamento dentro de la filosofía del derecho. Expresa: «Me he embarcado en esta larga digresión porque quería mostrarles algo de la oportunidad perdida que encontramos en *El concepto de derecho* de H. L. A Hart, por no llegar a considerar la profunda importancia que tiene la estructura legislativa y su relación con las reglas de reconocimiento para la teoría del derecho». Idem, p. 53.

de decisiones políticas en el Parlamento mediante la deliberación y el voto de la mayoría. En este sentido, la concepción de la democracia mayoritaria es el hilo que une todos los eslabones y les otorga sentido. De aquí que sea dificultoso encasillar a Waldron en una teoría filosófica determinada, aunque sí es posible afirmar que Waldron defiende el procedimiento, la forma, como aspecto preponderante en una sociedad que discrepa sobre cuestiones de fondo, razón por la cual, como se indicó en un comienzo, puede ser denominado como un *procedimentalista epistémico*<sup>1193</sup>.

Bajo el halo de dicha reflexión pueden vislumbrarse los siguientes corolarios filosóficos. A partir de la teoría de la autoridad de Thomas Hobbes fundamenta la legitimidad del Parlamento como autoridad que tiene la última palabra para superar los desacuerdos. Desde la noción de las *cargas de juicio* de John Rawls, encuentra la causa que enviste de sentido a su noción de los desacuerdos, y advierte la necesidad de que los mismos sean tenidos en cuenta en el procedimiento de toma de decisiones políticas, al tiempo que reconoce la importancia de elaborar un método equitativo que sea tenido como legítimo por sus miembros. En relación a la idea del Parlamento de John Locke postula, por un lado, la viabilidad de dicha institución para canalizar los desacuerdos y, por el otro, analiza la necesidad de que existan ciertos límites a la voluntad de los legisladores, aunque en este sentido, debido a su concepción dinámica de los derechos, termina siendo más liberal que el propio Locke. Por último, con respecto al utilitarismo de Jeremy Bentham, Waldron señala la importancia que tiene la legislación para erigirse como la representación del derecho más adecuada con la democracia. Al mismo tiempo, comparte ciertos postulados del pensador inglés referidos a la inviabilidad de la constitucionalización de los derechos fundamentales y, también, la ineficacia de la actividad jurisprudencial —que en Waldron se concreta en la objeción al control judicial de constitucionalidad fuerte— para lograr una comunidad armónica y respetuosa del autogobierno del pueblo.

---

<sup>1193</sup>Cfr. GARGARELLA, MARTÍ, “Estudio Preliminar...”, p. XX.

### III-DESCRIPCIÓN Y CRÍTICA AL PROCEDIMENTALISMO DE WALDRON

Luego de analizados los postulados filosóficos más importantes que subyacen en el pensamiento político de Waldron, es menester detallar los aspectos relevantes de su procedimiento de toma de decisiones políticas. Esto hará posible una ilación interrelacionada de las objeciones que se desprenden contra el andamiaje procedimental propuesto por el autor. Dichas objeciones serán analizadas en forma pormenorizada en la segunda parte del presente epígrafe general.

#### 1-PROCEDIMIENTO DE TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS EN WALDRON

##### 1.1-Nociones generales: el procedimiento político

En la teoría política general de Waldron el desacuerdo sobre cuestiones sustanciales de gobierno tiene una relevancia liminar en su teoría política. El autor analiza las cuestiones que lo motiva concluyendo que se debe a la existencia de una sociedad moderna marcada por el pluralismo, y que se caracteriza por la existencia de lo que Rawls denomina *cargas de juicio*. Aparte de indagar sobre las fuentes del desacuerdo, también describe que existen dos características que lo enmarcan: la *persistencia o imposibilidad* de que sean resueltos de una manera definitiva y la *inminencia o urgencia* de que sean abordados a fin de que se tome una decisión al respecto que pueda satisfacer las demandas sociales existentes<sup>1194</sup>.

La mencionada noción del desacuerdo se encuentra en línea con la concepción que el autor tiene de la objetividad –moral y sustancial–. En este sentido, puesto que los desacuerdos no desaparecerán porque las cuestiones que los legisladores deben resolver son complejas, sostiene que en términos prácticos tiene poca importancia preguntarse por la objetividad. De este modo, defiende que en el plano ontológico afirmar la existencia de una verdad objetiva, inequívoca, sobre cuestiones de

---

<sup>1194</sup>Cfr. DD, pp. 14-15, 142.

fondo, que puedan imprimir un carácter ético sobre las decisiones tomadas no resuelve los problemas, porque incluso cuando exista los individuos seguirán discrepando. De la misma manera, según el autor, aun cuando pueda pensarse que existe una objetividad que esté más allá de los juicios individuales de los legisladores, no existe un procedimiento inequívoco para cerciorarla, aunque inevitablemente deba aceptarse uno. Por consiguiente, en principio, Waldron parece desinteresado en la existencia de verdades objetivas tanto en el plano ontológico como en el epistemológico<sup>1195</sup>.

A partir de la imbricación entre las nociones de *desacuerdo* y *objetividad* puede entenderse cómo el autor concibe a los derechos individuales. Estos se encuentran sujetos a discrepancias tanto en lo que son como en su fundamento, y abarcan cuestiones que son verdaderamente controversiales como las referidas al aborto, eutanasia, discriminación, tortura, entre otras. En Waldron no existen verdades sobre derechos. Así, por ejemplo, no afirma –aunque tampoco la niega– la existencia de *bienes fundamentales básicos* que deban ser protegidos, aunque desde su filosofía procedimental poco interés tendría hacerlo. El autor, simplemente, postula que los derechos son importantes porque protegen intereses de los individuos que les permite vivir en democracia. En este sentido, los derechos y la democracia, son dos categorías que se encuentran íntimamente relacionadas, tal es así que clasifica los derechos como aquellos que son constitutivos de la democracia, aquellos que son condiciones necesarias de la democracia y aquellos que no entran en ninguna de dichas categorías<sup>1196</sup>.

Es aquí en donde el concepto de la democracia adquiere importancia en el modelo político de Waldron. La cual también es un concepto que se encuentra sujeto a desacuerdos, no obstante, el autor defiende una concepción determinada de la misma que denomina *democracia mayoritaria*. En sencillas palabras, consiste en que el pueblo, mediante sus representantes, se gobierna a sí mismo y toma sus decisiones políticas a través de la deliberación y el voto de la mayoría. Sin embargo, entrando en detalles, dicha noción se diferencia de los demás métodos de toma de decisiones porque trata a cada uno de los individuos –de las diferentes voces– de una manera equitativa. Aquí el procedimiento de toma de decisiones adquiere trascendencia en la forma de gobierno aceptada, al punto que podría decirse que en Waldron la *democracia mayoritaria* es una democracia formal más que sustancial – si bien los derechos como materia de fondo son importantes, estos se encuentran

---

<sup>1195</sup>Cfr. Idem, pp. 334-335; 221-222.

<sup>1196</sup>Cfr. Idem, pp. 14-15.

sujetos a discrepancias, las cuales se resuelven mediante un método determinado—<sup>1197</sup>.

En este sentido, Waldron analiza cómo debe ser el procedimiento de toma de decisiones en una democracia mayoritaria. Así, en línea con el pensamiento de Locke, postula que el mismo debe darse en el Parlamento —institución democrática por antonomasia— donde se encuentran representadas las distintas voces del pueblo. De aquí que se lo entienda como una usina de desacuerdos, en donde las diferencias son sopesadas. En esta línea, el profesor propone que los filósofos políticos estudien cuestiones concernientes a la estructura y funcionamiento del poder legislativo y no se reduzcan solo a reflexionar sobre los avatares de los tribunales judiciales. En este sentido, en cuanto al procedimiento parlamentario hay dos cuestiones a destacar. La primera, la necesidad de que los individuos tomen en serio las posiciones disidentes puesto que nadie se encuentra en contacto con la verdad —lo cual se encuentra vinculado con el respecto a los derechos de las minorías—. La segunda, que la deliberación sea de buena fe y de manera reflexiva de tal modo que las cuestiones a tratar sean tomadas con responsabilidad, no solo por los efectos que pueden tener los resultados finales en la vida de las personas sino también por el trato digno que todo individuo merece<sup>1198</sup>.

Este aspecto se encuentra relacionado con un concepto que en Waldron termina por ser el fundamento último de su andamiaje político: la dignidad humana. En este sentido, como se observará, el autor la analiza desde la implicancia que la misma tiene en el plano político. De ahí que la identifique con la ciudadanía jurídica o, más bien, con un *status* o rango elevado en virtud del cual las personas pueden involucrarse en la vida política y deliberar sobre aquello que les afecta, como podía hacerlo la alta nobleza de antaño. Por eso, Waldron trabaja un derecho en particular por encima de los demás, esto es, el derecho a la participación política, y lo concibe como la mayor manifestación de la dignidad en el campo de la *res publica*. Una vez más, el concepto de la dignidad humana no tiene una raíz metafísica, sino constructiva, de ahí que el derecho entendido como creación artificial sea un elemento idóneo para investir a los individuos de un *status* elevado de dignidad<sup>1199</sup>.

En conclusión, explicado lo anterior, puede entenderse por qué la legislación tiene un sentido prioritario en el pensamiento del autor al punto que subraya la existencia de una *dignidad de la legislación*. En sintonía con Bentham, considera

---

<sup>1197</sup>Cfr. Idem, p. 131.

<sup>1198</sup>Cfr. Idem, p. 203.

<sup>1199</sup>Cfr. DLD, p. 93.

que la legislación no es solo una actividad o un conjunto de productos que emanan del Parlamento, sino que la misma es la mayor expresión del derecho que existe en democracia. Y esto se debe a dos cuestiones. Primero, en que a través de la misma es posible canalizar los desacuerdos, aquello que divide a los individuos y los interpela –de ahí que la misma no se inmutable y se encuentra supeditada al voto de las mayorías–. Segundo, porque mediante la misma es posible regular los procedimientos de toma de decisiones políticas y también organizar la vida de las personas en democracia. Así, la legislación tiene una *pretensión de autoridad* sobre todos los individuos, incluso ante aquellos que se encuentran en discrepancias con su contenido, porque fue aprobada mediante un procedimiento respetuoso de toma de decisiones políticas en donde todas las voces participaron de una manera equitativa. De este modo, puede apreciarse que en los términos de Waldron la legislación no puede entenderse sin el procedimiento parlamentario. Así, la misma es el producto de un conjunto de individuos que tienen la capacidad de reflexionar procedimentalmente y que se esfuerzan por llegar a un curso de acción común. Es ahí en donde reside la dignidad de la legislación y la razón por la cual la misma es un elemento constitutivo de la democracia<sup>1200</sup>.

## 1.2-Nociones particulares: puntos críticos

Una vez analizados los aspectos más preponderantes del pensamiento político de Waldron desde un punto de vista filosófico, y también integrativo, es meritorio destacar cuáles son los puntos críticos que emergen de su propuesta política procedimental. En este sentido, es meritorio resaltar que las dos categorías más importantes de la teoría política del autor son el procedimiento parlamentario –del cual deriva la legitimidad de la legislación– y la objetividad. Si bien esta última categoría no es abordada con detalle sí tiene un efecto considerable en las conclusiones concernientes a otras como desacuerdos, derechos individuales, democracia, dignidad humana y control judicial de constitucionalidad fuerte. De este modo, se describirá de una forma interrelacionada las objeciones sobre las categorías mencionadas y luego se las abordará pormenorizadamente en los próximos epígrafes.

Con respecto a los desacuerdos sustanciales, estos se erigen como el problema y, por consiguiente, el punto de partida al cual Waldron trata de dar una respuesta. El autor se esmera por tratar de analizarlos a la luz de las diferentes perspectivas que existen en una sociedad contemporánea, y si bien intenta abrazarlas a todas y ser respetuoso de cada una de ellas, este objetivo lo conduce a un desafío considera-

---

<sup>1200</sup>Cfr. DD, p. 123; Cfr. MACHADO MARTINS, “La última...”, p. 444.

ble: ¿cómo dirimir una respuesta que sea legítima en términos democráticos cuando su contenido es antagónico para una parte de los individuos? Por consiguiente, para Waldron abordar los desacuerdos conlleva a no aferrarse a una única respuesta correcta en términos sustanciales –a diferencia de la propuesta de Dworkin–. Esto genera que, en cierto aspecto, su pensamiento político linde con el pragmatismo, con una solución que funcione en el campo práctico aun cuando el precio roce la inmoralidad. Así, la solución que encuentra el autor es apoyarse en la legitimidad procedimental y dejar de lado lo sustancial, es decir, aquello que genera discrepancias imposibles de resolver. De este modo, la pregunta no se hace esperar: ¿hasta qué punto puede prescindirse de una ética con respecto al contenido de las respuestas? ¿Cuál es el límite de la legitimidad procedimental?<sup>1201</sup>

El núcleo del desacuerdo lo lleva a Waldron a abordar la idea de la dignidad humana. Se trata de un concepto que se encuentra en tela de juicio cuando debe abordarse algún tema sensible que divide a la sociedad como el aborto, la eutanasia o la discriminación racial. Waldron, una vez más, es fiel a su idea de que los conceptos deben abordarse desde una perspectiva procedimental, puesto que aun la misma noción dignidad también se encuentra sujeta a discrepancias. Su propuesta es que la dignidad humana es importante porque su reconocimiento permite a los individuos relacionarse de manera respetuoso y equitativa, como seres dignos de ser escuchados a pesar de sus diferencias. La considera por tanto una noción pilar de la democracia mayoritaria<sup>1202</sup>. No obstante, dicha forma de concebir la dignidad no deja de ser controvertida: ¿qué sucede con aquellos individuos que no pueden ejercer una vida política activa? ¿Sus vidas se encuentran supeditadas al voto mayoritario de aquellos que sí pueden hacerlo? ¿Puede entenderse la dignidad como un concepto meramente procedimental exento de todo presupuesto contenuístico?

En relación al concepto de la dignidad humana, que incluye una visión bondadosa del individuo, se deriva el hecho de concebir a los legisladores como individuos que deliberan de buena fe, en forma comprensiva de las diferencias y tratando a sus pares con equidad, con prescindencia al partido político que adhieren y el con-

---

<sup>1201</sup>En este aspecto, David Estlund destaca el problema de adherir a un procedimentalismo dejando de lado razones morales sustantivas. Señala: «La equidad procesal es una forma de ser imparcial entre los intereses en competencia de las personas, incluso al producir un mandato o directiva que se adapte a los intereses de unos y no a los de otros. La equidad procesal se designa para el caso donde los únicos estándares de evaluación son, primero, los intereses de cada individuo, y segundo, el principio moral del trato imparcial. No se adapta bien a los casos en los que existe un estándar independiente de procedimiento de corrección moral que se aplica a la decisión que debe tomarse». Cfr. ESTLUND, “Beyond Fairness...”, p. 194, (la traducción es mía).

<sup>1202</sup>Cfr. DD, pp. 264-265.

tenido de sus decisiones<sup>1203</sup>. Esta concepción del ser humano deja traslucir una visión alejada de la realidad política, puesto que en los Parlamentos de las democracias contemporáneas es común que los legisladores decidan sus votos sin escuchar a las posiciones disidentes, teniendo en vista la concreción de los objetivos del partido político al cual adhieren. Partir del punto de que los legisladores acuden al Parlamento con el espíritu de tomar una decisión enriquecida y posible de ser transformada en razón a los aportes de los demás legisladores, sin tener en cuenta las debilidades a las que se encuentran sujetos, como la corrupción y la posibilidad de que ignoren los intereses de sus representados, es una visión que en cierta medida adolece de abstracción. Por consiguiente, es relevante considerar: ¿puede elaborarse una teoría de la toma de decisiones políticas sin una teoría ética de la actividad legislativa? ¿Son las debilidades de los representantes elementos a considerar como parte importante de la democracia?<sup>1204</sup>

Siguiendo con la mancuera del desacuerdo y el procedimiento, otra crítica que merece ser señalada es la que concierne a la regresión infinita de los desacuerdos. Esto es: en el pensamiento de Waldron existen desacuerdos sustanciales, los cuales se resuelven mediante un procedimiento determinado. No obstante, para decidir cuál es el procedimiento adecuado es necesario un criterio sustancial, sobre el cual también existen desacuerdos. Por consiguiente, del hecho de que se discrepe sobre lo sustancial y lo procedimental se llega a la conclusión de que los desacuerdos permanecen en toda su extensión, con prescindencia de su categoría –sean de fondo o de forma–. De este modo, el problema irremediamente se extiende indefinidamente. Asimismo, esta lógica permite observar un segundo problema, porque Waldron no puede ignorar la necesidad de contar con un parámetro sustantivo –como la equidad– para fundamentar por qué un procedimiento es más apto que los demás, lo que contradice su teoría de la autoridad enfocada solo en lo formal<sup>1205</sup>.

Otro punto a considerar con respecto a las discrepancias en la política se encuentra vinculado con la idea de derechos. En este sentido, para nuestro autor los derechos tienen una importancia liminar en un sistema democrático, en especial, aquellos que se encuentran relacionados en forma directa con el procedimiento de toma de decisiones parlamentarias –como, por ejemplo, el derecho de participación política, la libertad de expresión y asociación– que funcionan como condiciones ne-

---

<sup>1203</sup>Idem, pp. 21-23.

<sup>1204</sup>Cfr. José Juan MORESO, “Derecho y justicia procesal imperfecta”, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, N° 1 (2000) 15, pp. 36-38.

<sup>1205</sup>Cfr. GARGARELLA, MARTÍ, “Estudio Preliminar...”, p. XXVI.

cesarias. No obstante, esta importancia sobre los derechos debe entenderse en el marco de la teoría política general del autor en virtud de la cual no hay derechos objetivos –en sentido fuerte– y los desacuerdos se extienden sobre todos de tal forma que siempre persistirán. Así, si bien una premisa del autor es que el derecho a la participación política es el *derecho de los derechos*, porque justamente, su concreción dentro del recinto parlamentario deviene en un medio para abordar los desacuerdos que conciernen a los demás derechos<sup>1206</sup>. Sin embargo, no se puede ignorar ciertas controversias: si el derecho a la participación política es objeto de desacuerdos ¿basta su concepción como *medio oportuno para abordar las discrepancias* para concebirlo con predilección sobre los demás? Otro problema es qué sucede con los derechos que están al margen de la democracia –como el derecho a la vida, educación, libertad religiosa, entre otros–. ¿Se encuentran subordinados a aquél? Una tercera pregunta: ¿existe la posibilidad de pensar en derechos objetivos con prescindencia de la concepción democrática que se tenga?

Siguiendo esta línea, otra crítica relacionada a la forma que tiene el autor de entender a los conceptos morales y políticos es la que respecta al concepto de pueblo, el cual es un elemento fundamental de su teoría sobre la democracia y subsiguientes críticas al control de constitucionalidad fuerte. Así, se puede decir que su noción de pueblo también es controversial. La misma abarca a los ciudadanos ordinarios –aquellos que no tienen investiduras políticas como legisladores, jueces, entre otros–, siempre y cuando se encuentre circunscripto a una generación determinada. Así, por ejemplo, el electorado actual que elige a sus autoridades sería el pueblo. Por consiguiente, hay un condimento temporal fuerte para el autor: un pueblo pasado no puede imponer restricciones constitucionales a un pueblo presente. Del mismo modo, destaca de manera positiva la investidura de los legisladores, quienes tienen credenciales democráticas suficientes para representar al pueblo, y rechaza la investidura de los jueces para decidir sobre la legislación como instancia última. Los jueces no solo no forman parte del pueblo sino que tampoco están autorizados a decidir por él como autoridad inapelable. Esta noción despierta críticas: ¿se puede negar a los legisladores y jueces la posibilidad de pertenecer al pueblo? Si los jueces no pueden tomar decisiones que modifiquen o sustituyan la legislación, ¿qué sucede cuando los legisladores deciden por mayoría y atentan contra los derechos de las minorías? ¿La mayoría parlamentaria puede decidirlo todo? ¿Y qué acontece cuando deciden contra el pueblo que los eligió sea como consecuencia de la corrupción o deficiencia de la representatividad?

---

<sup>1206</sup>Cfr. DD, p. 277.

En esta línea, otro aspecto a examinar relacionado con las críticas al procedimiento parlamentario se encuentra vinculado con la legitimidad de la legislación. En este sentido, si el procedimiento decisonal se encuentra sujeto a desacuerdos, esto traerá consecuencias en el producto que emane de él –la legislación–. Por consiguiente, su autoridad será controvertida. Así, por ejemplo, puede apreciarse una deficiente autoridad de la legislación sobre aquellos individuos que estaban en contra del procedimiento de toma de decisiones políticas –por ejemplo, porque consideraban que existen cuestiones sensibles que no pueden decidirse por una mayoría de votos–. Esto permite entrever que necesariamente es menester indagar sobre un postulado objetivo y sustantivo sobre el cual todo individuo estaría de acuerdo incluso cuando discrepe sobre el procedimiento de toma de decisiones. ¿Es posible pensar en un presupuesto sobre el cual todo ciudadano considere imprescindible para que la legislación aprobada tenga autoridad? En este aspecto, Hobbes consideraba que los decretos del soberano no pueden menoscabar la vida de sus súbditos, sumado al hecho de que deben ser adecuados para garantizar la paz y evitar una vuelta al estado de naturaleza. Aceptar esto, claramente, implica aceptar un postulado sustantivo más allá de toda discrepancia, a lo cual Waldron no parece adherir.

Por último, luego de efectuadas las críticas mencionadas, es necesario pensar si acaso no existen determinadas verdades objetivas que se encuentren implícitas en el procedimiento político postulado por Waldron. Si bien, como se indicó precedentemente, el autor no reconoce expresamente ningún postulado objetivo como valioso, se observará que necesariamente debe reconocer –casi como dogmas– tres verdades objetivas para que su modelo político tenga sentido. En primero lugar, la posibilidad de que exista una decisión que sea verdadera aun cuando sea construida por los legisladores. Esta es la razón por la cual los legisladores se reúnen en el recinto<sup>1207</sup>. En segundo lugar, la posibilidad de conocer tal decisión verdadera mediante un procedimiento político determinado<sup>1208</sup>. Y, finalmente, la aceptación de una premisa de carácter democrática, esto es, aceptar que el electorado es el único sujeto que atribuye credenciales democráticas a sus representantes mediante una elección directa y por el voto de la mayoría. La tenencia de credenciales democráticas es el elemento que dota de autoridad a la legislación<sup>1209</sup>. Como se observará, estas premisas posibilitan la comprensión de un último fundamento objetivo que subyace en el pensamiento del profesor: la necesidad de concebir a los individuos como

---

<sup>1207</sup>Cfr. José Luis MARTÍ, “The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness, and Equal Political Autonomy”, en *Deliberative Democracy and its Discontents*, Samantha BESSON y Jose Luis MARTÍ (eds.), Ashgate, Hampshire, 2006, p. 34.

<sup>1208</sup>Cfr. Idem, p. 35.

<sup>1209</sup>Cfr. DD, pp. 199-200; Cfr. WALDRON, “The Core of the...”, pp. 1371-1372.

*capaces de deliberar procedimentalmente*. Sin este presupuesto ningún procedimiento o ley tendría sentido<sup>1210</sup>. Por consiguiente: ¿hasta qué punto Waldron puede extender los desacuerdos sustanciales? Necesariamente se encuentra con ciertos límites ontológicos y epistémicos que menoscaban uno de sus postulados más importantes, su noción de desacuerdos y la profecía de que no desaparecerán y, por consiguiente, que no hay nada seguro.

## 2-CRÍTICAS AL MÉTODO PROCEDIMENTAL

Bajo el presente epígrafe se analizarán las aporías que padece el modelo de toma de decisiones de Waldron, las cuales fueron detalladas en el epígrafe anterior. Las mismas ponen en tela de juicio el procedimiento propuesto por el autor para fortalecer la democracia. Como se observará uno de los puntos más problemáticos que presenta su propuesta consiste en la falta de una objetividad fuerte que pueda dotar a sus postulados de solidez. Esto dificulta que pueda determinarse qué método es idóneo para resolver cuestiones sustanciales y, a su vez, supedita a la libre voluntad de las mayorías las concepciones de valores importantes para una vida en democracia –como la dignidad humana y los derechos–, lo que pone en riesgo la solvencia de su modelo.

### 2.1-La dignidad formal

La dignidad humana es un concepto fundamental en el pensamiento político de Waldron. El mismo se encuentra vinculado con su concepción de la democracia mayoritaria y consecuente teoría de la toma de decisiones políticas. En este sentido, el autor entiende la dignidad como un *status de rango elevado* que comparten todos los individuos, siendo los derechos, privilegios y responsabilidades sus manifestaciones<sup>1211</sup>. Puede observarse una adherencia a los postulados de Gregory Vlastos, quien como explica Waldron, sostuvo que «(...) en lugar de organizarse como una sociedad sin noblezas o rangos, las personas se auto-organizan de una manera semejante a la de una sociedad aristocrática que tiene un único rango –un rango altísimo para todas ellas–»<sup>1212</sup>. Por consiguiente, para Vlastos las castas no fueron

---

<sup>1210</sup>Cfr. DD, pp. 353-354.

<sup>1211</sup>Cfr. DLD, pp. 48, 127.

<sup>1212</sup>Idem, p. 126. Véase que en la concepción de la dignidad humana señalada por Waldron puede apreciarse cierta evocación a John Locke, aunque el autor prescinde del aspecto teológico. En este sentido, expresa el pensador inglés en relación a la condición de los hombres en el estado de naturaleza: «Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a sa-

abandonadas por completo sino que actualmente existe una casta de alta jerarquía, al punto de que es posible concebir a un hombre como un duque y a una mujer como una reina, por lo que detalla que a cada individuo debe otorgársele un respeto como si perteneciese a una alta nobleza<sup>1213</sup>. Siguiendo la misma línea, Waldron advierte que esta universalización de un *status* igualitario no debe entenderse como una universalización vacía, sin sentido, sino que debe considerarse en su rango elevado «en tanto cada uno de los millones se trata a sí mismo –y a todos los demás– como un epicentro de respeto y una fuente autogeneradora de demandas morales y jurídicas»<sup>1214</sup>.

En este sentido, puede apreciarse que la concepción de la dignidad en Waldron no es entendida como el fundamento de los derechos, o como una condición especial de la cual se derivan derechos y obligaciones, rasgo que puede encontrarse en los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos. El autor advierte que existen discrepancias sobre el concepto de la dignidad humana. Así, señala que es común entenderla como el fin de los derechos, la fuente de aquellos o como su contenido. Del mismo modo, advierte que también existe incertidumbre sobre lo que debe entenderse por *fundamento de los derechos*<sup>1215</sup>. Indica «personalmente dudo de que los derechos tengan un único fundamento, ya sea la dignidad, la igualdad, la autonomía, o –como han sostenidos algunos– la seguridad»<sup>1216</sup>.

De este modo, el profesor se aparta de la concepción tradicional de la dignidad<sup>1217</sup> y adhiere a una concepción de matriz constructivista en donde el derecho tiene un rol protagónico. Es aquí que sostiene:

---

ber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona. Es también un estado de igualdad, dentro del cual todo poder y toda jurisdicción son recíprocos, en el que nadie tiene más que otro, puesto que no hay cosa más evidente que el que seres de la misma especie y de idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin subordinación ni sometimiento, a menos que el Señor y Dueño de todos ellos haya colocado, por medio de una clara manifestación de su voluntad, a uno de ellos por encima de los demás, y que le haya conferido, mediante un nombramiento evidente y claro, el derecho indiscutible al poder y la soberanía». LOCKE, *Segundo tratado*, p. 119.

<sup>1213</sup>Cfr. DLD, p. 126.

<sup>1214</sup>Idem, p. 91.

<sup>1215</sup>Cfr. Idem, pp. 36, 48.

<sup>1216</sup>Idem, p. 48.

<sup>1217</sup>Cfr. Idem, p. 50. Téngase por concepción tradicional de la dignidad humana, aquella que la concibe como el fundamento de los derechos humanos, en línea con el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que expresa: «Los Estados Partes en el presente Pacto, considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los

Obviamente, la idea de que todos somos iguales ante la ley es una suerte de ficción. Pero no debemos olvidar la sugerencia que hice en el capítulo anterior, de que la dignidad puede ser una construcción antes que algo natural. Yo diría que uno de los principales mecanismos que usamos para construir esa igual dignidad ante la ley es el artificio de la representación jurídica<sup>1218</sup>.

En esta línea, entiende a la dignidad como una noción de carácter jurídico, alejada de la moral, y advierte siguiendo a Raz que la misma fue importada desde el derecho por filósofos para imbuir de sentido a ideas morales como el valor o respeto. Así, expresa:

Si es el caso que ha sido importada desde el derecho para cumplir esta función constructiva, entonces lo mejor que podemos hacer es mirar primero en la teoría del derecho para descubrir algo sobre estas ideas propiamente jurídicas de las cuales los filósofos morales se han apropiado<sup>1219</sup>.

En este sentido, Waldron despoja a su noción de la dignidad del carácter moral –por ejemplo, como la entiende el cristianismo o el judaísmo–, y afirma que «el derecho crea, contiene, cubre y constituye ideas como estas, no las toma simplemente prestadas de la moral»<sup>1220</sup>. Y, en forma más nítida, señala que «no es una buena idea tratar a la dignidad como una noción primariamente moral, o dar por sentado que una reconstrucción filosófica de la dignidad necesariamente debe partir desde la filosofía moral»<sup>1221</sup>. Con base en dichas premisas, al concebir la dignidad como *status* o rango elevado concluye que «el concepto de status tiene una naturaleza jurídica»<sup>1222</sup>, y que, por consiguiente, los fundamentos de un sistema legal se identifican con elementos jurídicos. Por eso, Waldron se propone elaborar una genuina teoría jurídica sobre la dignidad<sup>1223</sup>.

Desde esta perspectiva constructiva, la dignidad entendida como rango elevado es *atribuida* a cada individuo que forma parte de la comunidad, la cual se manifiesta en los derechos fundamentales que le son reconocidos como propios. En este aspecto, el derecho adquiere un rasgo importante para circunscribir la dignidad.

---

miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables (...). Convienen en los artículos siguientes (...)).

<sup>1218</sup>Idem, p. 93.

<sup>1219</sup>Idem, p. 44.

<sup>1220</sup>Idem, p. 45.

<sup>1221</sup>Ibidem.

<sup>1222</sup>Idem, p. 44.

<sup>1223</sup>Idem, p. 45.

Así, precisa que la misma puede entenderse como una *ciudadanía jurídica*<sup>1224</sup>. En este aspecto, es meritoria la reflexión que efectúa el autor sobre la ciudadanía en la Grecia Antigua con base en palabras de Hannah Arendt:

Los atenienses adoptaron como principio jurídico la obligación de tratarse los unos a los otros como iguales, no porque tuviesen una convicción moral sobre la igualdad real entre ellos, sino porque un principio como ese hacía posible una forma de comunidad política que de otra forma no podrían tener. Para involucrarse en la actividad común de la política, la comunidad creó para cada miembro una persona artificial —el ciudadano— que podía tomar el lugar de cada uno en el espacio público, presentándolos como iguales para efectos políticos. La comunidad lograba esto a través de técnicas artificiales como el derecho igualitario a hablar en las asambleas, la igualdad de sufragio, la elegibilidad igualitaria para ser convocado como miembro de un jurado, etcétera. La dignidad humana puede operar de la misma manera. Su reconocimiento por el derecho tiene un punto, pero ese punto no necesariamente se encuentra en una dignidad moral subyacente<sup>1225</sup>.

De este modo, a partir del entendimiento de la dignidad humana en Waldron, la cual se identifica con un *status de rango elevado*, de raigambre eminentemente jurídica que se materializa entre los individuos como una especie de ciudadanía jurídica, es posible dilucidar ciertos puntos críticos.

En primer lugar, en el nivel de los postulados filosóficos puede observarse que el hecho de que el autor conciba una noción de la dignidad de matriz constructiva, implica que la misma no debe entenderse como una realidad inherente al individuo por su simple condición de ser humano. En este sentido, el hecho de que Waldron enfatice que existen desacuerdos sobre los fundamentos de los derechos individuales y, en particular, sobre el concepto de la dignidad humana, deja entrever la posibilidad de pensar en una ciudadanía que tenga un carácter diferente al que pueda decidir el voto de la mayoría parlamentaria. En Waldron no tienen sentido las esencias, puesto que siguiendo la lógica del autor, en caso que existan, no finiquitarían los problemas concernientes a cómo concebirlas de una manera inequívoca.

---

<sup>1224</sup>Cfr. Idem, p. 92. Con respecto a la noción de la dignidad humana identificada con la ciudadanía jurídica son relevantes las siguientes palabras de Waldron: «Lo que tengo en mente es algo parecido a la idea de ciudadanía invocada por T.H. Marshall en su famoso libro *Citizenship and Social Class*, donde se preocupó de identificar diferentes facetas de la ciudadanía en la sociedad moderna». Ibidem.

<sup>1225</sup>Idem, p. 51.

Por consiguiente, la dignidad es construida por los miembros de una comunidad, principalmente mediante la legislación y en forma subordinada por medio de las sentencias a través de las cuales se reconocen los derechos de los individuos<sup>1226</sup>. En este sentido, una vez más corresponde resaltar que en el pensamiento de Waldron la dignidad es *atribuida*, como se mencionó precedentemente. Se encuentra identificada con «el rango elevado o dignidad atribuida a cada miembro de la comunidad y vinculado con sus derechos fundamentales (...)»<sup>1227</sup>. Por tanto, la dignidad no solo es un concepto que adolece de vaguedad en virtud del cual es necesario elaborar una teoría que la resuelva, sino que también es un concepto que se encuentra al alcance de todos y que, por ende, muta, cambia en su contenido, fundamento e implicancia. De aquí que el autor subraya como un rasgo importante de la misma el ejercicio del derecho a la participación política, y el reconocimiento de la capacidad reflexiva y deliberativa de los individuos, que es lo que permite ser ciudadano activo de un país o, por lo menos, es lo que se deduce del *exemplum* de la antigua Grecia. Por consiguiente, la crítica que se vislumbra es la siguiente: ¿es ético entender a la dignidad humana como un concepto de matriz constructiva cuya génesis se deriva de un procedimiento específico de carácter legislativo o judicial? ¿Es correcto en términos democráticos entenderla como un concepto de contenido meramente procesal? En este sentido, no se puede negar que dicha concepción despierta ciertas inquietudes, y una de ellas puede condensarse en el siguiente interrogante: ¿qué sucede con aquellos individuos que en una sociedad determinada están excluidos para participar en la vida política?

En segundo lugar, puede advertirse una crítica que tiene como objeto a la llamada *sociedad de los excluidos*. En este sentido, el concepto de la dignidad humana aspira extenderse sobre todos, es decir, a una horizontalidad democrática. No obstante, adolece de una verticalidad democrática. Así, si la dignidad se entiende como ciudadanía jurídica, y esta se caracteriza principalmente porque permite ejercer derechos políticos y actuar de una forma activa en el ejercicio del autogobierno, entonces hay un conjunto de individuos que por no poder concretar dichos derechos

---

<sup>1226</sup>Véase que en el capítulo 6° de su obra, *Democratizar la Dignidad*, el autor aborda una serie de casos vinculados a la dignidad humana, concernientes a tópicos como prostitución, lanzamiento de enanos, tortura, discriminación racial, terrorismo, entre otros. Pueden encontrarse: *Rodríguez v. British Columbia (AG)*, 3 S.C.R. 519 (1993); *Cárter v. Canada (AG)*, 5 SCC (2015); Corte Suprema de Israel, Public Committe Against Torture in *Israel v. Government of Israel*, 769/02 (2005); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958), (voto disidente del magistrado Frankfurter); *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012). También véase: Comité de Derechos Humanos (Naciones Unidas), Comunicación N° 854/1999, *Wackenheim c. Francia* (dictamen aprobado el 15 de julio de 2002, en el 75° período de sesiones), en *Informe del Comité de Derechos Humanos*, volumen II, Asamblea General, Documentos Oficiales, 57° período de sesiones, Suplemento N° 40, Ginebra, 2002. Cfr. DLD, pp. 230-258.

<sup>1227</sup>Idem, p. 51.

y responsabilidades quedan al margen de la sociedad –carecen de dignidad en el sentido más propio que postula Waldron–. Estos son, los niños por nacer, las personas con discapacidades graves, las que se encuentran en cuadros médicos complejos, en definitiva, aquellas que no pueden decidir y valerse por sí mismas<sup>1228</sup>. De hecho, del pensamiento del autor se desprende que estos problemas son complejos y deben ser decididos por la sociedad. Por lo que el problema se encuentra reconocido y abierto, lo cual es una consecuencia de concebir a la dignidad como un concepto de matriz constructiva, mutable en cuanto a su contenido, que está a disposición del voto de la mayoría<sup>1229</sup>. En este aspecto son relevantes las palabras de Serna:

Pretender que la libertad humana se pueda extender legítimamente hasta incluir un supuesto derecho a privar de la vida a otros seres humanos sólo se explica por una comprensión defectuosa de la dignidad de la persona humana, por una parte, y de la libertad que le es connatural, por otra. Esta pretensión hace necesario negar la dignidad de las víctimas y, simultáneamente, ampliar el alcance del uso legítimo de la libertad a quienes llevan a cabo la agresión. El concepto de dignidad personal que se requiere para ello es aquel que la identifica con la autonomía, o una variante del mismo consistente en identificarla con la capacidad de comunicación verbal efectiva<sup>1230</sup>.

En tercer lugar, toda vez que Waldron entiende la dignidad como un *status* elevado con pretensión de universalidad horizontal, puede observarse que para él la dignidad –lejos de ser el fundamento de los derechos– comparte un mismo núcleo con los derechos, es decir, estos últimos son la expresión de aquella. Este corolario pareciera que no aporta mayor relevancia práctica, puesto que según el autor la dignidad sigue siendo un concepto valioso. No obstante, los interrogantes que entonces afloran, son: ¿cuál sería el fundamento de los derechos individuales? ¿Tiene sentido preguntarnos por encontrarlo? En este aspecto, mediante la identificación de la idea de dignidad con la de ciudadanía, la cual es consecuencia de una creación artificial a través de un acto jurídico, el autor ignora el problema de fondo, el problema moral. Sin embargo, el problema sigue presente. En esta línea, siguiendo el

---

<sup>1228</sup>Cfr. SERNA BERMÚDEZ, “El derecho...”, p. 26. En este sentido, téngase presente que Waldron postula que ciertas cuestiones como el aborto, la eutanasia, dividen a la sociedad y deben ser abordadas entre todos. Es decir, deja el tema de fondo en suspenso y no toma una posición definida con respecto a la dignidad de los *excluidos* para evitar ser encuadrado en una posición moral determinada. No obstante, defender el procedimiento por encima de la sustancia, también es una posición moral, el autor toma partido y lo correcto para él es lo que decide el voto de la mayoría –aun en cuestiones sobre la dignidad humana–. Cfr. DLD, pp. 60-63, 145.

<sup>1229</sup>Cfr. DLD, pp. 60-61, 145; Cfr. DD, pp. 20, 131.

<sup>1230</sup>SERNA BERMÚDEZ, “El derecho...”, p. 35.

*exemplum* de la dignidad en Grecia, la misma es valiosa porque permite a los ciudadanos construir una comunidad política que de otra forma no podría originarse y subsistir, de lo que se deduce que no se reconoce una dignidad inherente en todos los individuos independientemente de la existencia de una comunidad política determinada. En el fondo, Waldron ignora este problema deóntico. Ignora que para explicar que una comunidad política determinada es mejor que otra en cuanto al reconocimiento de la dignidad de los individuos es necesario un postulado moral con base ontológica, una respuesta a qué es el ser humano. En otras palabras, su concepción de la dignidad termina siendo funcional a un modelo político –la democracia mayoritaria y deliberativa– lo cual se desprende de su teoría política general. Sin embargo, esta no es una posición neutral. Waldron intenta salir del reino de la moral, esquivar la pregunta sobre su fundamento, pero en la misma defensa de su concepción de la dignidad subyace una moral en cuanto a la preferencia de un modelo político determinado que otorga sentido a los demás conceptos políticos, porque privilegia las acciones de los hombres –sus funciones políticas– de lo que los hombres en verdad son.

Esta necesidad inevitable de un postulado moral fuerte permite llegar a una última objeción. En Waldron concebir el concepto de la dignidad como un *status* elevado implica que los individuos pueden decidir su contenido como *agentes epistemológicos* mediante un procedimiento determinado de deliberación y respeto mutuo. De esto se desprende que la dignidad humana y los derechos se encuentran sujetos a un procedimiento específico. Por consiguiente, una vez más, puede observarse que el procedimiento –la forma– tiene preponderancia sobre el contenido –la sustancia–. De allí, que la *capacidad de reflexionar procedimentalmente* sobre temas de fondo que Waldron reconoce a los individuos sea el rasgo preponderante de la dignidad como status elevado o alta nobleza. No puede negarse que esta noción hace ruido. ¿Puede el voto de la mayoría decidir qué nos hace dignos y cuáles son nuestros derechos fundamentales bajo el fundamento de que existen discrepancias? Este interrogante adquiere especial relevancia en temas sensibles relacionados a la bioética, en especial, al inicio y final de la vida humana.

En conclusión, en primer lugar, si bien la dignidad humana en Waldron aspira a una democratización horizontal de todos los miembros de la sociedad, en la medida en que enfatiza la potencialidad de los individuos, como podría ser, la capacidad de participar en la vida política, la dignidad deviene en un concepto que no termina por abrazar a todos. Así, el rango de ciudadano no es la concepción más adecuada para conceptualizar a la dignidad humana, puesto que inevitablemente algunos quedarán exentos de dicha investidura. En última instancia, el concepto de la dignidad humana del profesor neozelandés termina siendo funcional a su concepción de la democracia mayoritaria, la cual sirve como base a su modelo de toma

de decisiones políticas. No obstante, el precio que paga es su ineludible reduccionismo, el cual deriva del carácter constructivista que se le reconoce al concepto y su falta de objetividad fuerte basada en una ontología.

## 2.2-Crisis de la representatividad

El presente epígrafe indaga en uno de los puntos más intrincados del pensamiento de Waldron: la crisis de legitimidad democrática como consecuencia de la deficiente representatividad de los legisladores. En este sentido, en su teoría de la toma de decisiones políticas el autor considera al Parlamento como órgano supremo en donde descansa la voluntad del pueblo. Aspecto que fundamenta a partir de los postulados de Locke. Afirma que «siempre y en todo caso, el poder legislativo es el poder supremo mientras subsiste el gobierno, porque quien puede imponer leyes a otro, por fuerza ha de ser superior suyo»<sup>1231</sup>. La cualidad que otorga legitimidad a las decisiones del Parlamento es su capacidad para funcionar como una usina de desacuerdos y hacer converger en un espacio común las diferentes posiciones que existen sobre problemas colectivos. Por eso, Waldron expresa en respuesta a quienes objetan la figura del Parlamento como institución democrática:

Algunos menosprecian las credenciales democráticas de las leyes porque dudan de la representatividad democrática del Parlamento o del Congreso, o porque se quedan fascinados por las dificultades formales de la teoría de la elección pública, o simplemente porque no otorgan a la democracia otro valor que no sea instrumental o derivativo. A pesar de ellos, la mayoría de los estudios de la legislación consideran que la exigencia de legitimidad democrática, siempre que podamos justificarla, es el mejor argumento que se puede dar en favor de la autoridad de una ley. Puesto que las credenciales democráticas y representativas del Parlamento ofrecen por sí mismas la mejor razón que un tribunal o un ciudadano pueden tener para someterse a sus decisiones<sup>1232</sup>.

Sin embargo, como se sugirió al comienzo, a pesar de las ventajas intrínsecas del Parlamento, la premisa consistente en la legitimidad democrática del mismo tiene su talón de Aquiles en la posible falta de representatividad de sus legisladores que acontece en el campo práctico<sup>1233</sup>. Dicho problema es reconocido por Wal-

---

<sup>1231</sup>LOCKE, *Segundo tratado...*, p. 212.

<sup>1232</sup>DD, pp. 66-67.

<sup>1233</sup>Cfr. Pedro RIVAS PALÁ, *En los márgenes del derecho y el poder: crisis de la representación, clientelismo, populismo*, Tirant Humanidades, Valencia, 2019, pp. 17-18. Expresa Rivas con respecto a

dron en diversas oportunidades, aunque no indaga sobre el mismo con un espíritu crítico y tampoco lo entiende como una problemática a la que se merezca prestarle especial atención<sup>1234</sup>. De hecho, el punto de partida del profesor neozelandés es el contrario, es decir, no pone en duda la investidura ni el accionar de los legisladores ante determinadas circunstancias, sino que considera con cierta dosis de ingenuidad que los individuos convergen de buena fe, no dejándose llevar, en rasgos generales, por sus intereses egoístas. Por eso que expresa lo siguiente «(...) procederé en ese este libro bajo la presuposición de que las personas votan, con mayor o menor regularidad, según sus opiniones reflexivas e imparciales», aunque reconoce que «no se trata de una verdad invariable, pero una teoría normativa del derecho y de la política deber tener alguna aspiración, y ésta es la que yo asumo»<sup>1235</sup>. Esta noción guarda sintonía con la concepción que Locke tiene del hombre, aunque con diferentes matices de fondo, ya que el filósofo inglés parte de una corriente iusnaturalista según la cual los hombres, en un estado de naturaleza, actúan por medio de la razón en pie de igualdad, porque son «seres de la misma especie y de idéntico rango», como individuos creados por un mismo Señor, y tratan de cumplir los mandatos de la Ley Natural que enseña que «siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones»<sup>1236</sup>. Por consiguiente, sería erróneo suponer la existencia de una subordinación que los autorice a destruirse mutuamente, corolario que también encuentra fundamento en el reconocimiento de un amor mutuo que los obliga. Por eso, Locke detalla que el motivo por el cual los hombres se organizan y forman una sociedad política se debe a que naturalmente se sienten inducidos a desarrollar una camaradería entre sí para afrontar las necesidades y deficiencias propias de una vida en soledad<sup>1237</sup>.

En este sentido, ambos autores comparten una concepción bondadosa del hombre. Sin embargo, hay una diferencia preponderante entre ellos que se encuentra vinculada con el fin que los individuos persiguen una vez organizados en la so-

---

la idea de la representación política en un sistema democrático: «Es esta última no existe realmente un vínculo jurídico entre representantes y representados, lo que se concreta en la no revocabilidad del primero por los segundos y en la falta de responsabilidad ante ellos; así como en la ausencia de límites, en su obrar, impuestos por los representados. Pero además, se ha insistido en que la representación política no se produce frente a alguien o ante alguien (obviamente, tampoco ante los propios representados) a diferencia del mandatario propio del Derecho privado. De estos caracteres, precisamente, se induce la imposibilidad de hablar de na representación de la voluntad en el caso de la representación política, y la necesidad de su comprensión, en cambio, como una representación de intereses». Idem, pp. 17-18.

<sup>1234</sup>Cfr. DD, pp. 52-53.

<sup>1235</sup>Idem, p. 23.

<sup>1236</sup>LOCKE, *Segundo tratado...*, p. 120

<sup>1237</sup>Cfr. Idem, pp. 119-120, 126.

ciudad política, y que tiene efectos en lo que respecta al funcionamiento del Parlamento. Así, para el profesor neozelandés los legisladores se reúnen para abordar los desacuerdos y concebir una acción en común que permita dar respuesta a los problemas que afectan al pueblo<sup>1238</sup>. Sin embargo, para el filósofo inglés dicho fin –la deliberación y votación para forjar un *modus operandi*– no alcanza para legitimar el accionar de los legisladores, puesto que considera a la sociedad política como constituida a partir de un pacto entre los hombres que tiene un fin específico: conseguir la paz, la seguridad y el bien de la población. Es por eso que señala en el capítulo XI «Del alcance del poder legislativo» de su *Segundo Tratado*:

Siendo la alta finalidad de los hombres al entrar en sociedad el disfrute de sus propiedades en paz y seguridad, y constituyendo las leyes establecidas en la sociedad el magno instrumento y medio para conseguirla, la ley primera y fundamental de todas las comunidades políticas es la del establecimiento del poder legislativo, al igual que la ley primera y básica natural, que debe regir incluso al poder de legislar, es la salvaguardia de la sociedad y de cada uno de sus miembros –hasta donde lo permita el bien público—<sup>1239</sup>.

En este aspecto la diferencia es nítida. Para Waldron el fin del poder legislativo consiste en deliberar en forma respetuosa y ordenada, y tomar una decisión de buena fe que aborde el problema acuciante. Siendo este un objeto de carácter procesal que se erige como fin de la democracia, con prescindencia de la bondad de los resultados, porque para el autor, cuestiones como el bien, seguridad o paz social, se encuentran sujetas a discrepancias<sup>1240</sup>. Locke, por el contrario, no considera que existan disidencias en cómo entender dichas cuestiones sustanciales. Es más, considera que hacen al contenido mínimo que los legisladores deben respetar, y que se encuentra circunscripto al pacto social. Este contraste origina ciertas diferencias en cuanto a la legitimidad de las credenciales de los legisladores –y, por ende, en relación a la representatividad–. En Waldron, los legisladores actúan con legitimidad democrática siempre que cumplan con las formas respetuosas de deliberación y trato equitativo a los demás. En Locke, lo hacen en la medida que deliberan con respeto y salvaguardan las exigencias de la Ley Natural que contempla el pacto –razón por la cual fueron elegidos–.

---

<sup>1238</sup>Cfr. DD, pp. 18, 124.

<sup>1239</sup>LOCKE, *Segundo Tratado...*, p. 200.

<sup>1240</sup>Cfr. DD, p. 292.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

En este sentido, esta diferenciación también es relevante porque incide en los límites de la función legislativa. En Locke, es el mismo pueblo el que tiene la capacidad de deponer a sus legisladores en caso de que estos no se atengan a las cláusulas del pacto, es decir, en caso en que no actúen como representantes sino más bien siguiendo intereses meramente personales. Señala Locke:

En efecto, todo poder delegado con una misión determinada y una finalidad, encuéntrese limitado por ésta; si los detentores de ese poder se apartan de ella abiertamente o no se muestran solícitos en conseguirla, será forzoso que se ponga término a esa misión que se les confió. En ese caso, el poder volverá por fuerza a quienes antes lo entregaron; entonces, éstos pueden confiarlo de nuevo a las personas que juzguen capaces de asegurar su propia salvaguardia. De este modo, la comunidad conserva perpetuamente el poder supremo de sustraerse a las tentativas y maquinaciones de cualquier persona, incluso sus propios legisladores, siempre que sean estos tan necios o tan malvados como para proponerse, y llevar a cabo, maquinaciones contrarias a las libertades y a las propiedades de los individuos. Ningún hombre ni sociedad de hombres tiene poder para renunciar a su propia conservación, y por consiguiente, a los medios de conseguirla, entregando ese poder a la voluntad absoluta y a la soberanía arbitraria de otra persona<sup>1241</sup>.

Por consiguiente, el hecho de considerar como probable la existencia de una brecha entre el pueblo y los legisladores bajo el fundamento de que se ignora el fin común, establecido en un pacto político que éstos deben cumplir por exigencia de aquellos, deja entrever las fragilidades que pueden irrumpir en el poder legislativo aun suponiendo las bondades intrínsecas que el Parlamento posee como usina de deliberación y resonancia política. Waldron, por el contrario, parece hacer oídos sordos a esta vicisitud. De hecho, ante los filósofos que resaltan el peligro de la tiranía de las mayorías que puede menoscabar los derechos de grupos minoritarios, se extralimita, no efectúa una crítica a los peligros propios del Parlamento. Así, circunscribe de una forma restringida qué debe entenderse por *tiranía de las mayorías* –la cual requiere afectación de derechos y trato no equitativo en el procedimiento decisional–, sin dedicarse a reflexionar sobre cuáles son los mecanismos que pueden pensarse para que dicho flagelo pueda evitarse, o cuáles son los límites tangibles que un Parlamento no puede sobrepasar bajo efecto de que sus decisiones

---

<sup>1241</sup>Idem, p. 211.

sean nulas<sup>1242</sup>. En otras palabras, Waldron observa la tiranía de las mayorías como un concepto utilizado para criticar al Parlamento y no como una oportunidad para mejorar su funcionamiento. Por eso, no es errónea la suposición de que su modelo de toma de decisiones políticas parte de cierto idealismo legislativo. Del mismo modo, el autor se enfoca en las credenciales democráticas de los legisladores y reduce su importancia al momento de las elecciones, pero no considera que el *modus operandi* de los legisladores –por ejemplo, cómo deciden sus votos o forman alianzas–, y la sustancia de las decisiones que toman también cualifica a las credenciales democráticas. En caso contrario, las mismas devendrían en un ticket de entrada al recinto parlamentario por cuatro o seis años con goce de sueldo, licencias remuneradas y viáticos incluidos. En este sentido, su defensa del Parlamento, en cierta medida idealizada, tiene un porqué. Y es que considera que la falta de legitimidad democrática de los legisladores –sea como consecuencia de la tiranía de las mayorías, la menguada representatividad o la incompetencia política– es una bandera utilizada por los defensores del constitucionalismo para defender el control judicial de constitucionalidad fuerte de la legislación –mecanismo al cual Waldron se opone–. Por eso su esfuerzo no está enfocado en reconocer las debilidades del Parlamento, sino más bien en cómo este se encuentra en mejor situación democrática que los jueces para tomar decisiones políticas sustanciales que afectan a todos los ciudadanos. En otras palabras, el profesor neozelandés toma el ataque como estrategia y deja de lado el abordaje de las propias flaquezas de su modelo político, siendo que es a partir de las propias debilidades que puede construirse la mejor táctica argumentativa<sup>1243</sup>.

De este modo, en aras a evitar las críticas que dejan traslucir las flaquezas de su teoría política, Waldron reconoce que «ningún proceso de toma de decisiones será perfecto»<sup>1244</sup>. Por consiguiente, en su ensayo *The Core Against Judicial Review* evita indagar sobre los problemas propios del Parlamento y describe que sus argumentos en defensa del poder legislativo y consecuentes críticas al control judicial de constitucionalidad fuerte, deben entenderse a partir de una forma determinada de concebir la sociedad política:

---

<sup>1242</sup>Cfr. Idem, pp. 21-22.

<sup>1243</sup>Cfr. CGJ, pp. 119-122, 180-189. En este aspecto es meritorio mencionar que Waldron no efectúa una autocrítica a la actividad de los legisladores, aunque sí reconoce que pueden dejarse llevar por las pasiones y vulnerar los derechos de las minorías. Por su parte, Ronald Dworkin sí efectúa una autocrítica a los jueces en su modo que tienen de sentenciar y efectúa un abordaje sobre los errores en los que pueden caer. Véase: DS, pp. 192-198.

<sup>1244</sup>CGJ, p. 82.

Espero que establecer con precisión el argumento medular contra el control judicial de la legislación, más allá de sus consecuencias particulares, contribuya a superar parte de ese pánico. Es posible que el control judicial siga siendo necesario como medida protectora contra las patologías legislativas relacionadas con el sexo, la raza o la religión en algunos países. Pero aunque así fuera, es importante averiguar si ese tipo de defensa apunta al meollo del asunto o si, por el contrario, debería considerarse como una razón excepcional para abstenerse de seguir la tendencia de lo que, en la mayoría de las circunstancias, sería un convincente argumento normativo contra la práctica del control judicial<sup>1245</sup>.

Como se explicó en otros epígrafes el argumento central de Waldron contra el control de constitucionalidad fuerte se centra en las *razones de procedimientos*. Es decir, en cómo deben tomarse las decisiones de gobierno para que sean respetuosas de la democracia, las cuales son preponderantes en el Parlamento en comparación con los tribunales de justicia. No obstante, en esta ocasión, corresponde hacer énfasis en el punto de partida en virtud del cual el autor llega a las conclusiones que considera relevantes y acreditan su posición defensiva con respecto al poder legislativo. Este punto de partida se identifica con cuatro condiciones que considera que deben cumplirse para que su razonamiento tenga sentido. Razona:

Vamos a imaginar una sociedad con: (1) instituciones democráticas cuyo funcionamiento sea razonablemente correcto, incluido un poder legislativo representativo electo por sufragio universal de la población adulta; (2) un conjunto de instituciones judiciales que, a su vez, también presenten un funcionamiento razonablemente correcto, establecidas sobre bases no representativas y destinadas a escuchar demandas legales individuales, resolver disputas y mantener es Estado de derechos; (3) un compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad y de sus funcionarios con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y (4) un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe acerca de los derechos (por ejemplo, acerca del verdadero alcance del compromiso con los derechos y sus implicaciones) entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de los derechos<sup>1246</sup>.

En esta línea, Waldron parte de dos presupuestos que en la realidad se encuentran en controversia con el problema inicial de *la falta de representatividad* de

---

<sup>1245</sup>CCAJR, p. 1352. (Traducción obtenida de CGJ, p. 59).

<sup>1246</sup>Idem, p. 1360, (traducción obtenida de CGJ, p. 69).

los legisladores. Estos son, que las *instituciones democráticas funcionan razonablemente bien* –presupuesto primero–, y que las mayorías se encuentran comprometidas con los derechos de los individuos y grupos minoritarios –presupuesto tercero–. Según el autor, si se dan estas condiciones, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad fuerte pierde sentido, porque éste existe para contrarrestar y evitar los abusos que las mayorías pueden efectuar contra los derechos de grupos minoritarios. No obstante, la realidad concreta es que los peligros de abusos de corrupción, las conductas de legisladores perezosos y legislaturas que funcionan como cajas de resonancias de las que nada bueno puede salir existen y pueden acontecer cuando menos se lo espere. Basta con que aparezca una excepción dentro de la generalidad de situaciones para que el funcionamiento del control judicial tenga sentido y legitimidad democrática<sup>1247</sup>. Por tanto, partir del punto de que es improbable que se susciten conlleva a tener una visión reducida de la vida política de las democracias actuales. Es aquí que el modelo político de Waldron adolece de cierta abstracción, puesto que se encuentra construido a partir de premisas ideales que se toman como comprobadas en la realidad.

En definitiva, la falta una autocrítica al funcionamiento del poder legislativo acompañado de un punto de partida idealista, refleja una adhesión a medias al pensamiento de Locke. En otras palabras, Waldron reconoce el poder supremo del Parlamento para legitimarlo pero ignora sus debilidades, como la deficiente representatividad de los legisladores que termina por poner en juicio sus credenciales democráticas. Así, su noción ingenua del Parlamento deviene en una de las fragilidades con las que tropieza su propuesta de toma de decisiones políticas y mengua la credibilidad de sus argumentos contra el control judicial de constitucionalidad fuerte, sin perjuicio de que sus aportes ayuden a reflexionar sobre cómo pensar un control de constitucionalidad adecuado a los cánones de la democracia.

### 2.3-Circularidad entre derechos

El presente epígrafe tiene por objeto dilucidar una contradicción que existe en el pensamiento de Waldron entre su teoría general de los derechos individuales, y su concepción particular de un derecho que ocupa un lugar preferencial en su teoría: el derecho a la participación política. De esta manera, por un lado, el autor postula que los miembros de una sociedad contemporánea se encuentran en desacuerdo sobre cuestiones que conciernen a la naturaleza, extensión y fundamento de sus derechos. Y, por el otro, expresa que el derecho a la participación política, que tam-

---

<sup>1247</sup>Cfr. DD, pp. 85-86.

bién se encuentra sujeto a discrepancias, debe entenderse como una herramienta que permite abordar los desacuerdos de derechos y llegar a una respuesta común ante la necesidad inminente de resolverlos<sup>1248</sup>. De esta manera, la solución que Waldron plantea –el ejercicio del derecho de participación para superar los desacuerdos de derechos– esconde en su interior el mismo problema al que el autor intenta dar respuesta. Por consiguiente, si los individuos están en desacuerdo sobre el contenido de los derechos: ¿por qué hay uno de ellos que tiene que quedar afuera del desacuerdo o, por lo menos, debe entenderse como la solución a un problema generalizado? Este punto no termina de comprenderse, en especial, cuando el autor sostiene que en una democracia mayoritaria el derecho a la participación se encuentra por encima de los demás, al extremo de ser concebido como *el derecho de los derechos*<sup>1249</sup>.

Ante la presente objeción es meritorio analizar ciertas cuestiones. En primer lugar, cómo concibe el autor a los derechos individuales. En segundo lugar, en qué consiste el derecho a la participación. Y, en tercer lugar, cuál es la razón por la cual el derecho a la participación se esgrime como la herramienta preferente al problema del desacuerdo.

En esta línea, con respecto a su concepción de los derechos el autor postula que los mismos protegen intereses que son importantes para la vida en democracia, al tiempo que reconoce la dificultad existente para circunscribirlos. Explica:

Crear en los derechos es creer que ciertos intereses centrales de los individuos sobre la libertad y el bienestar merecen una protección especial, y que no deben ser sacrificados por la obtención de una mayor eficiencia o prosperidad o por cualquier agregación de intereses menos importantes bajo la etiqueta de bien común. (...) Cualquier teoría de los derechos debe enfrentarse a los desacuerdos acerca de qué intereses deben ser protegidos como derechos y en qué términos podemos identificarlos<sup>1250</sup>.

En este sentido, para Waldron los derechos son relevantes pero, al mismo tiempo, implican cuestiones complejas de resolver aun cuando quienes discrepen lo hagan de buena fe. Describe que los individuos actúan con ferocidad al defender las concepciones que consideran correctas, y detalla que aunque la cuestión de los derechos sea de vital importancia esto no significa que su dilucidación sea clara y evi-

---

<sup>1248</sup>Cfr. Idem, p. 296.

<sup>1249</sup>Cfr. Idem, p. 337; Cfr. MACHADO MARTINS, “La última...”, p. 454.

<sup>1250</sup>DD, p. 268.

dente<sup>1251</sup>. Esta noción de los derechos es liminar en el pensamiento del autor, porque justamente se encuentra en sintonía con los fundamentos filosóficos de su modelo de toma de decisiones políticas. Así, de la premisa de que todo puede encontrarse en manos de la mayoría se desprende de que poco interesa si existe o no una respuesta correcta que se encuentre por encima de las demás, porque ante la pluralidad de perspectivas ninguna será determinante para finiquitar los desacuerdos<sup>1252</sup>. Por eso, señala que «no me importa especialmente si estas disputas son “desacuerdo acerca de los derechos mismos” o “desacuerdos acerca de la interpretación de dichos derechos”»<sup>1253</sup>, sino que ante el desacuerdo «necesitamos una perspectiva común en tanto sociedad»<sup>1254</sup>. Por ende, en cuestiones sobre derechos el autor se aleja de cualquier paradigma realista. De hecho, sostiene que en un contexto marcado por el pluralismo de perspectivas y desacuerdos punzantes «las verdades simples, autoevidentes, pueden formarse en mentes simples, pero las verdades complejas –en cuya categoría incluyo todas las propuestas sobre derechos individuales– emergen, en palabras de Mill, sólo “por el duro procedimiento de una lucha entre combatientes peleando bajo banderas hostiles”»<sup>1255</sup>. De aquí la necesidad que resalta el autor de la deliberación política para abordar temas complejos a fin de que el intercambio de argumentos permita llegar a una respuesta enriquecida ante la imposibilidad de resolverlos para siempre.

No obstante, dejada de lado la cuestión política sobre la autoridad para decidir sobre los derechos individuales, hay una premisa que se desprende del pensamiento de Waldron que es meritorio subrayar: los derechos son relativos en cuanto a su contenido y se encuentran sujetos a los cambios del voto mayoritario. Por consiguiente, la idea tradicional de que los mismos sirven como límites a las mayorías se encuentra en tela de juicio, porque si los derechos son límites sujetos a discrepancias y el único sujeto legitimado para resolverlos es el pueblo mediante el voto de la mayoría, y no una entidad externa como podrían ser los jueces mediante el ejercicio del control de constitucionalidad fuerte, entonces tal concepción pierde sentido. Claramente, hay una circularidad en el pensamiento del autor. El pueblo – la mayoría – al decidir sobre los derechos se autoimpone límites que al mismo tiempo puede modificar. Waldron es consciente de este problema que en el fondo afecta al sentido que tienen los derechos para una democracia. Por eso, precisa que la idea

---

<sup>1251</sup>Cfr. Idem, pp. 20-21.

<sup>1252</sup>Cfr. Idem, p. 291.

<sup>1253</sup>Idem, p. 20.

<sup>1254</sup>Ibidem.

<sup>1255</sup>Idem, p. 270.

consistente en derechos modificables por el voto de la mayoría adquiera congruencia si se parte del hecho que el pueblo actúa de buena fe<sup>1256</sup>.

Es aquí donde el derecho a la participación, según el autor, deviene en una herramienta para abordar los desacuerdos. Si se parte del punto de una concepción bondadosa de los individuos, como miembros que actúan de buena fe, en forma reflexiva y comprometidos con los derechos de las minorías, entonces no hay obstáculo alguno para negar la viabilidad del derecho a la participación política –el cual se manifiesta en la deliberación y votación por mayoría– como medio idóneo para resolver los problemas comunes. En este sentido, el autor analiza su noción del derecho a la participación política y subraya su sentido preferencial con respecto al resto de los derechos. Así, recurre a las palabras de William Cobbett y señala que «el gran derecho de todo hombre (...) el derecho de los derechos, es el derecho a tomar parte en la creación de las leyes, a las que el bien de la totalidad obliga a someterse»<sup>1257</sup>. En virtud de esta premisa sostiene algunas características particulares, como por ejemplo, que es erróneo hablar de *conflictos de derechos* entre el derecho de participación y los demás, como si existiera una colisión entre ellos. Detalla que no debe entenderse al derecho de participación como imbuido de una prioridad moral, sino que debe efectuarse una lectura práctica del mismo y entenderlo como «un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos participan acerca de qué derechos tienen»<sup>1258</sup>. Aparte de esta característica consistente en concebirlo como un medio para abordar los desacuerdos, el autor postula, siguiendo a Marx, que el derecho a la participación se distingue por ser un derecho del ciudadano y no meramente del hombre, porque solo puede ser ejercido en comunidad. Al tiempo que su concreción amerita la existencia de instituciones y recursos –por ejemplo, la existencia de un sistema electoral–. Asimismo, remarca que sus consecuencias son de alto impacto para los gobernantes porque puede conllevar el abandono de la administración del poder. En la misma línea, también resalta que participar tiene una relevancia comunitaria porque conlleva *compartir o participar en una acción*. Aquí destaca que en un sistema democrático su puesta en práctica lleva como presupuesto intrínseco un elemento popular que en el gobierno debe ser decisivo para la toma de decisiones. Por último, señala que el derecho a la participación tiene como fundamento una ba-

---

<sup>1256</sup>Cfr. Idem, pp. 21-23, 111. Nuevamente en este aspecto se vuelven a apreciar las *condiciones necesarias* que Waldron postula en *The Core of the Case Against Judicial Review* y que lo llevan, inevitablemente, a partir de un supuesto hipotético para defender su concepción de los derechos individuales.

<sup>1257</sup>Idem, p. 277.

<sup>1258</sup>Ibidem.

se de igualdad ciudadana. Por eso, menciona que «compartir se refiere ahora al hecho de que todo individuo reclama el derecho a participar en el gobierno de la sociedad, en la misma medida en que participan el resto de individuos»<sup>1259</sup>. En este sentido, Waldron vincula el derecho a la participación con el voto y destaca que conlleva una importancia sideral para decidir sobre cuestiones de paz y guerra, pobreza y opresión, pero que esto no basta para considerarlo como legítimo en una democracia, sino que su fundamentación trasciende la envergadura del problema que se trata de resolver o los intereses que están en juego. Enfatiza que el voto no se reduce a una forma de auto-expresión sino que su ejercicio invita a reflexionar sobre el efecto que tiene en el plano concreto para la vida o muerte de miles de personas, y los riesgos que acontecerán para las minorías perdedoras que deban aceptar el resultado final y acatar la voluntad de la mayoría. Por eso el derecho a la participación política conlleva una responsabilidad cívica, es un derecho y al mismo tiempo un deber<sup>1260</sup>.

En este sentido, Waldron hace converger dos ideas: resalta que en una democracia las cuestiones sobre derechos se rigen por el principio «lo que afecta a todos debe decidirse por todos»<sup>1261</sup>, y que la «especificación de nuestros derechos jurídicos tiene que efectuarse mediante algún proceso político»<sup>1262</sup>. Es aquí que, más allá de las discrepancias que puedan existir en virtud de qué procedimiento político es el adecuado para abordar los desacuerdos, o cuál es la delimitación que debe otorgársele al derecho a la participación, el autor postula que «el derecho de participación política constituye una respuesta, o al menos parte de una respuesta, a esta cuestión». Afirma que «cuando alguien pregunta: “¿quién decidirá qué derechos tengo?”, una respuesta –mi respuesta– es “la gente cuyos derechos están en cuestión tiene el derecho a participar en iguales términos en esta decisión”»<sup>1263</sup>.

En esta línea, puede observarse que la razón por la cual el derecho a la participación se erige como una posible respuesta ante el problema del desacuerdo reside en su cualidad de ser el presupuesto inevitable de una teoría de la autoridad democrática, pues es el pueblo deliberando y votando mediante sus representantes el único que puede dar una respuesta legítima que se constituya en una acción común ante las discrepancias imperantes sobre los derechos individuales y la imposi-

---

<sup>1259</sup>Idem, p. 138; Cfr. RAMOS PASCUA, “La crítica...”, pp. 878-881.

<sup>1260</sup>Cfr. DD, pp. 286-288.

<sup>1261</sup>Idem, p. 138.

<sup>1262</sup>Idem, p. 290.

<sup>1263</sup>Ibidem.

bilidad de resolverlas por completo aunque exista una respuesta objetiva y correcta<sup>1264</sup>. En este sentido advierte:

No debemos perder la esperanza de una reflexión sustantiva o una deliberación acerca de los derechos. Lo que necesitamos es complementar nuestra teoría de los derechos con una teoría de la autoridad, y no remplazar una por otra<sup>1265</sup>.

Esta cita es relevante porque afirma la importancia de la autoridad como vía posible ante el desacuerdo ante un horizonte en donde es complejo llegar a un acuerdo. Por eso, a renglón seguido el autor señala con mayor nitidez:

La cuestión de qué cuenta como la decisión correcta acerca de los derechos no desaparece en el momento en que respondemos a la pregunta de «¿quién decide». Al contrario, una teorización sustantiva de los derechos es precisamente lo que esperamos que haga la autoridad designada, por ejemplo, los participantes en una democracia<sup>1266</sup>.

Por consiguiente, siguiendo las palabras del autor, el corolario que se desprende es el siguiente: ningún derecho viene dado y la existencia de una respuesta objetiva no resuelve las discrepancias. Así, la respuesta aprobada por la mayoría prevalece sobre la respuesta correcta. De esta manera, solo la autoridad –el pueblo– puede concebir una respuesta a los desacuerdos mediante el ejercicio de la participación política concretado en el voto de la mayoría. No existe otro medio más oportuno<sup>1267</sup>.

De este modo, el interrogante originario queda inconcluso: el derecho a la participación, que también adolece de discrepancias en cuanto a su naturaleza y extensión, puede erigirse como herramienta preferente sobre los demás derechos porque en el modelo político de Waldron «se presenta a sí mismo como una posible respuesta –o parte de una respuesta– a la pregunta de la autoridad» sin más límite que la esperanza en la posibilidad que tiene el pueblo de llegar a una respuesta reflexiva, respetuosa y comprometida por los derechos de las minorías<sup>1268</sup>. Por consiguiente, dicha circularidad existente según la cual el mismo derecho es simultáneamente herramienta de resolución de conflicto y objeto de desacuerdo, deja en-

---

<sup>1264</sup>Cfr. Idem, pp. 290-291.

<sup>1265</sup>Idem, p. 291.

<sup>1266</sup>Ibidem.

<sup>1267</sup>Idem, pp. 292-293.

<sup>1268</sup>Cfr. Idem, p. 296.

trever una fisura dentro de su modelo democrático de toma de decisiones políticas<sup>1269</sup>.

En conclusión, es aquí en donde reside el problema de fondo en materia de derechos: si el derecho a la participación es un derecho relativo y, como tal que puede ser modificado, lo que fácilmente puede observarse a lo largo de la historia en alusión a su extensión –por ejemplo, el derecho al voto de las mujeres, afroamericanos, entre otros–, ¿cómo puede postularse como la llave preferencial de un sistema político? Fácilmente, si no hay derechos objetivos, el mismo derecho a la participación puede devenir en instrumento de sesgo, de restricción de otros derechos, ejercitable solo para algunos pocos, riesgo que deviene en el precio que se debe pagar por el hecho de aceptar que todo se encuentre en manos de las mayorías. De esta manera, puede observarse que los *derechos asociados a la democracia* –al igual que en Dworkin– son vasijas vacías que son llenadas por los funcionarios que ejercen el poder.

#### 2.4-Una concepción restringida de pueblo

El concepto de pueblo que subyace en la teoría de la decisión política de Waldron tiene una importancia preponderante en las críticas que efectúa al control judicial de constitucionalidad fuerte. No obstante, si bien su concepción es coherente con el objetivo que se propone, esto es, defender la democracia mayoritaria y el poder popular en la toma de decisiones políticas, es manifiesto que existen ciertas contradicciones que son menester mencionar. Por una parte, el pueblo es libre para decidir cómo organizarse mediante las leyes que delibera y vota sin que ningún órgano externo pueda tener la última palabra<sup>1270</sup>. Por el otro, no es libre para autoimponerse límites constitucionales –cristalizar derechos en una Constitución escrita– que obstaculicen la regla de la mayoría como procedimiento de resolución de los desacuerdos<sup>1271</sup>. Este límite epistemológico siembra incertidumbre con respecto a la libertad de la comunidad política y su potestad para autogobernarse. Por eso, el autor se esmera por delimitar el concepto de pueblo haciéndolo funcional a su noción de democracia. Sin embargo, a pesar del esfuerzo, Waldron no sale airoso de dicha encrucijada y puede vislumbrarse una hendidura irresoluta en su pensamiento.

En este sentido, en primer lugar, es importante indagar cuál es la concepción de pueblo que sostiene el autor, que se deduce a partir de cómo concibe la democra-

---

<sup>1269</sup>Cfr. *Ibidem*.

<sup>1270</sup>Cfr. *Idem*, pp. 266, 315, 343.

<sup>1271</sup>Cfr. *Idem*, pp. 308-311.

cia y sus respectivas críticas a la supremacía judicial. Así, a modo de máxima, afirma que «la tesis democrática ha consistido siempre en sostener que el pueblo tiene el derecho a gobernarse a sí mismo por sus propios juicios»<sup>1272</sup>. En virtud de ello puede observarse que en dicha noción de pueblo subyacen determinadas cualidades intrínsecas que son necesarias considerar.

En primer lugar, con respecto a sus miembros. Estos se identifican con los votantes ordinarios que eligen sus autoridades políticas, en especial, a los legisladores que son quienes se encuentran respaldados por credenciales democráticas – porque fueron elegidos mediante elecciones populares, universales y directas–, por lo que se encuentran legitimados para tomar decisiones en nombre de sus representados. Este rasgo, claramente, deja afuera de lo que debe entenderse por *pueblo* a los jueces que no son ciudadanos ordinarios debido a la investidura política que tienen. A lo anterior se suma el hecho de que no poseen credenciales democráticas suficientes para actuar en nombre del pueblo –esto se debe, entre otras cosas, a que no son elegidos por votación directa de los ciudadanos ni tampoco tienen la obligación de rendir cuentas–<sup>1273</sup>. Siguiendo esta línea, el autor afirma la mencionada noción de pueblo al preguntarse: ¿el juicio de quién debe prevalecer cuando los ciudadanos discrepan en sus juicios?<sup>1274</sup> Responde que pueden haber algunas buenas razones para que el pueblo ofrezca la siguiente respuesta: «no el nuestro, ni el de nuestros representantes, sino el de los jueces»<sup>1275</sup>. De esta manera, Waldron subraya la diferencia entre ciudadanos, legisladores y jueces, siendo estos últimos funcionarios ajenos al pueblo.

Por otra parte, además del carácter relacionado con el rol de ciudadano ordinario y la tenencia de credenciales democráticas legítimas, la segunda cualidad que delimita el concepto de pueblo se encuentra vinculada con el aspecto temporal o, más precisamente, intergeneracional. En este sentido, Waldron crítica el hecho de que un grupo de intelectuales, redactores de la Constitución, que vivieron hace más de 200 años, puedan restringir la voluntad de individuos que decidan legislar sobre sus derechos en un presente actual pero de una manera diferente, debido a que sus vidas transcurren en un paradigma distinto. Esta noción puede observarse cuando el autor trabaja la idea de precompromiso, consistente en que, en un pasado, el pueblo decide autoimponerse ciertas restricciones para que en un tiempo posterior evite vulnerar ciertos derechos como consecuencia del miedo o la tiranía mayorita-

---

<sup>1272</sup>Idem, p. 316.

<sup>1273</sup>Cfr. CGJ, pp. 105-106.

<sup>1274</sup>DD, p. 315.

<sup>1275</sup>Ibidem.

ria en la que puede recaer. Téngase presente que la decisión pasada no tiene un límite de caducidad sino que los límites impuestos pueden alcanzar la vida de aquellos que no los impusieron. Por consiguiente, si bien no se entiende hasta qué punto temporal o hasta qué generación es adecuado para delimitar al pueblo, lo cierto es que para Waldron 200 años son suficiente para discernir que son comunidades políticas diferentes, lo cual es biológica y temporalmente cierto. No obstante, la pregunta que aflora es si el argumento generacional es suficiente para afirmar que se trata de dos pueblos diferentes incluso cuando los distintos individuos pertenezcan al mismo territorio. En este sentido, que cambie de generación no implica necesariamente que exista un cambio de paradigma cultural en el modo de concebir los derechos individuales y demás valores comunitarios –así, por ejemplo, aquellos que pertenecían a un paradigma conservador y defendían el derecho a la vida pueden tener un gran número de adherentes en el presente–. Por consiguiente, Waldron no resuelve el problema de la delimitación, sino que más bien evita dar una respuesta para la que pareciese no existir una salida satisfactoria. Simplemente remarca el hecho de que se trata de comunidades que pertenecen a contextos temporales distintos, lo cual considera que debería ser trascendental para repensar la idea de límite, y así concluir en la siguiente premisa: los individuos de generaciones pasadas no se encuentran legitimados para cercenar la voluntad de los presentes mediante arreglos constitucionales. De este modo, expresa el autor citando a Holmes, como muestra de la dimensión generacional y el hecho de que el conjunto de miembros de la comunidad política está en constante transformación:

Stephen Holmes cita el cálculo de Thomas Jefferson de que desde un punto de vista actual –a fines del siglo XVIII– «la mitad de los que tienen 21 años o más en un determinado momento estarán muertos en 18 años y 8 meses». ¿Por qué, entonces, se pregunta Jefferson, una generación debería estar vinculada por los compromisos constitucionales alcanzados no por ellos, sino por sus antecesores?<sup>1276</sup>

En virtud de dicha concepción del pueblo el autor interpreta que el control judicial de constitucionalidad fuerte, que actúa defendiendo una Constitución sancionada por un pueblo pasado, es contrario a la democracia porque mediante el argumento de hacer respetar la voluntad fundacional se efectúa un desplazamiento de poder popular hacia una élite de sabios exentos de legitimidad democrática. En este sentido, cita las palabras de Abraham Lincoln quien sostiene que en caso de que prevalezcan los juicios de los miembros de la Corte por sobre los de los representan-

---

<sup>1276</sup>Idem, p. 324.

tes en cuestiones sustanciales de gobierno, «el pueblo habrá desistido de ser su propio legislador, habiendo prácticamente dejado en este punto su gobierno en las manos de este eminente tribunal»<sup>1277</sup>. De igual modo, también cita a Sieyès en la diferencia que efectúa entre *pouvoir constituant* –poder constituyente– y *pouvoir constitué* –poder constituido–, y establece que cuando los tribunales pueden decidir como última instancia qué dice la Constitución se efectúa una usurpación del poder soberano popular, explica Waldron interpretando al arquitecto constitucional de la revolución francesa:

Hoy estoy más interesado en una tesis negativa que propuso el propio Sieyès. El principio negativo de Sieyès es el siguiente: un sistema constitucional deberá estar ordenado de tal manera que prohíba –y reduzca la probabilidad de– que cualquier poder constituido reclame para sí el título de *pouvoir constituant*<sup>1278</sup>.

En esta línea, Waldron advierte que cualquier método que implique que el pueblo no pueda decidir por mayoría simple cuáles son sus derechos y como autogobernarse es una afrenta contra la democracia. De esta manera, rechaza la mayoría calificada como principio de modificación constitucional y toma de decisiones políticas para determinados casos especiales, puesto que aun cuando el pueblo puede emitir juicios sustanciales en virtud de dicho principio, implica un esfuerzo adicional por parte del pueblo que termina por devenir en un obstáculo para el ejercicio del autogobierno<sup>1279</sup>.

Así, puede observarse que en el pensamiento de Waldron, la imposibilidad del pueblo para restringir su voluntad mediante la exigencia de una mayoría calificada para modificar sus derechos regulados en una Constitución escrita, tiene sentido solo si se parte de tres puntos: que los jueces no son parte del pueblo, que a lo largo del tiempo el pueblo muta en un sentido cualitativo en cuanto a su identidad, y que el principio de las mayorías parlamentarias es el procedimiento más democrático posible para el ejercicio del autogobierno.

De este modo, ante dicha lógica que se desprende del pensamiento del autor, habría que afirmar con un espíritu crítico que si tal concepción del pueblo basada exclusivamente en los criterios *generacional* y *poblacional*, entonces ignora las riquezas de la división funcional del poder y, por consiguiente, ignora también la existencia de los diferentes medios que existen en un sistema político democrático

---

<sup>1277</sup>Idem, p. 315.

<sup>1278</sup>CGJ, p. 137.

<sup>1279</sup>Cfr. GARGARELLA, MARTÍ, “Estudio Preliminar...”, p. X.

para lograr un balance armonioso en el ejercicio del poder público. En este sentido, para evitar que un solo órgano constituido tenga el poder omnímodo –como, por ejemplo, los jueces– existen diferentes procedimientos como el juicio político –*impeachment*– para funcionarios que ejercen los cargos más altos del poder y que incurren en inoperancia o inmoralidad en el ejercicio de la función pública<sup>1280</sup>. Al mismo tiempo, no es un dato menor indicar que los jueces de la Corte son nombrados por el presidente pero terminan siendo confirmados por el Senado de la Nación, por lo cual los representantes del pueblo tienen cierta injerencia sobre ellos. Del mismo modo, la existencia del juicio por jurado para los delitos criminales señala que existe un elemento popular dentro del poder judicial que también morigera el supuesto elitismo del cual Waldron acusa a los jueces<sup>1281</sup>. Asimismo, el hecho de que el pueblo pueda modificar su Constitución no es un dato menor, puesto que sigue teniendo el poder sobre la norma fundamental mediante la cual regula cómo ejercerá su autogobierno y cómo están constituidos los poderes del Estado –entre ellos el judicial–. Aunque, claro está, el procedimiento es complejo porque requiere el voto de las dos terceras partes de los representantes presentes y la aprobación de las enmiendas efectuadas por las tres cuartas partes de las legislaturas de los diferentes Estados que integran la Confederación<sup>1282</sup>.

Es meritorio mencionar que la interpretación que efectúa Waldron sobre la enmienda constitucional es negativa. Considera a la exigencia de una mayoría calificada como un obstáculo al autogobierno del pueblo. No obstante, es menester advertir que existe una interpretación positiva y es que dicho presupuesto también puede concebirse como un procedimiento respetuoso de la decisión popular porque requiere que los diferentes partidos políticos tengan que llegar a un acuerdo especial y así esforzarse por reflexionar con mayor dedicación en la realización de los cambios a efectuar<sup>1283</sup>. Esta interpretación también se fundamenta en la naturaleza positiva del ser humano para deliberar, actuar de buena fe y pensar más allá de sus propios intereses, la cual es contraria a toda visión predatoria del hombre. Por consiguiente, el fundamento último de Waldron también puede entenderse en sentido contrario a su posición y seguir siendo coherente.

En conclusión, en Waldron el concepto de pueblo se encuentra concebido al servicio de la democracia mayoritaria y se distingue por el carácter de ciudadanos

---

<sup>1280</sup>Con respecto al *impeachment* es menester citar los siguientes artículos: artículo 1 –sección 2, cláusulas 5, y sección 3, cláusulas 6 y 7– de la Constitución de Estados Unidos –1787–.

<sup>1281</sup>Véase: Artículo 3 –sección 2– de la Constitución de Estados Unidos.

<sup>1282</sup>Véase: Artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos.

<sup>1283</sup>Cfr. VERDUGO, “Las debilidades...”, pp. 385-388.

ordinarios de sus miembros y por un periodo intergeneracional compartido. En este aspecto, Waldron es coherente en su crítica al control de constitucionalidad fuerte, pero el precio de dicha coherencia es adherir a una visión restringida del pueblo que se encuentra acompañada de una reducción cualitativa en cuanto a sus miembros –los jueces no forman parte–, una interpretación negativa del principio de la mayoría calificada y el desconocimiento de mecanismos de balance de poderes, los cuales dejan entrever que incluso cuando exista un control judicial de constitucionalidad fuerte, el pueblo tiene el poder soberano que ejerce mediante sus representantes. En definitiva, que el pueblo deba autoexigirse un esfuerzo especial para decidir cuestiones excepcionales es distinto a afirmar la existencia de un desplazamiento del poder o una pérdida del poder soberano.

## 2.5-Regresión al infinito

La máxima de Waldron en alusión al problema de fondo es clara: existen desacuerdos sustanciales en materia de derechos individuales relacionados con la naturaleza, extensión, cantidad y aplicabilidad de los mismos. Estos se explican por medio de lo que Rawls denominó como *cargas de juicio*<sup>1284</sup>. Esta es la razón por la cual el profesor neozelandés rechaza los modelos sustantivos de toma de decisiones enfocados en la obtención de los mejores resultados posibles. La lógica de su teoría política es la siguiente: ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo en cuestiones sustanciales, no queda más remedio que acordar una forma adecuada para abordarlas cuyas decisiones finales puedan aplicarse también a aquellos que discrepan<sup>1285</sup>.

En este sentido, como fue mencionado, el autor propone un principio epistemológico como el más adecuado para abordar los desacuerdos sustanciales, el principio de las mayorías previa deliberación de buena fe<sup>1286</sup>. Sin embargo, en relación a las cuestiones de procedimiento, Waldron reconoce que también existen desacuerdos sobre cuál es el mejor principio para la toma de decisiones políticas. He aquí que menciona: «los desacuerdos acerca de cuestiones de principio, como he señalado, son la regla general de la política, y no la excepción»<sup>1287</sup>. Y, poco después, en relación con su misma propuesta procedimental, señala: «los ciudadanos discrepan acerca de cuestiones concretas como la edad mínima para votar, las leyes electorales y la financiación de las campañas. Y discrepan también acerca de algunas cues-

<sup>1284</sup>Cfr. DD, pp. 10, 19-20.

<sup>1285</sup>Cfr. Idem, pp. 10, 223; Cfr. MORESO, “Derecho y justicia...”, p. 27.

<sup>1286</sup>DD, p. 131.

<sup>1287</sup>Idem, p. 24.

tiones básicas: el fundamento de la representación y la conexión entre la igualdad política y social»<sup>1288</sup>.

En este sentido, en el pensamiento político del autor el desacuerdo se extiende sobre lo sustancial y lo procedimental. Por consiguiente, existe una regresión al infinito. Así, las discrepancias sobre derechos individuales son abordadas por procedimientos y, al mismo tiempo, los desacuerdos sobre los procedimientos son sopesados mediante argumentos que refieren a cuestiones sustanciales como la equidad, la igualdad y la concepción del ser humano, sobre los que también existen disidencias. Es aquí que Cristiano advierte en alusión al mencionado inconveniente de Waldron que «el desacuerdo acerca de la legitimidad de los mismos procedimientos de decisión colectiva va a aparecer junto con el desacuerdo que provoca el recurso a esos mismos procedimientos»<sup>1289</sup>. Por consiguiente, más allá que el autor postule la posibilidad de pensar las cuestiones de fondo como separadas de las cuestiones de forma. O, más precisamente, como bien detalla «imaginar que la política deliberativa –o cualquier otra forma de política pacífica– es posible es imaginar que la gente puede alcanzar acuerdos sobre algunas de estas cuestiones procedimentales, aunque discrepen sobre las cuestiones sustantivas que los procedimientos, por así decirlo, deben alojar»<sup>1290</sup>. Lo cierto es que no se puede negar que en su modelo integral de pensamiento el principio epistemológico de la mayoría está fundado en presupuestos sustanciales inseparables como lo son la equidad y la concepción del hombre entendido como «ser capaz de reflexionar procedimentalmente»<sup>1291</sup>.

Waldron trata de resolver este problema mediante la invocación de que existe una necesidad que no deja otra escapatoria más que tomar una decisión colectiva bajo el reconocimiento de que «los derechos implican cuestiones urgentes sobre las que estamos en desacuerdo»<sup>1292</sup>. Por eso, describe al tenor de las siguientes palabras: «como casi todos los desacuerdos políticos, parece que atañen a cuestiones sobre las que todos reconocemos que necesitamos una perspectiva común en tanto sociedad»<sup>1293</sup>. No obstante, por más que enfatice la existencia de una necesidad urgente que solo puede ser abordada en comunidad mediante un principio de equidad, la idea de que existen desacuerdos de proceso sigue resultando problemática. Este escollo pone en duda su concepción de la legitimidad política de la autoridad para tomar decisiones de fondo. Así, ante la extensión del desacuerdo procedimentales,

---

<sup>1288</sup>Idem, p. 351.

<sup>1289</sup>GARGARELLA, MARTÍ, “Estudio Preliminar...”, p. XXV.

<sup>1290</sup>DD, p. 190.

<sup>1291</sup>Idem, p. 353.

<sup>1292</sup>Idem, pp. 20, 36.

<sup>1293</sup>Idem, p. 20.

Waldron tendría que reconocer la existencia de una diversidad de formas para abordar las cuestiones sustanciales y dejar abierta la cuestión, puesto que *ser capaz de pensar procedimentalmente*, conlleva no quedar atado a un principio democrático en particular como lo es el principio de las mayorías.

## 2.6-La menoscabada legitimidad de la legislación

En su obra *Law and Disagreement* uno de los fines que Waldron se propone es elaborar una teoría de la legislación o, en otras palabras, dignificar la legislación como fuente de derecho, realidad que fue ignorada por los filósofos políticos contemporáneos. Así, señala: «incluso aunque nos guste pensar que algunos de nuestros legisladores están comprometidos con lo público, no hemos desarrollado una teoría de los productos legislativos que les confiera el tipo de dignidad y vigencia en la comunidad política que asociamos en cambio al producto final del proceso judicial»<sup>1294</sup>. En este sentido, Waldron indica que la legislación tiene *pretensión de autoridad*, no solo para aquellos que votaron a su favor o que adhieren a su contenido sino también para aquellos que discrepan<sup>1295</sup>.

No obstante, la existencia de desacuerdos sobre los procedimientos de toma de decisiones políticas y la regresión al infinito existente en ellos tiene consecuencias negativas para fundamentar la autoridad de la legislación. Esto se debe a la conexión intrínseca que existe entre el procedimiento parlamentario con los productos legislativos que se elaboran y resuelven mediante el mismo. En este sentido, expresa el autor que «en casi todo el mundo el poder legislativo soberano está en manos de asambleas y no de individuos; en casi todos los sistemas jurídicos, la legislación basa su autoridad última como derecho en que es el producto de, o en que su creación ha sido autorizada por, una amplia asamblea popular»<sup>1296</sup>. Y más adelante subraya que «tanto en el caso de la ley como en el caso de la costumbre, el fundamento de su autoridad jurídica tiene que ver con un proceso, formal o informal, que reconcilia las experiencias y las opiniones plurales y dispares de aquellas personas que deberán vivir bajo la norma en cuestión»<sup>1297</sup>.

Por consiguiente, ante el problema de los desacuerdos sobre derechos individuales y el contenido de la legislación, el autor propone un procedimiento determinado para superarlos que tiene lugar dentro del Parlamento. El mismo se identifica

---

<sup>1294</sup>Idem, p. 41.

<sup>1295</sup>Cfr. Idem, pp. 14, 36, 43, 104, 142.

<sup>1296</sup>Idem, p. 62.

<sup>1297</sup>Idem, p. 81.

con el principio de la mayoría y es considerado por el autor como el más respetuoso de las distintas voces participantes, de ahí que también lo denomine como *principio de equidad*. Expresa:

La decisión mayoritaria es un buen ejemplo de aplicación del principio de equidad (...) proporciona un fundamento a partir del cual un grupo dividido puede comprometerse con un único curso de acción, un fundamento que toma en consideración las opiniones de todos sus miembros, y le da a cada una tanto peso como sea posible con la condición de no darle un peso mayor a ninguna de ellas<sup>1298</sup>.

En esta línea, en aras a darse a entender en cuanto a cómo el procedimiento de toma de decisión mayoritario termina por dotar de autoridad a la legislación – con prescindencia de las intenciones de cada legislador en concreto –, postula la paradoja de la máquina de Wollheim. Según esta aquellos que discrepan con el contenido de las leyes acataría el resultado final por considerarlo apropiado en términos democráticos<sup>1299</sup>.

No obstante, el interrogante que deja entrever la grieta en la legitimidad de la legislación es el siguiente: ¿qué sucede con aquellos individuos que están en desacuerdo con la aplicación del procedimiento de toma de decisiones políticas para determinados asuntos sustanciales? En este sentido, existen individuos que consideran que ciertos derechos no pueden ser modificados por el voto de la mayoría, o que consideran que en caso de conflicto de derechos, el derecho a la participación no tiene preferencia por encima de otros, como podría ser el derecho a la vida o a la educación aun en caso de pandemia. Waldron advierte dicho problema. Sin embargo, no detalla una solución para quienes disienten con el procedimiento más que argumentos en favor del principio de las mayorías, al que considera como el procedimiento decisorio más equitativo cuando existe una necesidad urgente de forjar un curso de acción común en un contexto marcado por desacuerdos. Es aquí donde acontece otro punto de inflexión en el pensamiento del autor, que no termina de ser convincente para quienes consideran que existen ciertas cuestiones de derechos que no se resuelven deliberando y contando votos.

Por consiguiente, al igual que en el epígrafe anterior, una respuesta coherente, atinada y respetuosa de la realidad podría consistir en dejar abierta la posibilidad de construir una teoría de la autoridad de la legislación y no cerrarse en cuanto

---

<sup>1298</sup>Idem, p. 223.

<sup>1299</sup>Idem, pp. 131, 140, 223.

a un procedimiento determinado –como podría ser el principio de las mayorías para la toma de decisiones sustanciales–. Así, ser respetuoso de las disidencias implica concebir la idea de que aun los que discrepan pueden tomar como modelo decisional uno que sea diferente y que se encuentre en sintonía con la aceptación de que existen ciertos derechos que están fuera de discusión, o que exigen un mayor esfuerzo para ser modificados –como una mayoría calificada–, porque consideran que deliberar sobre los mismos puede horadar los cimientos que cohesionan la comunidad política.

En conclusión, la legislación en el pensamiento de Waldron, como norma que pretende tener autoridad *erga omnes*, tiene un problema en cuanto a su génesis que mengua su legitimidad democrática. En otras palabras, intenta regir para todos, incluso para aquellos que están en desacuerdo en cuanto a su procedimiento de elaboración, lo que devendría en una imposición bajo el argumento de que el procedimiento les permitió participar en forma respetuosa aunque no adhieran al mismo. Por consiguiente, en forma forzosa, se estaría cayendo en una legitimidad por autoexpresivismo, la cual el mismo Waldron trata de evitar<sup>1300</sup>. De este modo, es meritorio preguntarse si acaso no existe un argumento que vaya más allá de los desacuerdos sustanciales y procedimentales y si existiese acaso una base objetiva sobre la cual la legislación pueda tener autoridad y, por consiguiente, ser respetada y tenida como valiosa. En este sentido, el problema invita a reflexionar sobre los siguientes puntos: ¿existe la posibilidad de concebir un núcleo de derechos que los individuos puedan compartir más allá de los desacuerdos? ¿Existe un núcleo que toda legislación deba respetar para ser tenida como legítima? ¿Los individuos, por su condición de seres humanos, comparten algo en común que posibilite pensar en la legitimidad de la legislación tanto para los que adhieren a ella como para los que discrepan en cuanto a su procedimiento de sanción? En Waldron pareciese que no existe un núcleo objetivo y la consecuencia es la fragilidad de su teoría de la autoridad legislativa.

## 2.7-El problema de la objetividad en Waldron

El presente epígrafe tiene como objeto resaltar un requerimiento que subyace en el pensamiento político de Waldron que concierne a la necesidad inevitable de concebir un postulado objetivo como base fundante de su procedimiento de toma de decisiones políticas. En este sentido, como se advirtió en sucesivas oportunidades, el autor postula que existen desacuerdos sobre cuestiones sustanciales. De ahí la

---

<sup>1300</sup>Idem, p. 287.

irrelevancia práctica que tiene afirmar la existencia de una verdad objetiva. Y, por consiguiente, concepciones inequívocas sobre los conceptos que se encuentran en disputa –como, por ejemplo, la democracia, los derechos individuales, entre otros–. Esto explica por qué piensa las diferentes categorías políticas desde lo procedimental, lo cual puede observarse en su noción de dignidad humana enfocada en la capacidad reflexiva de pensar procedimentalmente los problemas acuciantes en una democracia. Véase que esta también se encuentra concebida desde una perspectiva formalista, es decir, como una forma de gobierno centrada en la deliberación y el voto de las mayorías con dependencia relativa en cuanto a lo sustancial. Del mismo modo, tampoco es menor su concepción del derecho entendido como instrumento posibilitador para la concreción del procedimiento decisonal.

Estos rasgos propios de su pensamiento lo encuadran dentro de un procedimentalismo epistemológico, puesto que en su modelo político el procedimiento deliberativo desarrollado bajo ciertas circunstancias es lo que termina por otorgar valor a los productos que se desprenden del mismo con prescindencia de la bondad de su contenido<sup>1301</sup>. En este sentido, las palabras de Estlund sobre el procedimentalismo epistémico son iluminadoras:

Un tipo de teoría trata los puntos de vista de cada votante como igualmente válidos desde un punto de vista político y promete sólo el valor de procedimiento de igual poder sobre el resultado. Un enfoque distinto insta a que las opiniones existentes de los ciudadanos se sometan a la crítica racional de otros ciudadanos antes de la votación. En ambos casos, la legitimidad de la decisión generalmente se sostiene en los hechos sobre el procedimiento y no en la calidad del resultado según los estándares epistémicos o independientes del procedimiento<sup>1302</sup>.

Sin embargo, el modelo político de Waldron y su consecuente forma de concebir los conceptos políticos y morales no es completamente formal. De esta manera, a fin demostrarlo, se explicarán los siguientes puntos. En primer lugar, que los argumentos mediante los cuales defiende el procedimiento de toma de decisiones políticas –argumento utilitarista, argumento de Condorcet y el argumento de la sabiduría de las masas– adolecen de ciertas vicisitudes que son menester remarcar, y siembran incertidumbre con respecto a la legitimidad del procedimiento. En segundo lugar, que necesariamente, para dotar de sentido al procedimiento decisonal, es necesario aceptar como verdaderas y objetivas ciertas tesis que subyacen en el

---

<sup>1301</sup>Cfr. Idem, p. 292; Cfr. CCAJR, p. 1352.

<sup>1302</sup>ESTLUND, “Beyond Fairness...”, pp. 173-174, (la traducción es mía).

mismo –tesis ontológica, epistémica y democrática–. En tercer lugar, que en adición a las tesis mencionadas existe una verdad sustantiva que el autor toma como dogma, sobre la cual no existen desacuerdos de sustancia, puesto que deviene en su punto de partida epistémico y en el único argumento sobre el cual, en última instancia, se legitima su modelo político –la razón moral fundante– cuando todos los demás argumentos fallan.

De este modo, como se observará, la presente objeción al procedimentalismo de Waldron, cuyo núcleo reside en las tesis mencionadas y la verdad sustantiva última, se deduce a partir de la siguiente premisa: no se puede legitimar un procedimiento sin un criterio sustancial. De aquí que su noción de desacuerdos sustanciales tiene un límite teórico en cuanto a su origen y extensión –lo que contradice su postura sobre la ubicuidad de los desacuerdos y consecuente irrelevancia de la objetividad–<sup>1303</sup>.

Con base en tal fin, se procederá de la siguiente manera: se objetarán los tres argumentos doctrinarios que el autor postula para defender la autoridad de la legislación, y que se encuentran vinculados con su procedimiento de elaboración legislativa. Acto seguido, se desarrollará el análisis de las tesis objetivas que subyacen en el modelo procedimentalista. Y, finalmente, se vislumbrará cuál es el argumento sustancial por el cual su modelo adquiere legitimidad política –al igual que sus críticas contra el control de constitucionalidad fuerte–.

---

<sup>1303</sup>Es interesante la crítica que David Enoch efectúa a Waldron sobre la idea de un procedimiento ajeno a cualquier presupuesto sustantivo. Advierte que el profesor neozelandés no se toma los desacuerdos suficientemente en serio, toda vez que el procedimiento que se elija para resolver los desacuerdos de fondo no puede ser ajeno a una razón de primer orden al fin de encontrar legitimación. En sus propias palabras: «Después de todo, la urgencia de tomar decisiones sobre cuestiones de procedimiento no siempre supera la urgencia de las consideraciones sustantivas. Y siempre que la necesidad de llegar a una decisión sobre cuestiones de procedimiento sea más urgente, es muy difícil ver cómo se puede justificar un procedimiento si no se basa en algunos principios sustantivos» (la traducción es mía). Más adelante argumenta que dicha posición waldroniana parte de un supuesto de separabilidad entre la verdad y la legitimidad, en este sentido, pareciera que Waldron sostiene la legitimidad de su procedimiento no en virtud de una verdad sustantiva sino sobre el amparo de credenciales democráticas. David ENOCH, “Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's Law and Disagreement”, *The Israel Law Review*, 39 (2007) 22, pp. 32, 33-35. De la misma manera piensa Bayón al indicar que el principio procesal de las mayorías debe descansar sobre un núcleo mínimo de carácter sustantivo. Puesto que, toda vez que el procedimiento también se encuentra sujeto al desacuerdo, es necesario un *procedimiento de determinación originario* bajo pena de regreso al infinito, y el mismo solo puede descansar en razones sustantivas, su fundamento último recaerá en motivos morales y prudenciales propios de los miembros de la sociedad. Cfr. BAYÓN, “Derechos, Democracia y...”, pp. 82-83.

### 2.7.1-Crítica a los argumentos filosóficos del modelo político

Los argumentos filosóficos a favor del procedimiento de toma de decisiones políticas, y sus respectivas críticas, son los siguientes:

En primer lugar, el argumento utilitarista, en virtud del cual el Parlamento puede concebirse como una máquina Wollheim –que no tiene en cuenta las intenciones de los legisladores–, y cuya característica principal es que computa las preferencias individuales de los votantes y brinda una respuesta afín al bienestar social. De esta manera, el resultado termina por formalizar un curso de acción común que, en un contexto en el cual no pueden cubrirse todas las pretensiones individuales, termina por satisfacer la mayor cantidad de preferencias posibles. De ahí que desde una noción utilitarista tiene sentido acatar la decisión de la máquina para promover la felicidad del mayor número de personas. Sin embargo, no puede ignorarse que el mencionado argumento es susceptible de ciertas críticas. Primera, es menester que los legisladores voten según su propia felicidad, lo cual no siempre sucede porque en general los votos individuales se deciden en virtud del ideario y agenda de los partidos políticos. Segunda, si bien pueden contabilizarse los votos según las preferencias individuales, es complicado analizar la intensidad de las mismas, lo cual también es un rasgo relevante en lo que respecta al bienestar general. El deseo de la mayor cantidad de individuos no necesariamente es de mayor importancia para el bienestar general, en especial, cuando las pretensiones de unos pocos son más intensas y tienen un efecto mayor. Un ejemplo es el de la toma de tierras privadas por grupos aborígenes minoritarios y consecuentes cortes de ruta que terminan por perjudicar la convivencia armónica del mayor número de personas y sembrar desconfianza en la autoridad del gobierno en caso de inoperancia. Tercera, en caso de que exista una grieta de representatividad que ponga en duda la utilidad de las decisiones de los legisladores en relación a los deseos del pueblo, será necesario elaborar un procedimiento para discernir las preferencias de los ciudadanos, lo cual es dificultoso en términos democráticos si se parte del punto que la sola votación no basta para decidir cuáles son las preferencias auténticas del mayor número de individuos. Cuarta, al mismo tiempo, es necesario considerar un criterio sustantivo que permita comprender qué debe entenderse por bienestar general en virtud del cual los legisladores deben votar –así, por ejemplo, un realista moral puede tener una idea distinta al de un pensador pragmático. Y quinta, para que el cálculo utilitarista sea eficaz en términos políticos es necesario demostrar que el promedio de los individuos tiene una confianza superior en la idoneidad de la máquina Wollheim y su método agregativo para contabilizar las voluntades individuales, que en la decisión personal y aislada de cada uno de ellos. De esta manera, solo en caso de que estén resueltas estas condiciones tendrá sentido aceptar la lógica del utilita-

rismo como razón moral legítima para aceptar la autoridad de la legislación. Caso contrario sus resultados serán dudosos<sup>1304</sup>.

En segundo lugar, tenemos el argumento del Teorema de Condorcet. El mismo parte del punto que en caso de que los votantes tengan que decidir un problema en donde solo existen dos respuestas posibles, la probabilidad de elegir la respuesta correcta se incrementará aritméticamente a medida que se eleve el número de sujetos que participen de la votación y siempre que exista más de un 0.5 de probabilidad en que cada votante considerado en forma individual e independiente, luego de reflexionar sobre su decisión, elija la respuesta correcta<sup>1305</sup>. Si bien el presente argumento también puede concebirse como una razón moral para acatar la legislación resultante, lo cierto es que existen ciertas aporías que dejan entrever su fragilidad. Primera, en caso de que la probabilidad de elegir la respuesta correcta sea menor a 0,5 en relación a cada individuo, la posibilidad de éxito irá decreciendo hasta tender a cero a medida que más sean los individuos que participen bajo dicha condición. Segunda, es necesario un criterio sustancial para discernir qué aspectos deben considerarse para que un sujeto se encuentre por encima del 0.5, lo cual no es una cuestión menor si se considera el hecho de que en el pensamiento de Waldron se parte del punto de que existe una pluralidad de intereses, conocimientos y perspectivas entre los miembros del Parlamento. Sumado al hecho de que existen desacuerdos sustantivos y no se concibe un acceso independiente a la verdad, al punto que menciona que una élite de sabios –jueces– no se encuentran en mejor situación que el común de los individuos para tomar decisiones sobre cuestiones colectivas<sup>1306</sup>. Tercera, por otra parte, también debe subrayarse que el procedimiento solo es eficiente cuando debe elegirse entre dos alternativas, lo cual reduce su aplicación práctica en un contexto marcado por la pluralidad de opciones y perspectivas<sup>1307</sup>. Y, cuarta, debe tenerse presente que el teorema no tiene en cuenta ciertas cualidades del procedimiento parlamentario de toma de decisiones políticas como la deliberación y la posibilidad de persuadir a otros en la elección del voto<sup>1308</sup>.

En tercer lugar, tenemos el argumento de la sabiduría de las masas: Aristóteles lo desarrolla en su *Política* y consiste en que los individuos considerados en forma individual, aun siendo mediocres en términos intelectivos, al reunirse pueden ser mejores que el individuo más sabio. Esto se debe a que pueden enriquecerse

---

<sup>1304</sup>Cfr. DD, p. 160.

<sup>1305</sup>Cfr. Idem, pp. 161-162.

<sup>1306</sup>Cfr. DD, pp. 20, 139, 105; Cfr. ESTLUND, “Beyond Fairness...”, pp. 185-186, 191.

<sup>1307</sup>Cfr. ESTLUND, “Beyond Fairness ...”, p. 189.

<sup>1308</sup>Cfr. DD, p. 162.

con los aportes que efectúan entre sí en lo que respecta a saberes, experiencias y virtudes; por eso describe que «la masa puede convertirse en un solo hombre de muchos pies, de muchas manos y con muchos sentidos»<sup>1309</sup>. De este modo, la respuesta final será más apropiada que si hubiese sido considerada en forma individual porque tendrá el aporte de todos, siendo dicho argumento una razón relevante para adherir al resultado colectivo. No obstante, en este aspecto también existen determinadas dificultades. Primera, pueden originarse élites dentro del mismo Parlamento, puesto que aquellos que tienen mejores competencias epistémicas tienen mayor poder de influencia sobre los demás, aun cuando todas las voces sean tenidas en cuenta —por lo que el surgimiento de una *epistocracia* debe ser considerado como un peligro posible—<sup>1310</sup>. En este sentido, si bien Waldron señala que en su modelo político es importante partir del hecho de que los individuos deliberan y votan de buena fe, dejando de lado intereses egoístas, poniendo en práctica su capacidad reflexiva y empática, no obstante, lo cierto es que dichas condiciones forman parte de una circunstancia ideal. Por eso, es meritorio reconocer que sería falso concebir que todos tienen una misma capacidad epistémica de decisión, o como sostiene Martí que son «igualmente sabio sobre cuestiones morales y políticas». O como dice el mismo autor con mayor precisión «incluso si todos tuviéramos las mismas capacidades epistémicas, la misma posibilidad de tener un entendimiento igual, en realidad tendríamos diferentes entendimientos, debido a la diversidad de información disponible y percepciones personales»<sup>1311</sup>. Segunda, otro contraargumento en relación con el anterior se encuentra vinculado con la premisa de Waldron consistente en que existen desacuerdos sustanciales incluso entre los más sabios —o jueces de la Corte—. Por consiguiente, ¿cuál es el parámetro para discernir que unos individuos son más sabios que otros? ¿Basta la proyección académica, la investidura funcional, o la diversidad en experiencias? Por tanto, si no se puede identificar cuál respuesta final será la más acertada puesto que no se tiene un criterio para discernirla, ¿cómo afirmar qué se entiende por una *sabiduría de las masas*? ¿Acaso es idóneo identificar la *diversidad* con la *sabiduría*? Tercera, del mismo modo, si el objetivo es que gobierne la masa tomando decisiones con base en la pluralidad de intereses y perspectivas, puesto que así sus decisiones serán más acertadas, ¿cómo sabe el pueblo que la decisión tomada no promueve intereses egoístas sino aquellos que son más aceptables en términos democráticos en virtud de la diversidad y el pluralismo? Y, lo que es aún peor, ¿cómo sabe que no está siendo engañado por la

---

<sup>1309</sup>Idem, p. 163. Véase también: Cfr. BAYON, “¿Necesita la...”, pp. 215-217; Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, trad. Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 2011, p. 346.

<sup>1310</sup>ESTLUND, “Beyond Fairness...”, pp. 181-183.

<sup>1311</sup>MARTÍ, “The Epistemic...”, p. 49, (la traducción es mía).

inteligencia de unos pocos o que sus conocimientos parten de una información errónea?

Por consiguiente, estos son los argumentos doctrinarios en virtud de los cuales Waldron justifica el procedimiento deliberativo de toma de decisiones políticas y voto mayoritario, sobre lo que pueden encontrarse discrepancias. Sin embargo, corresponde preguntar si existen argumentos insoslayables por el cual su modelo quede legitimado más allá de sus características alineadas con la democracia mayoritaria. En otras palabras, ¿qué es lo que el autor no puede negar como presupuesto necesario de su modelo de toma de decisiones políticas?

### 2.7.2-La inevitabilidad de premisas objetivas en el modelo procedimentalista

En este sentido, como se advirtió precedentemente, el autor adhiere a una especie de procedimentalismo puro *–fair or pure proceduralist–*, el cual puede observarse en su concepción epistémica de la democracia. De este modo, Martí señala citando las palabras de James Borman que la democracia deliberativa puede entenderse como «una familia de opiniones según la cual la deliberación pública de ciudadanos libres e iguales es el núcleo de la toma de decisiones política legítima y el autogobierno»<sup>1312</sup>, noción que se asemeja a la de Waldron. Sin embargo, como se advirtió al comienzo, dicha defensa procedimental solo puede concretarse a partir del reconocimiento de ciertos presupuestos objetivos –lo que inevitablemente implica aceptar una objetividad sustantiva–.

En este sentido, la democracia deliberativa –y mayoritaria– en el pensamiento de Waldron se entiende como un ideal político en virtud del cual las decisiones son sopesadas y tomadas a través de un procedimiento colectivo mediante el cual los ciudadanos que están en desacuerdo aspiran a forjar un curso de acción común. De este modo, intercambian razones –de buena fe y en forma respetuosa– para tratar de discernir cuál será la decisión final que debe tomarse ante un problema que los embarga en sus derechos. Los individuos tratan de dejar de lado sus intereses privados, y no buscan imponer sus pretensiones o preferencias sino llegar a la respuesta más idónea y representativa de los intereses en juego. De ahí que aspiren a un consenso racional a pesar que, según el autor, nunca acontecerá por unanimidad, lo que hace que sea necesario de decidir por el voto de la mayoría. Como se observará, para fundamentar la legitimidad del presente método, el autor, inevita-

---

<sup>1312</sup>Idem, p. 27, (la traducción es mía).

blemente, debe reconocer ciertas premisas implícitas sobre las cuales no existen discrepancias y devienen en límites al desacuerdo.

En este sentido, la primera premisa sustantiva a destacar que se encuentra implícita en el procedimiento waldroniano es que los miembros participantes comparten la creencia de que existe una verdad objetiva. En otras palabras, tienen la convicción de que la decisión que elegirán será la más oportuna ante el problema que se presenta y que la única forma de lograrlo es mediante un esfuerzo común puesto que el problema afecta a todos y solo puede resolverse por todos. Esta es la razón primigenia por la cual aspiran a lograr un consenso racional mediante el método elegido como medio idóneo para lograrlo. En este sentido, si no hubiese una causa teleológica a la cual los individuos aspiren y no existiese una conciencia de que el grupo puede solucionarlo mediante la formalización de un curso de acción común, el método no tendría ninguna razón de ser. Solo sería una excusa o un mero expresionismo que trata de funcionar como causa legitimante. Por eso, el mismo autor postula «que haya una respuesta correcta “ahí” afuera significa efectivamente que un juez no se está volviendo loco cuando sale arduamente en su busca. Pero su mera existencia no conduce al juez a perseguirla, ya no digamos a determinar que será capaz de alcanzarla»<sup>1313</sup>.

De esta manera, analizando la teoría política de Waldron a la luz del pensamiento de Martí, lo detallado con anterioridad conduce a afirmar que existe una *tesis ontológica* consistente en que los individuos creen que existe una verdad que quieren saber y por eso están dispuestos a reunirse para buscarla —o elaborarla— aun en un contexto marcado por el desacuerdo. En otras palabras, el procedimiento requiere la aceptación de la objetividad de aquello que se pretende saber, su existencia, confiando en que sus creencias pueden ser transformadas por medio de la deliberación. Señala Martí en este aspecto:

Uno o varios estándares de corrección de las decisiones políticas existen como algo «al menos parcialmente» independiente de las creencias, preferencias y deseos de ambos participantes y del mismo procedimiento de toma de decisiones, y dicho estándar es cognoscible<sup>1314</sup>.

De esta manera, se observa cómo en el modelo procedimental de Waldron es necesario partir del punto de que existe una verdad que es correcta y que es posible de conocer mediante un procedimiento político determinado. Esto es lo que permite

---

<sup>1313</sup>DD, p. 222.

<sup>1314</sup>MARTÍ, “The Epistemic...”, p. 34, (la traducción es mía).

tomar con seriedad la actividad deliberativa y diferenciarla de la mera opinión – *bargaining*–, en aras a superar las críticas al Parlamento que lo identifican con una casa de tertulia de la que nada bueno puede salir. En sentido opuesto, el precio a negar la posibilidad de conocer una respuesta objetiva es la incoherencia, la pérdida de seriedad.

El reconocimiento de dicha verdad ontológica permite indagar sobre la segunda premisa objetiva, que es de carácter epistemológica y se encuentra relacionada con la siguiente pregunta: ¿cómo podemos conocer cuál es la decisión acertada?

Por consiguiente, aceptar la posibilidad de que exista una verdad objetiva, cognoscible o construible implica aceptar la existencia de un procedimiento determinado para acceder a ella. Así, con respecto al procedimiento de Waldron es menester reconocer una segunda premisa objetiva, llamada *tesis epistemológica*, la cual podría matizarse con las siguientes palabras de Martí: «la democracia deliberativa caracterizada por la votación mayoritaria como medio para dirimir las cuestiones es el procedimiento más confiable que existe para arribar a la decisión política correcta en un contexto en donde reina el desacuerdo de sustancia y la diversidad de intereses»<sup>1315</sup>.

Téngase presente que en el pensamiento de Waldron el método propuesto, siempre que se lo considere en el marco de circunstancias normales en donde se cumplan determinadas condiciones de respeto mutuo y funcionamiento de poderes estatales, es concebido como superior, en términos comparativos, a otros procedimientos –como podrían ser el foro judicial, la deliberación seguida por mayoría calificada, la votación sin deliberación, el azar–<sup>1316</sup>. Por tanto, es aquí en donde se percibe el valor epistémico del método: las decisiones políticas son legítimas porque fueron producidas mediante un procedimiento que se considera idóneo, justo e imparcial para llegar a una decisión que dé respuesta al desacuerdo<sup>1317</sup>.

---

<sup>1315</sup>Idem, p. 35. Del mismo modo, expresa Martí: «La deliberación democrática es en general el procedimiento democrático más confiable para identificar cuáles son las decisiones políticas correctas y, por lo tanto, es el mejor método para tomar decisiones políticas». Ibidem (la traducción es mía); Cfr. DD, p. 223.

<sup>1316</sup>Cfr. VERDUGO, “Las debilidades...”, pp. 365-366; Cfr. CCAJR, p. 1360.

<sup>1317</sup>Es interesante destacar la posición que tiene Juan Carlos Bayón con respecto a los valores epistémico e instrumental de un procedimiento decisonal, lo cual invita a reflexionar sobre la necesidad de que ambas tesis –la epistémica y la ontológica– se encuentren imbricadas. En este sentido, su premisa consiste en que «un procedimiento sólo puede tener valor epistémico para nosotros si tiene valor instrumental y además sabemos que lo tiene». Señala: «para explicar mejor lo que quiero decir conviene examinar qué clase de relación existiría entre las ideas de valor instrumental y valor epistémico de un procedimiento, entendiendo que el primero consistiría en su tendencia a producir deci-

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

Por último, aparte de las tesis ontológica y epistemológica que subyacen en el procedimiento político de Waldron, también puede observarse la existencia de una última *tesis objetiva* que concierne a la *legitimidad democrática*. En este aspecto, aun cuando pueda ponerse en cuestionamiento la posibilidad de que exista una respuesta correcta, como así también la posibilidad de conocerla mediante un método determinado, en el pensamiento de Waldron existe una tercera premisa objetiva por la cual debe confiarse en el resultado originado en el Parlamento: los legisladores que deliberan tienen credenciales democráticas porque fueron elegidos por el pueblo. Por consiguiente, la autoridad que tienen para decidir en su representación los enviste de legitimidad para decidir cuestiones controversiales. Esta premisa tiene un peso preponderante y es la razón por la cual el autor critica al control de constitucionalidad fuerte, porque los jueces también deliberan y deciden por la mayoría y también pueden arribar a una decisión acertada, aunque la diferencia reside en sus credenciales. Así, esta verdad basada en la investidura democrática no puede desatenderse de las dos premisas previas dado que en Waldron, las tres se encuentran ligadas. Por tanto, la necesidad de reconocer la existencia de una verdad objetiva a la cual se puede aspirar, y la convicción de que existe un procedimiento para lograrlo, son verdades que deben aceptarse para tomar una decisión final, siempre y cuando quienes lo hagan sean competentes en términos democráticos<sup>1318</sup>.

En conclusión, existen tres premisas que en el pensamiento de Waldron se aceptan como objetivas e interconectadas, al margen de toda discusión, y al mismo tiempo devienen en necesarias para que su modelo político de toma de decisiones sea entendido como legítimo y apropiado en el marco de una sociedad plural. Primero, existe una respuesta objetiva y es posible conocerla mediante un procedimiento epistemológico. Segundo, el procedimiento idóneo es la deliberación parlamentaria en juego con la regla de las mayorías. Y, tercero, los legisladores son los funcionarios legitimados en términos democráticos para decidir por el pueblo.

---

siones correctas y el segundo en su capacidad de servirnos como guía fiable para identificar qué decisiones son correctas. Parece claro, en primer lugar, que un procedimiento no puede en ningún caso tener valor epistémico si no tiene también valor instrumental: si no tiende a producir decisiones correctas, entonces no puede ser cierto que el hecho de que una decisión haya sido tomada a través del mismo es un indicador fiable de que la decisión es correcta. En cambio, que un procedimiento tenga valor instrumental no implica necesariamente que tenga valor epistémico para un sujeto, porque para empezar el hecho de que tienda a producir decisiones correctas no implica que sepamos que tiende a producir las (...). BAYON, “¿Necesita la...”, p. 194.

<sup>1318</sup>Cfr. CGJ, pp. 56-60.

## 2.7.3-La dignidad humana como verdad necesaria

Por último, aparte de las tesis mencionadas con anterioridad, en el procedimiento político de Waldron también puede encontrarse un fundamento ulterior, objetivo e inevitablemente necesario, que se encuentra al margen de todo desacuerdo al punto de ser tomado como un dogma. El mismo consiste en la concepción del ser humano como sujeto capaz de reflexionar sobre los procedimientos para organizar la vida en sociedad<sup>1319</sup>. Esta idea es liminar en el andamiaje doctrinario del autor y se encuentra vinculada con su concepción de la dignidad humana entendida como *status* normativo. Si bien en ningún momento Waldron la especifica como una idea metafísica o de carácter realista, sino que por el contrario admite su carácter constructivo, acepta que pueden existir concepciones diferentes. Lo cierto es que dicha concepción se erige como piedra angular de su modelo político y se deduce de su forma de concebir el derecho de participación política –en especial, en la importancia de la deliberación y votación como actividades que legitiman a la autoridad–. Y, sin ir más lejos, de su concepción de los desacuerdos, toda vez que estos derivan de individuos que toman decisiones sobre la base del respeto mutuo. De este modo, los legisladores no pueden discutir la existencia o no de la capacidad reflexiva del hombre, porque, incluso cuando lo hagan, la están poniendo en práctica en el mismo acto de hacerlo. Así, dicha capacidad que se materializa en el principio de equidad e igual trato y consideración para todas las voces en discrepancia, es la razón moral que ningún procedimiento puede ignorar o menoscabar bajo detrimento de resultar ilegítimo<sup>1320</sup>.

A modo de corolario final, se deduce que el procedimiento de Waldron se encuentra erigido sobre ciertas premisas objetivas y sustanciales que se identifican

---

<sup>1319</sup>Cfr. DD, pp. 353-354.

<sup>1320</sup>En este sentido, son iluminadoras las palabras de Juan Carlos Bayon sobre el fundamento último de la democracia deliberativa –en diálogo con J. L. Martí–: «El análisis de Martí continúa preguntándose por qué la democracia deliberativa (que pone en primer plano la idea de argumentación) sería preferible a otros modelos de democracia como el pluralista, el de la democracia como mercado o el agonista (centrados por el contrario en la negociación o el voto). Y una vez más es la justificación sustantiva la que resulta concluyente: la democracia deliberativa, nos dice Martí, “es el modelo democrático que mejor desarrolla los principios normativos derivados de los valores de igual autonomía política e igual dignidad” y, en ese sentido, “es superior con respecto a la negociación y al voto” (RD, 210). Pero eso quiere decir que, tenga o no valor epistémico la democracia deliberativa, lo cierto es que no necesitamos presuponer que lo tiene para justificarla frente a esos otros modelos de democracia alternativos: la justificación sustantiva, por sí sola, seguiría mostrándonos que es preferible». BAYON, “¿Necesita la...”, p. 224.

como presupuestos que deben entenderse como exentos de discrepancias. Es aquí que existe un límite en su visión del desacuerdo sustancial, siendo en este aspecto en donde reside una de las contradicciones del autor puesto que expresamente postula la irrelevancia de la objetividad y la permanencia irresoluta de los desacuerdos. Pero implícitamente, en las premisas y fundamento ulterior que subyacen en su modelo, las termina por aceptar. Por consiguiente, en última instancia hay una base común, sustancial, evidente, que no se puede negar y deviene en el punto de partida de su edificio intelectual.

## RECAPITULACIÓN

En el presente capítulo se encuentran desarrolladas las críticas a la teoría de la interpretación integral de Dworkin y a la teoría de la toma de decisiones políticas de Waldron. A este fin, puede observarse que el punto neurálgico de las objeciones se encuentra vinculado con la cuestión de la *objetividad*. Por un lado, Dworkin pretende que, mediante su teoría interpretativa, el juez pueda arribar a concepciones objetivas de los valores políticos y morales comprometidos en los casos concretos; sin embargo, fracasa en dicho intento porque su objetividad termina por ser un *solapamiento de voluntades*. Por otra parte, Waldron, pretende evadir el problema de la *objetividad*, la cual considera irrelevante puesto que el desacuerdo en cuestiones sustanciales y formales se encuentra al orden del día. Sin embargo, necesariamente, se encuentra constreñido a reconocer algún grado de objetividad sobre el que descansa su procedimiento decisonal a fin de que imbuya de valor a las decisiones que emanan del Parlamento. En este aspecto, puede observarse que el abordaje de las objeciones sigue la siguiente estructura: a-determinación de los paradigmas filosóficos a los que cada autor adhiere —el constructivismo de Dworkin y el procedimentalismo epistémico de Waldron—; b-análisis de las influencias filosóficas que residen en las propuestas de ambos autores; c-y, por último, explicación de las críticas que afectan a ambos modelos de pensamiento.

En relación al pensamiento de Dworkin pueden observarse los siguientes corolarios:

A-Dworkin adhiere a un *constructivismo ético-jurídico*. Considera que existe una única respuesta correcta –objetiva– a la que los jueces deben arribar al dictar sus sentencias, y para llegar a ella deben aplicar la teoría de la interpretación jurídica. La misma consiste en un *método*, un conjunto de etapas que el juez debe seguir, en el que compromete sus convicciones, para que su sentencia sea la mejor respuesta que pueda existir –la más congruente y convincente–. De allí que la aplicación del método se identifica con un razonamiento práctico cuyo objeto es *construir* las concepciones de los valores políticos y principios que sean necesarias para resolver los casos que se le presentan. De este modo, la sentencia, producto de la aplicación de la teoría de la interpretación, se encuentra justificada racionalmente y, también, dotada de moralidad, porque fue decidida con responsabilidad moral por el intérprete, quien debe respetar el principio de igual consideración y respeto de todos los individuos. Dworkin niega cualquier adhesión al realismo cognitivista, razón por la cual rechaza postulados referidos a la naturaleza de las cosas o metafísica que puedan dotar de objetividad, y fuerza deóntica, a las concepciones de los valores políticos que el juez pueda elaborar. En este aspecto, la pretendida *objetividad* de los enunciados finales que Dworkin defiende es producto del seguimiento de un método y, a su vez, de la responsabilidad moral que descansa en el intérprete al seguirlo.

B-Las influencias filosóficas en el pensamiento constructivista de Dworkin son de las más variadas, de allí que su constructivismo sea *ecléctico*: a-su concepción de la moral como *reino independiente* con sus propias reglas de juego –desvinculada con la naturaleza de las cosas–, encuentra su influencia en el *principio de Hume*; b-su concepción sobre el deber que tiene el intérprete de construir concepciones de valores, respetando el principio de igual consideración y respeto, evitando dejarse llevar por sentimientos egoístas, encuentra su influencia en noción de la *autonomía de la voluntad* de Kant, más precisamente, en su imperativo categórico –este es un punto central en su constructivismo puesto que el derecho es una práctica jurídica compuesta por individuos que crean derecho mediante un actuar moralmente responsable–; c-el ideal de la integridad, consistente en que el intérprete debe construir concepciones de valores políticos y morales que se refuercen mutuamente, comprometiéndose sus convicciones, encuentra su influencia en Rawls, quién elabora un método en el cual los individuos tratan de dilucidar los principios axiológicos con base en sus convicciones personales, aunque detrás de un velo de ignorancia; d-por último, la idea de que *interpretar es crear derecho* –el juez construye concepciones al interpretar los derechos y luego sentencia en virtud de ellas– encuentra su influencia en Gadamer, para quien la interpretación se materializa

en actos productivos, no reproductivos y, a su vez, las interpretaciones se encuentran alteradas por la situación personal del intérprete y el contexto que lo rodea.

C-En cuanto a las críticas a su pensamiento, puede mencionarse: a-la concepción de la dignidad humana, fundada en los principios del *autorrespeto* y *vida auténtica*, es amplia y ambigua, y cualquier proyecto de vida puede considerarse como digno siempre que haya sido decidido con convicción, encuadre dentro del consenso ético-liberal de la sociedad y respete la vida de terceros; b-la concepción de los derechos también es vaga, así los derechos son importantes porque protegen intereses individuales contra el abuso del Estado, pero no hay un esfuerzo por dilucidar cuáles son esos intereses, por tanto, no queda claro qué intereses merecen ser protegido por los derechos; c-la responsabilidad moral del intérprete requiere que el juez resuelva sus sentencias con base en sus convicciones, sin embargo, no se establece un mecanismo que posibilite identificar dichas convicciones y, a su vez, aislarlas de otros elementos de la personalidad como los sentimientos, intenciones, deseos, etc.; d-los intérpretes deben crear concepciones de valores que sean objetivas para llegar a una única respuesta correcta, pero es incongruente afirmar que la objetividad descansa en el seguimiento de un método interpretativo que, a su vez, depende del juicio de valor de su intérprete; e-y, en relación a la objeción previa, el método interpretativo no solo tiene por objeto crear concepciones objetivas, sino también dotarlas de fuerza moral, y es aquí donde el autor incurre en la falacia procedimental: ¿puede un procedimiento formal ofrecer un fundamento material?; f-por último, la crítica final al pensamiento jurídico de Dworkin se encuentra vinculada con el desconocimiento de una ontología, un referente externo, que pueda dotar de fuerza normativa a las concepciones de valores elaboradas, lo cual se desprende de su modo de entender la actividad interpretativa bajo la influencia de Gadamer.

En relación al pensamiento de Waldron pueden observarse los siguientes corolarios:

A-Adhiere a un procedimentalismo epistémico. El filósofo parte del punto de que una de las circunstancias de la política es el desacuerdo sobre cuestiones sustanciales –derechos humanos–. Razón por la cual considera que lo relevante es el procedimiento por el cual dichos problemas deben ser canalizados. Por tanto, la forma es más importante que la sustancia. De este modo, considera que existe un procedimiento que es más adecuado que otro para abordar los problemas comunes: la deliberación previa votación por mayorías en el seno del Parlamento, en un marco de buena fe y respeto mutuo. De este modo, el procedimiento dota de legitimidad democrática a la legislación.

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

B-Las influencias filosóficas que subyacen en dicho pensamiento procedimentalista son disímiles: a-la idea de conflicto en el estado de naturaleza y la necesidad de una autoridad soberana que permita resolverlos, postuladas por Hobbes, tienen influencia en la noción de desacuerdos de Waldron, como así también, en la necesidad de una autoridad legítima que pueda abordarlos, aunque nunca terminen por desaparecer; b-las cargas de juicio de Rawls, que se identifican con la causa de los desacuerdos sobre la justicia, son las mismas que provocan los desacuerdos en Waldron, aunque para éste dichas cargas tienen incidencia no solo en la justicia sino también en la noción de bien y de derechos individuales; a su vez, la idea de un principio de equidad, mediante el cual pueda llegarse a una respuesta, se encuentra patente en Waldron; y, por último, la idea de *circunstancias de la política* guarda cierta reminiscencia con las *circunstancias de la justicia* de Rawls; c-la concepción del Parlamento como autoridad soberana del gobierno propuesta por Locke encuentra su eco en la concepción del Parlamento de Waldron, el cual es considerado como un ente soberano cuyos legisladores cuentan con credenciales democráticas legítimas; d-por último, la defensa de la legislación propuesta por Bentham y su consecuente crítica al poder judicial, influyen en la concepción de la legislación de Waldron, para quien esta debe ser obedecida no porque permita concretar el principio de utilidad sino porque es la expresión más fiel de la democracia mayoritaria.

C-En relación a las críticas al procedimiento de toma de decisiones políticas pueden mencionarse: a-la concepción de la dignidad humana, concebida como un *status* normativo de rango elevado, adolece de vaguedad, puesto que la misma se encuentra en constante construcción y está asociada con la ciudadanía jurídica y, por tanto, su carácter de inherencia al individuo se encuentra comprometido; b-la legitimidad democrática del Parlamento, con base en el carácter representativo de los ciudadanos, no contempla la idea de que los legisladores puedan actuar en virtud de intereses egoístas y recaer así en una tiranía de las mayorías, razón por la cual rechaza el mecanismo del control judicial fuerte para reducir los problemas; c-existe una doble afirmación que es contradictoria: por un lado, los desacuerdos de derechos no desaparecerán, por el otro, existe un derecho que tiene predilección por sobre los demás, el derecho a la participación política, que se materializa en la deliberación y subsiguiente votación; de este modo, existe una regresión al infinito, puesto que siempre se parte del desacuerdo, lo que horada la legitimidad democrática del procedimiento propuesto por Waldron para abordar los problemas comunes; d-la noción de pueblo es restringida, solo se encuentra integrada por los ciudadanos comunes y corrientes que pertenecen a una generación determinada y los representantes se encuentran legitimados democráticamente en virtud de un criterio procedimental y estático, así los jueces no forman parte del pueblo y tampoco se encuentran legitimados para tomar decisiones sustanciales; e-existe una contradicción in-

#### CAPÍTULO IV: ANÁLISIS CRÍTICO

terna en el pensamiento de Waldron porque, por un lado, resalta la importancia de reconocer a los individuos la *capacidad de pensar procedimentalmente* pero, al mismo tiempo, considera como procedimiento más respetuoso la deliberación parlamentaria previa votación por mayoría, dejando otros procedimientos de lado – como el de las mayorías calificadas o la aceptación de un control judicial de constitucionalidad fuerte–, lo que implica, en cierto aspecto, desconocer la capacidad procedimental de los individuos para decidir libremente cuál es el método más plausible; 6-por último, a pesar de los desacuerdos de sustancia y de proceso, Waldron se encuentra en la obligación de reconocer dos postulados que son ajenos a las discrepancias: los individuos creen que existe una verdad objetiva –*tesis ontológica*–, caso contrario no deliberarían; y, a su vez, existe un procedimiento adecuado para conocerla o construirla –*tesis epistemológica*–. Ambas tesis reflejan la aceptación de un dogma objetivo e indiscutible: el ser humano es capaz de pensar procedimentalmente. Dichas tesis comprometen su noción de la permanencia de los desacuerdos en cuestiones sustanciales y también su afirmación de la irrelevancia de la objetividad moral.



## **EPÍLOGO**

**LINEAMIENTOS PARA ELABORAR UNA TEORÍA  
INSTITUCIONAL DE LA TOMA DE DECISIONES EN  
MATERIA DE DERECHOS A PARTIR DE LAS  
OBJECIONES EFECTUADAS A WALDRON Y DWORKIN**



## EPÍLOGO

El presente epílogo tiene por objeto presentar los lineamientos necesarios para elaborar una teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos que sea alternativa a las propuestas efectuadas por Jeremy Waldron y Ronald Dworkin. Dicha teoría se encuentra integrada por dos subteorías: una subteoría de los derechos humanos y una subteoría de la autoridad. Siguiendo este orden, se procederá del siguiente modo:

En primer lugar, se indagará sobre la necesidad de concebir una subteoría de los derechos humanos que sea objetiva, realista y sólida, que permita elaborar concepciones de los derechos cuya legitimidad no dependa exclusivamente de la voluntad de los sujetos –sean legisladores o jueces–. Para ello se recurrirá a la teoría desarrollada por John Finnis en *Natural Law Natural Rights* basada en la existencia de bienes humanos básicos.

En segundo lugar, se elaborará una subteoría de la autoridad que sea respetuosa de la concepción de los derechos propuesta en la subteoría mencionada en el párrafo anterior y que, a su vez, permita determinar qué órgano de gobierno debe tener la última palabra en la especificación de los derechos. Al respecto, se tendrá especialmente en cuenta los postulados señalados en las obras *Legislated Rights: Securing Human Rights Through Legislation* de los discípulos de Finnis y *Por qué el derecho importa* de Alon Harel.

La conclusión a la que se aspira llegar es que, una vez respondidos interrogantes como: qué son los derechos, cuál es su contenido y por qué son importantes, será posible discernir qué agente de la comunidad política se encuentra en mejor situación para especificarlos y, a su vez, por qué. Dichos interrogantes serán abordados a lo largo del presente epílogo y terminarán por suministrar los lineamientos necesarios para elaborar una teoría de la toma de decisiones políticas en materia de derechos.

## EPÍLOGO

## PUNTO DE PARTIDA

### 1-NECESIDAD DE UNA TEORÍA INSTITUCIONAL DE LA TOMA DE DECISIONES POLÍTICAS EN MATERIA DE DERECHOS

El primer paso para elaborar una teoría institucional de la toma de decisiones políticas en materia de derechos consiste en discernir cuáles son los problemas que debe poder responder. En este aspecto, los problemas son dos y se encuentran relacionados: 1-existen discrepancias sobre qué son los derechos, cuál es su contenido y cuál es el fin que los hace valiosos, lo que dificulta su especificación<sup>1321</sup>; 2-a su vez, existen discrepancias sobre qué institución u órganos del Estado debe ser considerada como autoridad competente para especificarlos<sup>1322</sup>.

En relación al problema de los derechos, no existe una idea clara si los derechos son libertades, reclamos, potestades, facultades, principios, privilegios, entre otras etiquetas con las que se los suelen denominar<sup>1323</sup>. De igual modo, existe incertidumbre sobre qué es lo que hace valioso a los derechos, más precisamente, se discute en si los mismos protegen intereses, valores o bienes de las personas, aunque existe una aceptación generalizada de que son indispensables para una vida plena en sociedad –aun cuando tampoco se tenga una noción clara en qué consiste una vida plena–. Tampoco existe certeza sobre cuál es el contenido de los derechos, esto es, cuáles son sus elementos integrativos y en qué medida deben estar concretizados<sup>1324</sup>.

Estas dificultades pueden observarse tanto en el pensamiento de Waldron como en el de Dworkin. Ambos se exponen sobre una teoría institucional para decidir sobre los derechos sin partir previamente de una teoría sólida sobre qué son.

---

<sup>1321</sup>Cfr. DD, p. 19; Cfr. DS, pp. 133, 146, 184.

<sup>1322</sup>Cfr. DD, pp. 253-254.

<sup>1323</sup>Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del Derecho. Tomo I. El derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 80.

<sup>1324</sup>Cfr. Grégoire WEBBER, Francisco J. URBINA, Paul YOWELL, Maris KÖPCKE, Richard Ekins y Bradley MILLER, *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge University Press, 2018, pp. 29-32, (en adelante se abreviará con las siglas «LR»).

## EPÍLOGO

El primero, Waldron, subraya la existencia de desacuerdos permanentes sobre los derechos y evita dar una definición explícita al tiempo que resalta la necesidad de un procedimiento equitativo para que sean abordados, postulando la legitimidad de los legisladores para realizarlo, dejando de lado el aspecto sustancial<sup>1325</sup>. Por su parte, Dworkin, teoriza sobre los derechos humanos con mayor profundidad y trata de brindar una respuesta más allá de todo desacuerdo. Así, considera que los derechos son *cartas de triunfo* que los individuos pueden imponer contra el Estado o las mayorías para proteger sus intereses individuales, y cuyas concepciones son elaboradas por el intérprete a partir de un método interpretativo judicial<sup>1326</sup>. No obstante, aun en este segundo caso, no hay un análisis en profundidad sobre cuáles serían los intereses que merecen ser protegidos y por qué. A su vez, en la medida en que la concepción de los derechos –lo que incluye la descripción de su contenido– deriva del juicio que el intérprete efectúa al analizar la práctica jurídica y social desarrollada por los miembros de una comunidad, los derechos no tienen consistencia propia sino que devienen en una pura construcción intersubjetiva –sin un límite sustancial que ponga coto a la voluntad del intérprete–. Por tanto, su incondicionalidad queda comprometida, como así también la función subrayada por Dworkin –proteger intereses individuales contra el Estado o las mayorías–<sup>1327</sup>.

En ambos casos, tanto los legisladores como los jueces se encuentran sujetos a problemas de legitimidad para decidir sobre los derechos debido a que parten de nociones abstractas sobre lo que son y no efectúan un esfuerzo serio por dilucidar cuáles son sus elementos constitutivos. Estas particularidades conllevan a que los derechos necesiten ser especificados en sus elementos para que puedan ser comprendidos y, a su vez, tengan fuerza concluyente, es decir, a fin de que puedan ser tomados como razones necesarias y suficientes para actuar<sup>1328</sup>.

---

<sup>1325</sup>Cfr. DD, pp. 354-355.

<sup>1326</sup>Cfr. JE, pp. 167-168, 399-401; Cfr. DS, pp. 11, 37.

<sup>1327</sup>Cfr. Pilar ZAMBRANO, "Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva jurídica de la especificación de la acción humana", en *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John Finnis. A propósito de la 2da. Edición de Ley natural y derechos naturales*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, 87 ss., p. 114. Expresa Zambrano: «En otras palabras, se supone que los principios de derecho fundamental son, usando la terminología de Dworkin, cartas de triunfo frente al interés mayoritario. Pero si es un uso mayoritario lo que fija la referencia y con ello el sentido de los principios de derechos fundamental, se incurre en una contradicción performativa. Se niega con la acción lo que se afirma con las palabras. De forma tal que, o los principios de derecho fundamental se refieren a exigencias que tienen algún grado de inmutabilidad e independencia respecto del vaivén de los intereses e incluso de las convicciones mayoritaria, o dejan de ser "fundamentales"». Ibidem.

<sup>1328</sup>La Dra. Zambrano, interpretando el pensamiento de Finnis, menciona que en el Derecho existen *principios de derecho fundamental* que pueden definirse como «toda norma que reconoce o incor-

## EPÍLOGO

En relación al segundo problema –el problema de la autoridad– puede observarse que el desacuerdo sobre los derechos conlleva a que se discrepe sobre cuál debe ser la autoridad competente para especificarlos<sup>1329</sup> y, también, cuál debe ser la forma idónea para lograrlo. En sencillas palabras, si no se sabe qué son los derechos, cuál es su contenido y para qué sirven ¿cómo discernir cuál es el órgano que se encuentra en una mejor situación para concretizarlos?

En este aspecto, a diferencia de Dworkin que postula que el poder judicial es la autoridad máxima para decidir sobre la especificación de los derechos, puesto que los magistrados son quienes resuelven con base en principios y, a diferencia de Waldron que estima que el Parlamento es quien debe hacerlo, puesto que son los legisladores quienes cuentan con credenciales democráticas suficiente; aquí se partirá de un punto distinto: en un sistema republicano y democrático de gobierno la especificación de los derechos requiere un trabajo en conjunto del poder legislativo y el poder judicial. En otras palabras, la especificación de los derechos concierne a los legisladores, ya que son quienes elaboran las leyes que deben regir en una comunidad, aunque dicha tarea no es exclusiva de ellos<sup>1330</sup>. Esto se debe a que los jueces también tienen un papel importante en la especificación de los derechos. Así,

---

pora derechos fundamentales en una práctica constitucional concreta, normalmente –aunque no de forma única– a través de enunciados normativos contenidos en constituciones y declaraciones de derechos». A su vez, describe que estos principios están divididos en tres clases. a) Principios de derecho fundamental concluyentes. Estos se llaman *concluyentes* porque concluyen o finalizan el razonamiento práctico, por tanto, se identifican con una razón suficiente y necesaria para actuar. Además, emplean un lenguaje negativo, como, por ejemplo, *nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos (...)* –Art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos–. Dichos principios siempre reconocen derechos de naturaleza absoluta y son inalienables. b) Principios de derechos fundamental con fuerza concluyente limitada, como, por ejemplo, *nadie podrá ser arbitrariamente detenido* –Art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos–. Estos principios reconocen derechos que, al igual que los de primera clase, no pueden ser restringidos por razones utilitaristas o de orden general, sino solo por las razones enunciadas expresamente en la norma que los prescribes. c) Principios de derecho fundamental con fuerza directiva. Estos emplean fórmulas asertivas, como, por ejemplo, *todo individuo tiene derecho a la vida* –Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos–. Estos se identifican con una razón para actuar necesaria pero no suficiente, de allí que puedan estar limitados por razones de orden general. A su vez, se identifican con relaciones de dos términos –el sujeto titular de derechos y el objeto de la titularidad– y reconocen derechos inalienables, pero no absolutos. Zambrano detalla, a título personal, que los dos primeros principios refieren a principios morales absolutos, existiendo entre aquellos y estos una relación de determinación, no de conclusión. Explica que, según Finnis, «ningún principio jurídico posee fuerza concluyente hasta que no se traduce en relaciones de tres términos, entre la persona titular; el derecho/objeto/libertad debido; y la persona obligada. Esta traducción exige especificar la identidad del titular del deber; la identidad del titular del derecho; el contenido exacto del deber; los poderes del titular del derecho para hacer valer su derecho; etcétera, y varía o puede variar de sistema en sistema y, dentro de cada sistema, puede hacerse de muchas formas posibles». ZAMBRANO, “Principios fundamentales como...”, pp. 89, 92, 93.

<sup>1329</sup>Cfr. LR, pp. 15, 22-23, 54.

<sup>1330</sup>Cfr. Idem, p. 14.

## EPÍLOGO

mediante la canalización de los reclamos particulares y la consecuente satisfacción del derecho a ser oído, colaboran en la identificación de contradicciones, lagunas y ambigüedades que presentan la legislación a fin de que pueda ser rectificadas por los legisladores y, en consecuencia, los derechos puedan ser especificados de una forma precisa<sup>1331</sup>.

En esta línea, una teoría institucional de la toma de decisiones políticas en materia de derechos que postula que el poder legislativo y el poder judicial deben interactuar mutuamente para que los derechos sean especificados y salvaguardados, debe poder responder a los dos problemas mencionados con anterioridad: el problema de los derechos y el problema de la autoridad. Por eso, dicha teoría, como se indicó, se encuentra integrada por dos subteorías, una subteoría de los derechos y una subteoría de la autoridad. Para explicarlas a lo largo del presente epílogo se procederá de la siguiente manera:

El cuerpo de trabajo se dividirá en dos partes, cada una con dos secciones.

En la primera parte se abordará la subteoría de los derechos. En la primera sección se indagará sobre los inconvenientes que produce la regulación *abstracta* de los derechos, como lo son su expansión irrestricta y la posibilidad de que sean manipulados. Luego se analizarán las dimensiones objetivas y subjetivas de los derechos, puesto que ambas deben ser contempladas para concebir una teoría de los derechos íntegra, de modo que no puedan ser entendidos solamente como una prerrogativa subjetiva, sino que también deben ser considerados como una exigencia de la justicia.

En la segunda sección, se postularán los elementos necesarios de la subteoría de los derechos: 1-se responderá qué son los derechos y cuál es su contenido. Para ello, se tendrá en cuenta la concepción de los derechos de Wesley Hohfeld que señala una serie de elementos que integran la estructura interna de todo derecho – sujeto titular, pretensión y sujeto deudor– y, a su vez, explica la existencia de cuatro formas diferentes de entenderlos –libertad, reclamo, poder y privilegio–. 2-Acto seguido, a partir de los postulados de Finnis esgrimidos en *Natural Law Natural Rights*, se indagará sobre por qué los derechos son importantes para los individuos, se detallará la relación que existe entre los derechos y los bienes básicos, los cuales son partes constitutivas del bien común. Por último, se subrayará el rol que cum-

---

<sup>1331</sup>Cfr. Alon HAREL, *Por qué el derecho importa*, trad. Mariano Vitetta, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 192, 201-202, (en adelante se abreviará con las siglas «PDI»).

## EPÍLOGO

plen los bienes como límites infranqueables que toda autoridad debe respetar para que sus normas sean moralmente correctas y legítimas en términos sustanciales.

En la segunda parte, se abordará la subteoría de la autoridad. Se tratará de discernir qué órganos de gobierno están en mejores condiciones para especificar los derechos y por qué. Como se indicó con anterioridad, el problema de la abstracción de los derechos provoca que crezcan en forma irrestricta y sean manipulables, lo que hace necesario que una autoridad pueda decidir sobre ellos y los determine.

A este fin, en la primera sección de la segunda parte se abordarán los presupuestos necesarios para la elaboración de una teoría de la autoridad, estos son: 1-el problema del desacuerdo sobre qué autoridad se encuentra en mejor posición para especificar los derechos; 2-la necesidad de reconocer que el poder legislativo sanciona leyes con base en principios, no siendo dicha característica exclusiva del poder judicial –en contra a los sostenido por Dworkin–; 3-la aceptación de que el poder legislativo, como consecuencia de su estructura y características intrínsecas de su modo de funcionamiento, se encuentra en una posición privilegiada para especificar los derechos; 4-el reconocimiento de que el poder judicial puede contribuir a dicha especificación de los derechos mediante la canalización de los reclamos individuales. De allí que la especificación de los derechos, necesariamente exige un esfuerzo mutuo entre los poderes judicial y legislativo.

En la segunda sección de la segunda parte de este capítulo, se describirá una posible forma de enriquecimiento mutuo entre el poder legislativo y el poder judicial para especificar los derechos a partir de ciertos postulados señalados en *Legislated Rights: Securing Human Rights Through Legislation*, aunque corresponde mencionar que no se adherirá por completo al contenido de dicha obra puesto que se encuentra enfocado exclusivamente en la especificación de los derechos por medio del poder legislativo, y desconoce el rol relevante que tiene el poder judicial en dicha tarea<sup>1332</sup>. La forma de especificación que se trabajará en el presente trabajo se encuentra desarrollada a partir de la función de *guía de la acción* que cumple el derecho. Esto es, por un lado, se subrayará la necesidad de que las leyes se conviertan en verdaderas guías de acción para facilitar la adjudicación judicial, lo cual conlleva a que su elaboración deba cumplir con determinadas exigencias, como la regulación de los derechos teniendo en cuenta todos sus elementos constitutivos y la regu-

---

<sup>1332</sup>Cfr. Juan Bautista ETCHVERRY, “Determinación Judicial del derecho: el eslabón perdido. Comentario a «Legislated Rights-Securing Human Rights Through Legislation»”, pro-manuscrito, 2022, p. 5. Señala Etcheverry: «En el libro que se comenta, se pone tanto énfasis en la etapa legislativa que termina olvidando el eslabón judicial de la cadena de determinación del derecho». Ibidem.

## EPÍLOGO

lación de categorías legales que permitan a los magistrados resolver sus casos, a fin de evitar recurrir a la discrecionalidad al dictar sentencia. Por otro lado, las sentencias también deben devenir en auténticas *guías de acción* para el poder legislativo. Para eso, las mismas deben poder identificar los vicios de la legislación – ambigüedad, vaguedad, contradicción y lagunas– y, a su vez, precisar el contenido de los derechos a luz de los hechos del caso a fin de evitar una comprensión equívoca de los derechos y reducir los consecuentes conflictos que acontecen en la esfera pública.

Por último, se abordará el siguiente interrogante: puesto que los derechos requieren ser especificados, ¿basta una teoría institucional de la toma de decisiones para que los derechos sean eficaces? La respuesta es negativa. Esto se debe a que existe un elemento exógeno que se identifica con el límite de toda teoría y deviene en una condición indispensable para que pueda dar buenos resultados. Este elemento se identifica con la *cultura cívica* y fue mencionado por Benjamin Constant en su *Conferencia Sobre la libertad de los antiguos comparadas a la de los modernos*<sup>1333</sup>.

---

<sup>1333</sup>El título original es: “De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes” –Paris, 1819–. Se utilizará la traducción: Benjamin CONSTANT, “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos”, trad. C. P. Gutiérrez, *Libertades*, 2013, pp. 83-95.

## I-PRIMERA PARTE: DERECHOS

### 1-CONSIDERACIONES PARA UNA SUBTEORÍA DE LOS DERECHOS

La primera parte del epílogo tiene por objeto esbozar los lineamientos para una subteoría de los derechos humanos, a tal fin se tratará de responder a los siguientes interrogantes: ¿cuál es el problema que presentan los derechos en la actualidad? ¿Qué se entiende por la doble dimensión objetiva y subjetiva de los derechos? ¿Qué son los derechos? ¿Cuáles son sus elementos constitutivos? ¿Por qué los derechos son importantes para los miembros de una sociedad? Con respecto a este último interrogante se vislumbrará la relación que existe entre los derechos y los bienes básicos y, a su vez, entre estos y el bien común. Por último, se detallará cuál es el rol que cumplen los bienes básicos en relación a la legitimidad de las leyes y sentencias que derivan de los órganos legislativo y judicial.

#### 1.1-Los inconvenientes derivados de la abstracción

El carácter abstracto de los derechos consiste en entenderlos como realidades desvinculadas de lo que son, cuáles son sus elementos constitutivos y cuál es el fin que persiguen. En este sentido, es habitual que en los discursos jurídicos dichos interrogantes se den por supuestos. No obstante, no abordarlos con precisión genera una errónea comprensión y provoca una retahíla de conflictos entre derechos en la arena política. En este sentido, una teoría de los derechos necesariamente debe poder explicar dichos interrogantes sin darlos por sobrentendidos, en dicha satisfacción reside el éxito de la especificación de los derechos.

Los problemas que derivan de la abstracción son los siguientes: 1-los derechos pueden expandirse en forma irrestricta; 2-y, a su vez, pueden ser manipulados.

En relación al primer inconveniente, no discernir qué son los derechos, cuál es su contenido ni cuál es el fin por el cual son valiosos, provoca una *inflación* de derechos. Así, pueden encontrarse derechos *exóticos* que adolecen de vaguedad, como los derechos de las máquinas –robots, androides o ginoides–, los derechos de los animales no humanos –en especial de los primates más evolucionados– y otras singulari-

## EPÍLOGO

dades que suelen reclamarse en la esfera política a fin de que sean reconocidas y garantizadas por el Estado. En este aspecto, todo lo que puede ser enmarcado como un deseo, interés, aspiración o libertad puede ser concebido como un derecho, no considerándose al ser humano como sujeto titular exclusivo de ellos<sup>1334</sup>. Dicho fenómeno provoca una degradación de la concepción tradicional de los derechos humanos o, al menos, se aleja de cómo fueron originariamente pensados, cuando su función residía en salvaguardar la dignidad de los seres humanos contra el ejercicio abusivo del poder estatal y/o de terceros<sup>1335</sup>.

En relación al segundo inconveniente, el peligro de adherir a una concepción abstracta de los derechos es que puedan ser manipulados por gobiernos, partidos políticos o diferentes organismos, para que sean funcionales a intereses sectarios o demagógicos. Así, es común que sean tergiversados para que encuadren en discursos partidarios o ideológicos. Por tanto, devienen en objeto de dominio por quien se encuentra en una posición dominante para decidir qué son, cuál es su contenido y cuál es el fin que persiguen, haciéndolos así provechosos a intereses egoístas y convirtiéndolos en instrumentos de poder, con prescindencia de lo que es moralmente correcto en términos objetivos<sup>1336</sup>. Nuevamente, si no se sabe qué es un derecho, cuáles son sus elementos estructurales y cuál es el fin que los hace valioso, entonces cualquier conducta o estado de cosas puede ser catalogada como un derecho.

### 1.2-Las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos

Para efectuar una primera delimitación de lo que es un derecho es meritorio efectuar una remisión a la historia. Así, puede observarse que existe una concepción de los derechos *objetiva*, propia de los jurisconsultos romanos, y otra *subjetiva*, propia de los filósofos de la modernidad como Hugo Grocio y Francisco Suarez. En aras a elaborar una subteoría de los derechos íntegra es necesario complementar ambas concepciones, puesto que las dos brindan sus respectivos aportes para discernir cómo los derechos deben entenderse en la actualidad.

---

<sup>1334</sup>Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo. Introducción crítica al pensamiento actual acerca de los derechos humanos*, Alfabetas Impresores, Santiago, 1989, p. 87.

<sup>1335</sup>Cfr. Idem, p. 87; Leonard Wayne SUMNER, "Rights Denaturalized", en *Utility and Rights*, Basil Blackwell, Oxford, 1985, p. 20; Cfr. Ann Mary GLENDON, *Rights Talk. The impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991, pp. 171-173; Cfr. Juan Antonio CRUZ PARCERO, "La crítica al lenguaje de los derechos", *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 18, España, 2001, pp. 41-42.

<sup>1336</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, *Los derechos...*, pp. 104-105.

## EPÍLOGO

De este modo, la noción *objetiva*, identifica al derecho con la palabra *ius*, que refiere a la *cosa justa o realidad justa*, es decir «la parte de bienes que corresponde a cada ciudadano en los repartos que deben realizarse en la comunidad política»<sup>1337</sup>. En este sentido, se concibe a *ius* como *lo justo en sí mismo*<sup>1338</sup>; es decir, como el objeto de la justicia –*iustitia*–, virtud a la que Aquino concibió como «el hábito por el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho»<sup>1339</sup>. En la antigüedad no existía la noción de derecho como la que se conoce hoy en día, esto es, con las locuciones *tengo derecho a* o *tengo derecho de*, las cuales remiten a una facultad de exigir que descansa en cabeza de su titular y se identifica con un derecho subjetivo<sup>1340</sup>.

Siguiendo esta línea, la noción subjetiva de los derechos tiene su origen en el pensamiento de Guillermo de Ockham, quien desde su cuasi-nominalismo «redujo el campo de los entes cognoscibles al de los singulares aprehensibles por la sensibilidad»<sup>1341</sup>. De este modo, a partir de concebir a todo conocimiento como un producto de la voluntad, los derechos quedaron reducidos a prerrogativa subjetivas, negando así toda abstracción intelectual. Esta noción del derecho de Ockham, termina por influir en la doctrina de filósofos modernos, como Suárez y Grocio, en quienes puede observarse que reemplazan la noción objetiva de los derechos por una subjetiva, caracterizada por concebir al derecho como una facultad –*facultas*– que tiene el sujeto titular y que yace fundada en su naturaleza racional, quedando así eclipsada la noción de derecho como *ipsa res iusta*, expresada por Aquino<sup>1342</sup>.

---

<sup>1337</sup>MASSINI CORREAS, *Filosofía del...*, p. 60.

<sup>1338</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, *Los derechos...*, p. 90; Cfr. LR, pp. 45-46.

<sup>1339</sup>Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008, p. 46. Para mayor precisión véase: Cfr. Tomás de AQUINO, *Suma Teológica, T. VIII, Tratado de la Justicia*, Biblioteca de Autores Cristianos, Ed. Bilingüe, Madrid, 2018, pp. 269-272. Explica el aquinate: «*iustitia est habitus secundum quem aliquis constante et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit*», Idem, p. 271; Cfr. Luis María Cruz ORTIZ DE LANDÁZURI, “Los derechos humanos y el bien común. Una aproximación desde John Finnis”, *Persona y Derecho*, vol. 83, España, 2020, p. 559.

<sup>1340</sup>Massini explica las diferencias entre las fórmulas *tener derecho de* y *tener derecho a*. Así, la primera, refiere al caso en el que el derecho consista en una actividad del sujeto titular –por ejemplo, toda persona tiene el derecho de transitar libremente por la vía pública–; la segunda, refiere a una acción o dación de un objeto por parte del sujeto obligado de la relación –por ejemplo, toda persona tiene el derecho a que se respete su integridad física y psíquica–. Cfr. MASSINI CORREAS, *Filosofía del...*, p. 65.

<sup>1341</sup>Idem, p. 60.

<sup>1342</sup>Explica Widow que Suárez entiende por *ius* la facultad o aptitud que sobreviene al sujeto luego de que, en virtud de la justicia, un objeto es determinado como suyo. Menciona las siguientes palabras de Suárez traducidas de su *Tractatus de Legibus*: «Y en base a esta posterior y estricta significación del *ius*, se suele llamar propiamente *ius* a cierta facultad moral que cada uno tiene, ya acerca de sus cosas, ya acerca de las cosas que le son debidas. Y así, en efecto, se dice dueño de la cosa del que

## EPÍLOGO

Así, pueden observarse dos nociones de derecho: la tradicional, de carácter objetivo, enfocada en el estado de cosas justo, y la moderna, de carácter subjetivo, que lo hace en el sujeto titular y su razón<sup>1343</sup>.

En este aspecto, ambas nociones brindan sus respectivos aportes a cómo deben entenderse los derechos. La noción subjetiva ayuda a la comprensión de los derechos mediante el aporte de un lenguaje que se encuentra en sintonía con cómo los derechos son entendidos en la actualidad y que es habitual entre los juristas. Así, la fórmula *X tiene un derecho a Y*, observable en los Tratados Internacionales y Constituciones Nacionales, refiere exclusivamente a aptitudes o posibilidades que tiene el sujeto titular y son oponibles frente al Estado y/o terceros. No obstante, el peligro de considerar los derechos exclusivamente desde dicha *perspectiva*, teniendo en cuenta solo la persona del beneficiario, prescindiendo de las obligaciones que todo derecho conlleva, reside en que puedan devenir imprecisos y su exigibilidad quede comprometida<sup>1344</sup>.

Por otra parte, la noción objetiva de los derechos también provee sus aportes. Aunque es meritorio reconocer que no se encuentra imbuida de un lenguaje que sea acorde a los tiempos presentes. De hecho, en la antigüedad los derechos no hacían referencia exclusivamente a prerrogativas subjetivas sino a situaciones jurídicas que incluían facultades y deberes –como los que tiene el *pater familiae* debido a su posición dentro de su claustro íntimo–. El foco estaba puesto, no en los sujetos, sino en lo que requiere la justicia con respecto al cumplimiento de la pretensión que vincula a ambas partes de la relación –titular y deudor–. La ventaja de dicha noción consiste en que considera la exigencia de la justicia para discernir qué debe ser considerado como derecho, no siendo únicamente la voluntad individual del sujeto titular o una norma positiva emanada por la voluntad de los hombres, el único criterio para concebirlos como existentes.

Una concepción de los derechos íntegra debe poder complementar ambas dimensiones de los derechos, la subjetiva, que los concibe como facultades de su titular y la objetiva que tiene en cuenta las exigencias de la justicia para discernir qué facultad debe ser considerada como derecho. Así, si los derechos –*iura*– tienen un correlato con la justicia –*iustitia*–, lo que la justicia exige es la concretización de *lo justo*; es decir, el derecho que es debido a su titular por aquel que se encuentra

---

tiene derecho en la cosa, y del operario se dice que tiene derecho al estipendio, por razón de lo cual se dice digno de su paga». Felipe WIDOW LIRA, “El derecho subjetivo entre la escolástica y la modernidad. La posición de Francisco Suárez”, *Bajo palabra. Revista de filosofía*, N° 26 (2021) 201, p. 213.

<sup>1343</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, *Los derechos...*, p. 90; Cfr. LR, pp. 46-47; Cfr. LNDN, pp. 235-237.

<sup>1344</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, *Filosofía del...*, p. 62.

## EPÍLOGO

obligado a satisfacerlo. Así, tanto la posición tradicional como la moderna, pueden enriquecer la comprensión de los derechos en la medida en que se entiendan en forma interrelacionada y complementaria<sup>1345</sup>.

## 2-HACIA UNA SUBTEORÍA DE LOS DERECHOS

### 2.1-Conceptualización y composición interna de los derechos

En línea con lo desarrollado, es menester concebir una teoría que tenga en cuenta las exigencias mencionadas en los epígrafes anteriores, esto es: 1-que pueda evitar los problemas concernientes a la expansión irrestricta de los derechos y su manipulación; 2-y, a su vez, que tenga en cuenta la doble dimensión objetiva y subjetiva para concebir a los derechos de una manera adecuada. Dichas exigencias deben ser tenidas en cuenta a fin de desarrollar una subteoría de los derechos humanos. De este modo, en lo que respecta al presente epígrafe se indagará sobre qué son los derechos y cuál es su contenido; y, en los próximos epígrafes, se responderá a la cuestión relativa al fin que persiguen.

¿Qué son los derechos? En un sentido general, como se mencionó con anterioridad, los derechos se identifican con una facultad del sujeto –*facultas*–. No obstante, Massini delimita aún más el término y precisa que los derechos refieren a una *cualidad que inhiere a un sujeto*. La misma se presenta en la realidad como una *aptitud* de un individuo –sujeto titular– para realizar algo o recibir algo –pretensión– en referencia a otro individuo –sujeto deudor–. De allí que suponga en el sujeto una *potencialidad* para la realización u obtención de ciertos objetos. Esta *potencialidad* no es meramente *fáctica* –es decir, una aptitud de hecho para concretizar cierta conducta–, sino *deóntica*, puesto que debe ser reconocida por terceros aunque el sujeto titular no la ejerza –así, por ejemplo, un sujeto cuadripléjico que no puede moverse por sí mismo sigue siendo titular de la libertad de tránsito aunque no pueda materializarla por voluntad propia–<sup>1346</sup>.

En este sentido, el derecho entendido como *posibilidad deóntica* puede presentarse de cuatro modalidades diferentes –libertad, reclamo, poder y privilegio–. En este aspecto, es conveniente seguir a Hohfeld quién, a su vez, en dicha clasificac-

---

<sup>1345</sup>Cfr. LNDN, p. 239.

<sup>1346</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, *Filosofía del...*, p. 64. Véase que en el diccionario de la RAE el vocablo facultad –*facultas*– tiene dos acepciones: 1-aptitud, potencia física o moral; 2-poder o derecho para hacer algo.

## EPÍLOGO

ción considera los elementos constitutivos que deben existir en una relación jurídica para que sea identificada con un derecho –sujeto titular, pretensión y sujeto deudor–. En este sentido, puede observarse lo siguiente<sup>1347</sup>:

- Derecho-reclamo: el sujeto A tiene el derecho –*claim-right*– a reclamar la pretensión X por parte del sujeto B, *si y solo si* B tiene la obligación –*duty*– de realizar X en favor a A<sup>1348</sup>.
- Derecho-libertad: A tiene la libertad –*liberty*– de realizar o no la pretensión X con respecto a B, *si y solo si* B no tiene ningún derecho-reclamo –*no-right*– de que A realice o no X. Aquí B tiene un deber de abstención o no-derecho –*no-right*– de que A haga o no X<sup>1349</sup>.
- Poder: A tiene un poder –*power*– con respecto a B en relación a X, *si y solo si* B se encuentra expuesto a que su posición legal sea modificada por la realización de la pretensión X por parte de A. Aquí B tiene una responsabilidad –*liability*– de cambiar su posición legal en virtud de la conducta de A en relación a X<sup>1350</sup>.
- Inmunidad: A tiene la inmunidad –*immunity*– con respecto a B en virtud de X, *si y solo si* B no tiene el poder para cambiar la posición legal de A en la realización o no de X. Aquí B tiene una incapacidad –*disability*– para modificar la posición de A en relación a X<sup>1351</sup>.

En cualquiera de las cuatro relaciones puede observarse que existen tres términos –A, B y X–<sup>1352</sup>. Por consiguiente, las relaciones entre las partes se diferencian

---

<sup>1347</sup>Cfr. Wesley Newcomb HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: and other Legal Essays*, Yale University Press, 1919, pp. 35-36; Cfr. LR, pp. 41-42; Cfr. MASSINI CORREAS, *Los derechos...*, pp. 88-89.

<sup>1348</sup>Cfr. HOHFELD, *Fundamental Legal...*, pp. 6-7, 38.

<sup>1349</sup>Cfr. Idem, pp. 7, 38-39.

<sup>1350</sup>Cfr. Idem, pp. 7-8, 50-51.

<sup>1351</sup>Cfr. Idem, pp. 8-9, 60-61.

<sup>1352</sup>Massini, aparte de los tres elementos constitutivos de los derechos –sujeto titular, pretensión y sujeto deudor–, menciona un cuarto elemento: el *principio o fundamento* que justifica la exigencia del derecho. Detalla: «(...) tanto la posibilidad de exigir que se denomina como *derecho*, cuanto el *deber* que aparece necesariamente como su correlativo, suponen una cierta instancia justificatoria, que dé razón de esa exigencia y de ese deber; en otras palabras, un fundamento que les otorgue base racional y los distinga de las meras imposiciones de hecho». Agrega: «(...) todo derecho en el sentido estudiado presupone o importa un principio normativo o valorativo que lo justifica en última instancia». Y, por último, detalla que dicho principio normativo reside en el *título* que es «la razón o fundamento inmediato por el cual una conducta es debida por un sujeto a otros». De allí que una fórmula completa de lo que implica tener un derecho sería: «A tiene derecho a X frente a B, en virtud de Y». MASSINI CORREAS, *Filosofía del...*, pp. 66, 68, 70.

## EPÍLOGO

según cuál sea el vínculo que existe entre ellas con respecto a la pretensión X. Así, en cada relación existe una correlatividad de categorías que se dan con base en la mencionada pretensión. En la primera relación un derecho-reclamo debe estar acompañado de una obligación *-liability-*; en la segunda, un derecho-libertad lo está de una abstención o no derecho *-no-right-*; en la tercera, un poder o potestad está vinculado a una responsabilidad *-liability-*; y, en el último caso, una inmunidad está ligada a una incapacidad *-disability-*<sup>1353</sup>.

A modo de ejemplo puede mencionarse el derecho abstracto regulado en el Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que expresa *toda persona tiene derecho a la libertad de expresión*. En aras a especificarlo con todos sus elementos, teniendo en cuenta las relaciones que puede originar en el campo práctico, puede detallarse la siguiente explicación brindada por Webber: una persona A tiene la libertad de criticar las políticas de su gobierno mediante publicaciones en un diario; en forma correlativa, el gobierno tiene el no-derecho de impedirlo. No obstante, A *no* tiene un derecho-reclamo a que el diario publique su crítica sino que, por el contrario, el diario tiene el derecho-libertad de seleccionar el contenido que quiere mostrar. Por lo que en forma correlativa al derecho-libertad del diario se encuentra el no-derecho-reclamo de A. Por su parte, al ejercer la libertad de prensa el diario corre con la responsabilidad de ser demandado por el contenido o la forma en que expresa sus contenidos –por ejemplo, en caso que haya incurrido en difamación–. De este modo, la persona perjudicada tiene el poder de iniciar una acción judicial y, a su vez, el diario tiene la inmunidad de no hacer públicas las fuentes de su información, razón por la cual el demandante tiene la incapacidad de efectuar dicha petición<sup>1354</sup>.

Por consiguiente, ante una materia como la libertad de expresión pueden dilucidarse diferentes relaciones que involucran a distintos sujetos y proyectan sus respectivos efectos. Los titulares tienen sus propios derechos con sus correspondientes obligaciones en virtud de una pretensión determinada. Para que los derechos no se solapen entre sí en cuanto a sus alcances es necesario especificarlos considerando sus tres elementos. Así, los individuos podrán prever el alcance que tienen y guiar sus conductas de una manera armónica, respetando los derechos de terceros. El corolario que deriva del análisis propuesto por Hohfeld es el siguiente: existe una interdependencia de derechos producto de la confluencia de las actividades humanas que pueden desarrollarse en una comunidad. Así, los derechos deben

---

<sup>1353</sup>Cfr. LR, pp. 41-42; Cfr. HOHFELD, *Fundamental Legal...*, pp. 37-64.

<sup>1354</sup>Cfr. LR, p. 42.

## EPÍLOGO

ser concebidos en forma interrelacionada, lo que implica que las relaciones de unos deban ser especificadas a la luz de las relaciones de otros<sup>1355</sup>.

En conclusión, mediante el presente abordaje es posible responder a qué son los derechos y cuál es su contenido a fin de poder especificarlos. Así, es posible arribar a los siguientes corolarios: 1-los derechos se corresponden con una aptitud o potencialidad deóntica de un sujeto para exigir la satisfacción de una determinada pretensión a otro sujeto; 2-lo que permite observar que el contenido de los derechos se identifica con tres elementos, el sujeto titular, el objeto o pretensión y el sujeto deudor; 3-a su vez, a partir de la propuesta de Hohfeld es posible observar que dicha potencialidad deóntica puede realizarse de cuatro formas diferentes, como libertad, reclamo, privilegio o inmunidad. Lo cual fue explicado mediante el ejemplo de la libertad de expresión. De esta manera, el derecho debe ser delimitado en sus partes y en su objeto, para que pueda dilucidarse cuáles son las obligaciones que se desprenden del mismo y puedan ser exigibles.

### 2.2-La importancia de los derechos: bienes básicos y bien común

La cuestión de los derechos no se encuentra completamente abordada solo con explicar qué son los derechos y cuál es su contenido, sino que es menester preguntarse por qué los derechos son importantes para los miembros de una comunidad. Es necesario dilucidar qué relación tienen con los bienes básicos de los individuos y, a su vez, en qué medida su respeto o vulneración afecta la legitimidad de los productos –leyes o sentencias– emanados por los órganos de poder. En este sentido, tales postulados se abordarán mediante los siguientes epígrafes: I-bienes básicos y derechos humanos; II-bienes básicos y bien común; III-bienes básicos y autoridad.

#### 2.2.1-Bienes básicos y derechos humanos

Los derechos humanos son importantes porque protegen bienes básicos de los individuos<sup>1356</sup>. Dicha premisa adquiere importancia porque evita caer en la ambigüedad en la que incurren ciertas teorías de los derechos –como la esgrimida por Dworkin que, por ejemplo, considera que *los derechos protegen valores o intereses*, sin precisar cuáles serían dichos intereses o valores–. Para explicar la vinculación que existe entre derechos y bienes es necesario discernir qué son los bienes humanos básicos, cuáles son sus características y en virtud de qué reglas deben ser interpretados.

---

<sup>1355</sup>Cfr. Idem, pp. 43-44.

<sup>1356</sup>Cfr. LNDN, p. 234.

## EPÍLOGO

Según Finnis existen ciertos bienes básicos que constituyen aspectos centrales de la realización humana en sentido pleno –llámese florecimiento humano–, de allí que todo individuo debe bregar por perseguirlos y realizarlos, siendo esta una exigencia de la razón práctica puesto que son «necesarios para formular y ejecutar un plan racional de vida»<sup>1357</sup>. El autor postula que todas las sociedades humanas, en mayor o menor intensidad, muestran una preocupación por salvaguardar ciertos bienes básicos como la vida, el conocimiento, la sociabilidad, el juego, la religión, la experiencia estética y la razonabilidad práctica<sup>1358</sup>.

Considera, además, que estos bienes pueden protegerse de diferentes formas ya que las sociedades son culturalmente diversas y muestran diferentes niveles de progreso. Así, por ejemplo, el bien fundamental de la vida puede salvaguardarse mediante la prohibición de la tortura, entre otras. Es debido a su importancia intrínseca y conocimiento generalizado que los mismos son tenidos como universales<sup>1359</sup>. Toda vez que los individuos persiguen la realización de dichos bienes o de algún aspecto de ellos, es que devienen en propósitos o razones básicas de las acciones humanas<sup>1360</sup>.

El autor menciona que dichos bienes tienen ciertas características: son *fundamentales e irreductibles*, puesto que no pueden ser concebidos como un mero aspecto de otro bien o un instrumento para realizar otro bien básico; por tanto, no puede considerarse a uno de ellos como más importante que los demás –no existe un orden jerárquico entre ellos–, sino que son todos igualmente importantes y apetecibles<sup>1361</sup>. A su vez, considera que son *evidentes –per se nota–*, es decir, se captan por evidencia, la cual se identifica con un conocimiento inmediato por medio del uso de la razón, aunque no conlleva un ejercicio de razonabilidad por inferencia. De allí

---

<sup>1357</sup>Idem, p. 160. Véase que Finnis define a los bienes básicos como *principios prácticos básicos – basic practical principles–* que indican formas básicas del florecimiento humano. A su vez, señala que existen unas exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica –*basic methodological requirements of practical reasonableness–* que deben ser tenidas en cuenta para interpretar en forma congruente los bienes básicos a fin de guiar la conducta humana hacia el florecimiento humano. Cfr. Idem, p. 57.

<sup>1358</sup>Cfr. Idem, pp. 121-122, 183. Corresponde mencionar que, según Finnis, dichos bienes no son taxativos sino enunciativos, pueden existir otros que deriven o se identifiquen con una dimensión de ellos. Expresa: «Ahora bien, aparte de la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética y la religión, hay innumerables objetivos y formas de bien. Pero yo sugiero que, al analizarlos, se verá que estos otros objetivos y formas de bien son maneras o combinaciones de maneras de buscar (no siempre con sensatez) y de realizar (no siempre con éxito) una de las siete formas básicas de bien, o alguna combinación de ellas». Idem, p. 121.

<sup>1359</sup>Cfr. Idem, p. 116.

<sup>1360</sup>Véase el *Postscript* en la obra original Cfr. John FINNS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 2° Ed., New York, 2011, p. 443.

<sup>1361</sup>Cfr. LNDN, p. 123.

## EPÍLOGO

que los bienes también se tengan como *inderivables* de juicios anteriores o hechos de la realidad, no requiriendo, a su vez, justificación o demostración alguna<sup>1362</sup>.

También los consideran *pre-morales*, porque su existencia no supone un juicio moral, puesto que no se encuentran vinculados con la bondad o maldad de una acción humana en particular, esto es, en consideración con un objeto, circunstancia y fin determinado<sup>1363</sup>.

Desde un sentido teleológico, tales bienes básicos devienen en importantes para el ser humano porque, en la medida que participa en ellos, puede alcanzar el florecimiento humano o vida plena. De allí que el desafío del razonamiento moral consista en discernir en qué medida es razonable perseguirlos dadas determinadas circunstancias. Así, una vez aplicado dicho discernimiento a situaciones concretas mediante el ejercicio de la razonabilidad práctica es posible diferenciar los actos

---

<sup>1362</sup>Cfr. Ibidem; Cfr. Marina DANDOIS, “Los bienes fundamentales humanos básicos y la fundamentación del derecho. Un estudio de la propuesta de John Finnis”, *Dikaion*, Colombia, 2014, pp. 44-47. Es menester destacar que el hecho de que los bienes humanos básicos sean *evidentes* no implica que sean asequibles a todos, sino solo por aquellos que tienen una sabiduría práctica —*practical wisdom*— Explica Finnis recurriendo al Aquinate: «Aun cuando, más tarde, Tomás de Aquino distinguió claramente un tipo de principios prácticos que él consideraba evidentes por sí mismo para cualquiera con experiencia e inteligencia suficientes para comprender las palabras con que se formulan, él enfatizó que los principios morales tales como los Diez Mandamientos son conclusiones a partir de los principios primarios evidentes por sí mismos, que razonar hasta alcanzar tales conclusiones exige un buen juicio, y que hay muchas otras normas más complejas y particulares que han de seguirse y muchos juicios y decisiones morales que han de hacerse, todos los cuales exigen un grado de sabiduría práctica que (dice él) pocos hombres de hecho poseen». Y, a renglón seguido, señala recurriendo al pensamiento del estagirita: «ahora, podría decir uno, está muy bien para Aristóteles sostener que la ética solo puede ser satisfactoriamente explicada por quienes y a quienes son experimentados y sabios y realmente poseen hábitos buenos, y que sólo es probable que se hallen estas características en sociedad que ya poseen pautas de conducta suficientemente correctas, y que la moral popular tales sociedades (en cuanto cristalizada y detectable en su lenguaje de elogio y de reprobación, y en sus tradiciones de sabiduría popular) es un indicador generalmente correcto para la elaboración de la ética. Él puede sostener que lo que es correcto y moralmente bueno es visto por el hombre que es prudente y moralmente bueno (el *phronimos*, o también el *spoudaios*), y que lo que un hombre así piensa y hace es el criterio de la terminología adecuada y de las conclusiones correctas en la ética (y en la política). LNDN, pp. 132-133.

<sup>1363</sup>Cfr. FINNIS, *Postscript*, pp. 442-443; Cfr. DANDOIS, “Los bienes...”, p. 48. Explica Finnis en relación al carácter *pre-moral* de los bienes básicos —también llamados principios directivos de la acción humana—: «el ejemplo es el valor básico o, mejor, el bien inteligible básico del conocimiento, y el correspondiente principio básico del razonamiento práctico. Los principios prácticos básicos recogen los valores básicos como bueno y que han de ser perseguidos (perseguidos) —es decir, son principios normativos que, al informarnos, nos orientan. Como dice la primera oración, no son principios morales—afirmarlos como tales no es cuestión de hacer juicios morales». FINNIS, *Postscript*, p. 442, (la traducción es mía). Al mismo tiempo, corresponde mencionar que, si bien los bienes básicos son *pre-morales*, estos adquieren normatividad una vez que son «*modelados y regulados* por la razonabilidad práctica» en consideración a una situación concreta. Ibidem.

## EPÍLOGO

moralmente correctos de los incorrectos<sup>1364</sup>. No obstante, si bien los individuos pueden considerar que unos bienes son más importantes que otros, lo cierto es que todos son importantes para lograr el florecimiento humano. De allí la relevancia de que todos sean imprescindibles para lograr un plan de vida coherente. Así, por ejemplo, un sacerdote puede dar mayor predilección a la religión que a otros bienes como la vida o el juego; sin embargo, no puede negar alguno de ellos a costa de satisfacer otros, todos son importantes para una vida plena<sup>1365</sup>.

Luego de explicado qué son los bienes básicos y cuáles son sus características es factible discernir qué relación existe entre los bienes básicos y los derechos humanos. En este sentido, el contenido de los derechos no se identifica exclusivamente con un *beneficio o interés* particular, ni tampoco con un *valor*. Ambas respuestas adolecen de vaguedad toda vez que no se delimita qué debe ser entendido por interés o valor. Así, por ejemplo, un interés podría abarcar deseos, sentimientos, entre otros elementos de la subjetividad, que van más allá de lo que merece ser tenido como fundamental. Lo mismo sucede cuando se afirma que el contenido de los derechos se identifica con valores, puesto que existen valores de diferentes categorías – pecuniarios, utilitaristas, normativos–, al tiempo que no se precisa la razón por la cual algo debe ser considerado valioso, ni en dónde reside su fuerza deóntica<sup>1366</sup>.

En cambio, Finnis trata de superar dichas ambigüedades y precisa que los derechos protegen bienes básicos o alguna dimensión de ellos, residiendo en ellos la razón por la cual son exigibles. Por eso, menciona que se tiene un derecho siempre que:

Una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla de ahí derivada, da a A y a todos y cada uno de los otros miembros de una clase a la que A pertenece, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B (incluyendo *inter alia*, cualquier exigencia de no interferir con la actividad de A o con su disfrute de alguna otra forma de bien) o de (ii) la habilidad de hacer que B quede sometido a una exigen-

---

<sup>1364</sup>Cfr. LNDN, p. 57.

<sup>1365</sup>Cfr. Idem, pp. 136-137, 148-154.

<sup>1366</sup>En este aspecto, es meritorio recordar la objeción efectuada por Yowell sobre la falta de una base normativa precisa en la concepción de los derechos de Dworkin. Véase: Cfr. YOWELL, “*A Critical Examination...*”, p. 96.

## EPÍLOGO

cia de ese tipo, o de (iii) la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de ese tipo<sup>1367</sup>.

### 2.2.2-Bienes y bien común

En aras a completar la noción de los bienes básicos es menester remarcar que los mismos no forman un compartimento estanco, sino que se encuentran relacionados con el *bien común*. En este sentido, el *bien común* consiste en «asegurar todo un conjunto de condiciones materiales y de otro tipo que tendieran a favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal»<sup>1368</sup>. Y, más precisamente, explica que puede ser concebido como:

Un conjunto de condiciones que capacita a los miembros a de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad<sup>1369</sup>.

Siguiendo esta línea, puesto que la realización de los bienes básicos nunca es completa y sumado al hecho de que pueden ser actualizados de diferentes formas en una comunidad en donde reina la pluralidad de creencias, la única manera de satisfacer los derechos es mediante la cooperación entre sus miembros. De este modo, el bien común exige un esfuerzo colectivo –esto puede observarse en forma más nítida en los bienes referidos a la amistad y la familia—<sup>1370</sup>. Así, coordinar los distintos planes de vida de los ciudadanos es un desafío complejo, requiere que los sujetos discernan y consensuen cuáles son las condiciones imprescindibles para que cada uno pueda desarrollar su propio plan de vida y, al mismo tiempo, cuál es la mejor forma de garantizarlo, siendo el fin último de la comunidad lograr la vida plena de todos y cada uno de sus miembros<sup>1371</sup>.

De esto se desprende la siguiente conclusión: asegurar los derechos individuales y promover el bien común son dos caras de una misma moneda. Toda vez que los derechos humanos protegen los bienes básicos, estos deben ser concebidos teniendo en cuenta el *bien común* y no en forma aislada como si su delimitación des-

---

<sup>1367</sup>LNDN, p. 234; Ignacio Carlos MASSINI CORREAS, *Dignidad Humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020, p. 35.

<sup>1368</sup>LNDN, p. 183.

<sup>1369</sup>Idem, p. 184.

<sup>1370</sup>Cfr. Idem, pp. 116, 184, 405.

<sup>1371</sup>Cfr. Idem, pp. 117, 183-185.

## EPÍLOGO

cansase en individuos ermitaños que no necesitan vincularse con sus semejantes. De allí el significado del adjetivo *común*, esto es, un bien es común porque en él participan los miembros de la comunidad, siendo así importante para todos<sup>1372</sup>. De este modo, por un lado, el bien común actúa como un marco para que el ejercicio de los derechos sea posible y, a su vez, como un límite contra concepciones de derechos que impiden que los bienes básicos sean entendidos en forma armónica e interrelacionada<sup>1373</sup>. Dicha exigencia fue receptada en el Artículo X la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual expresa que el ejercicio de los derechos —que protegen bienes humanos básicos— debe efectuarse bajo las *exigencias del bienestar general*<sup>1374</sup>.

En síntesis, el bien común no debe ser entendido en forma antagónica con los derechos sino como un bien que los contempla y hace posible<sup>1375</sup>. Al respeto, expresa Finnis:

Lo que la referencia a los derechos aporta en ese esbozo —*el esbozo de los contornos del bien común*— es simplemente una expresión enfática de lo que está implícito en el término «bien común», a saber, que el bienestar de todos y de cada uno, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en todo momento por los responsables de coordinar la vida en común. De este modo —concluye— (...) no tiene ninguna cabida una apelación al «bienestar general» contra el «ejercicio» de estos derechos<sup>1376</sup>.

Esto implica que el bien común no debe ser concebido como un mero *instrumento* para promover los bienes básicos, sino que más bien, la noción de bien común es *intrínseca* a la de bienes básicos. El florecimiento de los individuos es posible gracias a la colaboración, cooperación y asistencia recíproca entre los miembros de una comunidad, lo cual hace eco en la idea aristotélica de que la mejor sociedad es aquella en la cual existen vínculos de amistad entre sus integrantes. De este

---

<sup>1372</sup>Cfr. Idem, p. 243. Del mismo modo, señala que: «(...) el bien común es precisamente el bien de los individuos cuyo beneficio, derivado del cumplimiento del deber por parte de otros, constituye un derecho porque les es exigido a esos otros en justicia». Idem, p. 239.

<sup>1373</sup>Cfr. Idem, p. 246; Cfr. MASSINI CORREAS, *Dignidad Humana...*, pp. 44-46.

<sup>1374</sup>Cfr. FINNIS, *Postscript*, p. 459.

<sup>1375</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, *Dignidad Humana...*, p. 46.

<sup>1376</sup>LNDN, pp. 242-243.; MASSINI CORREAS, *Dignidad Humana...*, p. 45, (el énfasis entre guiones es mío).

## EPÍLOGO

modo, el bien común es deseable y querido por todos y cada uno de los conciudadanos<sup>1377</sup>.

De este modo, una vez más, corresponde resaltar que cada bien básico «puede ser participado por un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o una variedad inagotable de ocasiones»<sup>1378</sup>. La especificación de los derechos humanos requiere, por tanto, un procedimiento racional en donde no se silencien las voces disidentes y se respete la diversidad de creencias. Esto conlleva que la actualización de los derechos no debe reducirse a la concreción de un único plan de vida razonable según el cual los individuos deban proyectar sus vidas<sup>1379</sup>. Sin embargo, no puede dejarse de admitir que existen ciertas exigencias de la razonabilidad práctica que deben ser tenidas en cuenta para proyectar un plan de vida íntegro y respetuoso de los requerimientos del bien común, las cuales se desprenden de las características de los bienes básicos mencionadas previamente, esto es: ningún bien es superior a otro, todos son queribles en pie de igualdad, no se debe realizar uno en detrimento de otros siendo irracional toda acción que se dirija en forma directa contra alguno de ellos<sup>1380</sup>.

En conclusión, puede observarse cómo la noción de derecho esbozada adquiere un mayor entendimiento si se responde a qué es un derecho, cuál es su contenido y para qué sirven, a partir de los aportes de Finnis y Hohfeld<sup>1381</sup>. Así, puede afirmarse a modo de síntesis que: un sujeto deviene en titular de un derecho cuando una exigencia de la razonabilidad práctica le reconoce la facultad de requerir a otro sujeto una determinada pretensión –sea de acción, dación u omisión– que deviene en deónticamente necesaria para la realización, promoción o salvaguarda de un bien fundamental básico o una dimensión de éste que, a su vez, se constituye como presupuesto necesario para lograr el florecimiento humano<sup>1382</sup>. A modo ilustrativo, el derecho a la educación protege y promueve la realización del conocimiento, el derecho al matrimonio promueve bienes como la amistad y el derecho a la libertad de culto salvaguarda el bien de la religión, descansando en el objeto de protección la razón por la cual son exigibles y deben respetarse<sup>1383</sup>.

### 2.2.3-Bienes básicos y autoridad

---

<sup>1377</sup>Cfr. FINNIS, *Postscript*, p. 459; Cfr. LNDN, p. 239; Cfr. ORTIZ DE LANDÁZURI, “Los derechos...”, p. 565.

<sup>1378</sup>Cfr. LNDN, p. 131.

<sup>1379</sup>Cfr. Idem, p. 248; Cfr. ORTIZ DE LANDÁZURI, “Los derechos...”, p. 563.

<sup>1380</sup>Cfr. LNDN, pp. 136-155; Cfr. MASSINI CORREAS, *Dignidad Humana...*, pp. 54-56.

<sup>1381</sup>Cfr. LNDN, pp. 228-229.

<sup>1382</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, *Dignidad Humana...*, p. 35.

<sup>1383</sup>Cfr. ORTIZ DE LANDÁZURI, “Los derechos...”, p. 554.

## EPÍLOGO

No puede dejar de observarse que, conforme a lo explicado, el fundamento de los derechos es objetivo y subyace en la existencia de determinados bienes básicos propios de la naturaleza racional del hombre. No descansa en cálculos utilitaristas ni en un método constructivo que el intérprete debe seguir. Por consiguiente, la fuerza normativa de los derechos no reside en la simple autonomía de la voluntad – sea la voluntad de jueces o legisladores–. De allí que dicho corolario adquiera una doble importancia en la arena política. Puesto que, por un lado, permite *limitar* la actividad de las autoridades que tienen la potestad de especificar los derechos y su contenido. Y, por el otro, *legítima* los productos que emanan de las autoridades, puesto que las leyes o sentencias serán legítimas en la medida en que salvaguarden los derechos, los cuales a su vez protegen bienes básicos.

De este modo, la concepción de los derechos pensada a partir de los postulados de Finnis, se erige como un *límite* a la aplicación de la teoría integral de la interpretativa efectuada por los jueces. No alcanza con satisfacer el presupuesto de la *integridad* en la elaboración de concepciones de derechos para que estas sean tenidas como auténticas, sino que también deben ser respetuosas de los bienes fundamentales y las reglas de la razonabilidad práctica que permiten comprenderlos de una manera coherente. Lo mismo sucede con los legisladores, la regulación de los derechos por medio de la legislación debe ser respetuosa de los bienes básicos y de las exigencias del bien común. Caso contrario, no estarían legislando para promover el fin último de la comunidad, el florecimiento humano. De este modo, la exigencia del respeto de los derechos, entendido como elementos que protegen los bienes básicos, se constituye como límites a la arbitrariedad, tanto en lo que respecta a la actividad jurisdiccional como a la actividad legislativa.

Al mismo tiempo, como se mencionó, el respeto a los derechos entendidos como aptitudes deónticas que protegen bienes básicos o una dimensión de ellos, se erige como una exigencia que otorga legitimidad –democrática– a los productos emanados de los órganos competentes. Esto se debe a que los bienes básicos constituyen un núcleo sustancial que se encuentra en la estructura de toda comunidad, es decir, conforman los principios que sus miembros deben salvaguardar para poder coexistir como sociedad. En este sentido, puesto que el deber de las autoridades es regular normas para el desarrollo de la comunidad y su convivencia pacífica, el respeto de los bienes deviene en una obligación positiva de toda autoridad estatal<sup>1384</sup>.

---

<sup>1384</sup>Finnis detalla, como principio de la autoridad gubernamental, que esta debe ser ejercida por los individuos que pueden resolver, en forma eficaz, los problemas de coordinación de una determina-

## EPÍLOGO

En definitiva, la autonomía de la voluntad –sea de los legisladores o jueces– requiere un sentido teleológico para proyectarse en forma valiosa, el cual se identifica con la promoción y respeto de los bienes fundamentales –propios y ajenos– y, en sentido ulterior, con el florecimiento humano. La autonomía no es valiosa en sí misma, no constituye una razón para actuar, sino que solo lo es en la medida que propende al bien. De allí que no cualquier proyecto de vida pueda ser considerado como coherente con las exigencias de la razonabilidad práctica, solo aquellos que son conducentes a la perfección humana en su pluralidad de formas. Una vez más, son los bienes básicos los que otorgan un fundamento de racionalidad práctica para el respeto y promoción de los derechos humanos y terminan por imbuir a sus concepciones de objetividad<sup>1385</sup>.

### 3-BALANCE

Las conclusiones que pueden extraerse de la primera parte del epílogo son las siguientes:

1-Existe un problema a destacar: el carácter abstracto de los derechos. El cual consiste en considerar a los derechos como realidades abstractas, desvinculadas de lo que son, su contenido y el fin que persiguen. Lo que origina inconvenientes como la expansión irrestricta de los derechos y su manipulación por individuos que se encuentran en una situación privilegiada para dotarlos de sentido.

2-En virtud de ello es necesario concebir una subteoría de los derechos que resuelva el problema de la abstracción y, a su vez, sea respetuosa de la doble dimensión objetiva y subjetiva que distingue a los derechos. Esto es, que considere a los derechos como una facultad subjetiva de su titular, y, al mismo tiempo, como una exigencia de la justicia –su origen no puede ser reducido a la mera voluntad humana–.

3-De este modo, teniendo en cuenta las conclusiones precedentes, se elaboró una subteoría de los derechos para responder a las tres preguntas ya mencionadas:

---

da comunidad. De allí que la autoridad sea considerada un *bien*, cuya existencia se necesita para regular las conductas de los individuos y encaminarlas al florecimiento humano. Cfr. LNDN, p. 274.

<sup>1385</sup>Cfr. MASSINI CORREAS, *Dignidad Humana...*, pp. 52-53. En relación a la *objetividad* recuérdese la crítica efectuada a Dworkin en el capítulo cuarto, parte primera, apartado tercero, epígrafe 2.4.2, bajo el título “La necesidad de una objetividad den serio”. Allí se describe que la objetividad está asociada con la idea de finalidad y que todo fin se identifica con un bien.

## EPÍLOGO

qué son los derechos, cuál es su contenido y para qué sirven. Se sostuvo lo siguiente:

a-Que un derecho es una aptitud o potencialidad deóntica que inhiere a un sujeto –sujeto titular– para exigir o recibir algo –pretensión– de otro sujeto –sujeto deudor–. De allí que, en cuanto a su contenido, los derechos tengan tres elementos: sujeto titular, pretensión y sujeto deudor. A su vez, un derecho puede presentarse de cuatro modalidades diferentes –libertad, reclamo, privilegio e inmunidad–.

b-Que los derechos protegen bienes básicos de los individuos, es allí en donde reside su importancia, la razón por la cual son exigibles ante terceros. Estos bienes son siete –vida, conocimiento, juego, sociabilidad, experiencia estética, religión y razonabilidad práctica–, aunque la lista no es taxativa. Además, comparten ciertas características: son premorales, irreductibles, evidentes e inderivables. Dichos bienes deben ser interpretados a partir de un conjunto de reglas de la razonabilidad práctica –por ejemplo, no se puede perseguir uno de ellos en detrimento de otros sino que debe aspirarse a satisfacer todos y cada uno de ellos– a fin de lograr el florecimiento humano. Por último, los bienes son partes constitutivas del bien común, el cual es considerado como el conjunto de condiciones necesarias para que todos y cada uno de los miembros de una comunidad puedan desarrollar sus vidas –de allí que los bienes no deban considerarse como entidades que descansan en individuos ermitaños, aislados del mundo y desinteresados de sus semejantes–.

c-Que la concepción de los derechos como *aptitudes deónticas* de los sujetos, que protegen los bienes básicos para llegar a una vida plena, tiene una doble función con respecto a los órganos que deciden sobre ellos. Por un lado, actúan como límites a la actividad de las autoridades –jueces y legisladores– que tienen la potestad de decidir sobre su contenido, ya que no pueden tomar decisiones que sean contrarias a los bienes básicos. Por el otro, actúan como elementos de legitimación, puesto que su respeto imbuye de legitimidad a las leyes y sentencias, tornándolas aptas para ser obedecidas.

## II-SEGUNDA PARTE: INSTITUCIONES

### 1-CONSIDERACIONES PARA UNA SUBTEORÍA DE LA AUTORIDAD

La segunda parte del epílogo tiene por objeto desarrollar una subteoría de la autoridad que sea respetuosa de la subteoría de los derechos elaborada previamente. Para eso se tratará de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿qué órgano se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos humanos? ¿Cuáles son las características que convierten al poder legislativo en un órgano idóneo para especificar los derechos? ¿Qué características hacen que el poder judicial sea considerado un órgano adecuado para contribuir en dicha especificación? Por último, ¿basta una teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos para que su respeto sea eficaz?

#### 1.1-Problema: desacuerdo y autoridad

El presente epígrafe tiene por objeto dilucidar cuál es el agente u órgano que se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos. A nuestro juicio, una subteoría de la autoridad debe poder dar respuesta a dicho interrogante de una manera fundada.

Desde ya, en un sistema republicano y democrático de gobierno –como el de EEUU o Argentina– el poder es uno –deriva del pueblo– y se encuentra distribuido en tres órganos: el poder legislativo que elabora las leyes, el poder ejecutivo que las ejecuta y el poder judicial que las aplica a los casos concretos<sup>1386</sup>. Esta división se

---

<sup>1386</sup>En este aspecto, en su Artículo 1° la Constitución Argentina expresa: “La Nación Argentina adopta como forma de gobierno la forma federal, republicana y representativa (...)». Sobre la influencia que tuvo el modelo de gobierno estadounidense en la organización constitucional argentina, véase: Jonathan M. MILLER, “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith”, *The American University Law Review*, 46 (1997) 1483, pp. 1484, 1501-1508; Manuel José GARCIA MANSILLA, “Separation of power crisis: The Case of Argentina”, *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 32 (2004) 307. También, con respecto a la división funcional del poder, léase la siguiente cita de *El Federalista*: «El examen más ligero de la Constitución Británica nos obliga a percibir que los

## EPÍLOGO

debe, por un lado, a la necesidad de evitar que uno de los órganos incurra en un abuso de poder en detrimento de los otros y, por el otro, a la necesidad de salvaguardar la libertad de los ciudadanos. En palabras de Montesquieu «cuando los poderes legislativo y ejecutivo están unidos en la misma persona, o en el mismo cuerpo de magistrados, no puede haber libertad»<sup>1387</sup>.

Estas experiencias han sido recogidas en la parte orgánica de algunas Constituciones modernas, en la que contemplan sistemas de frenos y contrapesos entre los órganos del Estado –*checks and balances*– por medio de los cuales la validez de la decisión de un órgano puede quedar supeditada a la revisión de otro en caso de que la misma adolezca de vicios, incorrecciones o, sin ir más lejos, viole los derechos fundamentales de los individuos. Así, por ejemplo, es común que se reconozca al poder judicial la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes del poder legislativo que son violatorias de las cláusulas constitucionales, lo que se conoce como *poder de revisión fuerte*<sup>1388</sup>.

Este tipo de modelo ha generado un amplio debate acerca de la legitimidad de que en un sistema democrático de gobierno el poder judicial tenga la última pala-

---

departamentos legislativo, ejecutivo y judicial de ningún modo se hallan totalmente separados y diferenciados entre sí. El magistrado ejecutivo forma parte integral de la autoridad legislativa. Sólo él posee la prerrogativa de concluir tratados con los soberanos extranjeros, los cuales, ya firmados y con la salvedad de ciertas limitaciones, tienen la fuerza de los actos legislativos. Todos los miembros del departamento judicial son nombrados por él, pueden ser destituidos por él con la aprobación de ambas Cámaras del Parlamento, y componen, cuando quiere consultarlos, uno de sus consejos constitucionales. Una rama del departamento legislativo forma otro gran consejo constitucional del ejecutivo, así como, por otra parte, es el único depositario del poder judicial tratándose de acusaciones contra altos funcionarios, y está investido de la jurisdicción suprema en apelación y otros casos. Además, los jueces tienen tanta conexión con el departamento legislativo, que frecuentemente asisten a sus deliberaciones y participan en ellas, aunque no se les concede voto legislativo». Alexander HAMILTON, James MADISON, John JAY, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, traducido por Gustavo Velasco de la obra original *The Federalist, A Comentary on the Constitution of the United States* (1788), 2ª Ed., México, 1957, p. 205 (Nº 47).

<sup>1387</sup>Charles de SECONDAT MONTESQUIEU, *The Spirit of Laws*, traducido por Thomas Nugent de la obra original *De l'esprit des loix* (1748), Batoche Books Kitchener, 2001, p. 173. (La traducción es mía). Véase también Cfr. HAMILTON, MADISON, JAY, *El Federalista*, Nº 47, pp. 206-207.

<sup>1388</sup>En *El Federalista* pueden encontrarse ciertos antecedentes del poder de revisión judicial de la legislación –aunque limitado–, el cual termina por ser consolidado con el fallo *Marbury vs Madison* –5 U.S. 137, 1803–. Expresa Hamilton: “La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta». HAMILTON, MADISON, JAY, *El Federalista...*, p. 331 (Nº 78).

## EPÍLOGO

bra para especificar los derechos por encima de la voluntad de los representantes del pueblo.

En este sentido, una parte de la doctrina postula que, en el marco de una democracia representativa, el soberano es el pueblo y legisla por medio de sus representantes. De allí que los legisladores son quienes deben tener la última palabra en asuntos que conciernen a todos, como el de los derechos. Por consiguiente, la especificación de los derechos debe recaer necesariamente en los legisladores ya que cuentan con mejores credenciales democráticas para hacerlo. Así, el argumento de la democracia según el cual el pueblo se gobierna a si mismo deviene en el principal fundamento de peso en favor a dicha posición<sup>1389</sup>.

Por otra parte, otros pensadores consideran que los legisladores no pueden tener la última palabra en materia de especificación de derechos. Esto se debe a que los representantes no siempre legislan en favor a los intereses del pueblo. Existen legisladores ausentes, hipócritas, tiranos, entre otros apelativos semejantes. Postulan que la corrupción es una moneda frecuente en las democracias débiles donde los intereses partidarios suelen pesar más que los del electorado. Por esta razón señalan que es necesario que un órgano independiente, neutral y experto en materia jurídica tenga la última palabra en cuestiones de derechos. De este modo, legitiman al poder judicial, aunque consideran que no puede dictar sentencias en forma arbitraria, sino que debe ser congruente con el espíritu de la Constitución y la historia legislativa y judicial<sup>1390</sup>.

No obstante, es meritorio desatacar que, aun considerando esta segunda alternativa, el problema vuelve a manifestarse como si fuese una célula cancerígena

---

<sup>1389</sup>Cfr. CGJ, p. 126. Léase el *Discurso inaugural de Abraham Lincoln* del 4 de marzo de 1861, en especial, el siguiente extracto que expresa traducido por Sarmiento: «No hago a un lado la posición asumida por algunos, de que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por la Suprema Corte, ni niego que tales decisiones deban ser sentencias obligatorias para los interesados en un pleito, en cuanto al objeto de la lites; coincido también que sean dignas del mayor respeto y consideración en casos análogos para todos los departamentos de la administración; y mientras que es muy posible que tal decisión sea errónea en un caso dado, sin embargo, como el mal efecto que produciría, estaría limitado a aquel caso particular, además de la probabilidad de que podría ser derogado, y no ser considerado ya como precedente para otros casos, su mal resultado sería mucho más tolerable que el inconveniente de una práctica contraria. Al mismo tiempo todo ciudadano imparcial debe confesar que si la política del Gobierno sobre las más vitales cuestiones que afectan a todo el pueblo, va a ser irrevocablemente fijadas por las decisiones Corte Suprema, desde ese instante la nación abdicaría su soberanía y voluntad propia, como sucede en las causas ordinarias entre partes sobre acciones personales; a menos que de hecho hubiera depositado este poder en manos de aquel augusto tribunal (...)». Domingo Faustino SARMIENTO, *Obras de D. F. Sarmiento. Abraham Lincoln. Dalmacio Velez Sarfield*, Tomo XXVII, Buenos Aires, 1899, p. 135.

<sup>1390</sup>Cfr. IJ, pp. 132-133; Cfr. JE, p. 197; Cfr. FL, pp. 11, 363-364.

## EPÍLOGO

que se ramifica por todos los tejidos: ¿caso no existen jueces corruptos que dictan sentencia según sus propias preferencias, influenciados por presiones externas o, lo que es aún peor, sin una coherencia interpretativa mínima? El peligro sigue latente puesto que la corrupción no hace diferencia de roles. Cuando un gobierno es disfuncional invade todas las esferas del poder, sean judiciales o legislativas. Por tanto, es menester que una teoría institucional que pretenda resolver dicho problema reconozca tal realidad, caso contrario la teoría de la autoridad que se elabore adolecerá de abstracción.

De este modo, para encontrar una respuesta al problema de la autoridad, en primer lugar, es necesario advertir la incorrección de una premisa postulada por Dworkin: las Cortes son un foro de principios y las legislaturas un foro de directrices políticas<sup>1391</sup>. Esta es la razón por la cual el autor sostiene que son los jueces quienes deben decidir en materia de derechos. Estima que, a diferencia de los magistrados, los representantes del pueblo son incapaces de legislar con base en principios puesto que son propensos a guiarse por preferencias utilitaristas o partidarias. Considera que en las gradas del Parlamento el interés general prima sobre los intereses individuales, y existe una competencia que solo beneficia a la posición mayoritaria de tal forma que los derechos de las minorías quedan comprometidos. Esta es la razón por la cual el poder legislativo no sería idóneo para especificar los derechos como órgano de última instancia<sup>1392</sup>. Señala Dworkin:

(...) es menos probable que los legisladores que han sido elegidos, y deben ser reelectos por una mayoría política, se pongan del lado de la mayoría en cualquier discusión seria acerca de los derechos de una minoría en su contra; si se oponen a los derechos de la mayoría con demasiada firmeza, serán remplazados por aquellos que no lo hagan. Por dicha razón, es menos probable que los legisladores lleguen a decisiones razonables sobre los derechos de la minoría que los funcionarios menos vulnerables en ese sentido<sup>1393</sup>.

No puede ignorarse que esta visión dicotómica de concebir a los poderes legislativo y judicial deja entrever una noción individualista de los derechos. Según Dworkin los derechos protegen intereses individuales que, a su vez, son entendidos como contrarios al interés general. Por consiguiente, dicha visión liberal implica concebirlos con prescindencia de lo que debe entenderse por bien común dentro de

---

<sup>1391</sup>Cfr. LR, p. 7.

<sup>1392</sup>Cfr. Idem, pp. 139-140.

<sup>1393</sup>IJ, p. 264.

## EPÍLOGO

una sociedad determinada —en especial, *bien común* considerado en los términos de Finnis, esto es, como conjunto de condiciones que permite la realización de los bienes básicos de todos y cada uno de los miembros de la comunidad—. Dworkin, concibe al individuo en forma aislada y la exigencia del compromiso mutuo y la camaradería entre seres humanos como marco de contención se encuentra fragmentada<sup>1394</sup>. El corolario al que se llega, en palabras de Paul Yowell, es el siguiente:

Es común pensar en los derechos humanos como libertades preservadas de la interferencia del Estado, o reclamos de derechos que uno puede hacer valer contra el Estado. Dworkin da forma y estructura a este pensamiento en su teoría de los derechos como triunfos, pero su resultado final es trazar una división entre los derechos y el bien común. Esto, a su vez, conlleva una oposición institucional entre legislaturas y tribunales: las legislaturas actúan mecánicamente para agregar preferencias y traducirlas en leyes —el bienestar general se concibe en términos utilitarios—, mientras que los tribunales actúan en virtud de principios al defender un reclamo individual contra el bienestar general —y por ende contra el legislador—<sup>1395</sup>.

En conclusión, para elaborar una subteoría de autoridad acorde a una noción de los derechos fundamentales que sea respetuosa de los bienes básicos es menester partir del punto de que tanto el poder legislativo como el poder judicial pueden complementarse para especificar los derechos. A fin de demostrarlo, en los próximos epígrafes se abordarán las siguientes premisas:

a-Que en cuestiones de derechos no solo los jueces actúan con base en principios, sino que los legisladores también lo hacen.

b-Que el poder legislativo cuenta con características intrínsecas que lo posicionan en una situación predilecta para especificar los derechos en vistas al bien común.

c-Que, por su parte, el poder judicial cuenta con una capacidad irremplazable para materializar el ejercicio del derecho a ser oído, lo que le permite colaborar con la especificación de los derechos, en especial, en los casos en donde existen lagunas, ambigüedades o contradicciones en la legislación. De este modo, también

---

<sup>1394</sup>Este rasgo liberal e individualista puede observarse en cómo el autor delimita el concepto de la democracia, esto es, por medio del principio de la libertad y la igualdad, sin tener en cuenta el principio de solidaridad que debe existir entre los individuos de una misma comunidad.

<sup>1395</sup>LR, p. 151, (la traducción es mía).

## EPÍLOGO

puede contribuir en la identificación de dichos vicios para la legislatura pueda enmendarlos y mejorar la legislación.

### 1.2-El poder legislativo y los principios

En relación a la primera premisa, debe reconocerse que tomar decisiones con base en principios no es solo una característica exclusiva del poder judicial puesto que los legisladores también lo hacen cuando deliberan.

Así, puede observarse que los legisladores tienen en cuenta el *principio de integridad legislativa* ya que los cambios que efectúan deben ser coherentes con los precedentes legislativos existentes sobre la materia abordada, de tal manera que la legislación sea un cuerpo único y armónico sin contradicciones intrasistemáticas<sup>1396</sup>. Por otra parte, también puede subrayarse el *principio de equidad en la participación política*, ya que cada uno de los legisladores hace uso de su voz en forma equitativa con los demás –aun con aquellos que pertenecen a posiciones minoritarias–; en este aspecto, el voto de cada uno de sus miembros tiene igual poder de cambio que el de cualquiera de sus pares<sup>1397</sup>. Al mismo tiempo, también subyace el *principio de racionalidad* puesto que los legisladores deben dar buenas razones de las decisiones que toman para salvaguardar el bien común, lineamiento que adquiere especial relevancia puesto que el debate parlamentario es argumentativo y cada legislador trata de convencer a los demás miembros para que adhieran a su posición<sup>1398</sup>.

Siguiendo esta línea, puede observarse que legislar con base en principios conlleva desplegar un razonamiento práctico, lo cual se observa en las diferentes etapas de los procedimientos legislativos. Implica elaborar proyectos de ley, trabajar en comisiones especiales, deliberar sobre cuestiones conflictivas, efectuar consultas, entre otras labores. La actividad legislativa exige ponerse en el lugar del otro para comprender las perspectivas de ciudadanos que pertenecen a contextos heterogéneos, con concepciones múltiples sobre derechos, justicia y democracia. Dicha singularidad provoca que deban esmerarse por aunar esfuerzos comunes a fin de elaborar una respuesta que se encuentre a la altura de las circunstancias sobre problemas que tienen innumerables formas de ser decididos<sup>1399</sup>.

---

<sup>1396</sup>Cfr. Idem, p. 151.

<sup>1397</sup>Cfr. JE, pp. 471-473.

<sup>1398</sup>Cfr. LR, pp. 8-9, 90-91, 100.

<sup>1399</sup>Cfr. DD, pp. 86-87.

## EPÍLOGO

En aras a asegurar la eficacia de la actividad legislativa existen ciertos presupuestos formales para que el razonamiento legislativo, que se desarrolla por medio de la deliberación, acontezca en forma ordenada y no se asemeje a una tertulia. Existen reglas de inicio y finalización de los debates, que regulan el ejercicio del derecho a réplica, de interrupción, de determinación de la agenda del orden el día, del uso de la palabra, de propuestas de enmiendas, de aprobación de leyes y cómputo de votos<sup>1400</sup>. Dichas reglas presuponen que los legisladores tienen conocimiento del texto sobre el que deben deliberar y pueden discernir cuáles son los motivos por los cuáles urge su tratamiento<sup>1401</sup>.

De este modo, puede observarse que el proceso legislativo se encuentra estructurado de tal manera que las distintas voluntades puedan coordinarse en forma armónica. Esta capacidad para integrar distintos puntos de vista ayuda a que las leyes sean obedecidas y pueda mantenerse una convivencia pacífica entre sectores que defienden intereses contrapuestos<sup>1402</sup>. Los legisladores son conscientes que existen problemas que solo pueden resolverse entre todos y que, por tanto, requieren una legislación común dirigida a la acción. Expresa Grégoire Webber:

Entendido desde el punto de vista de los legisladores y sus razones para apoyar u oponerse a una propuesta, «la mayoría» no es un colectivo sin principios, irracional y el hecho de que «la mayoría» –de electores o de legisladores– quiera algo, argumentamos, no es una razón en sí misma a su favor<sup>1403</sup>.

A su vez, siguiendo esta lógica, en adición a los principios formales sobre cómo se desarrolla la actividad parlamentaria, también puede mencionarse que los representantes fundamentan sus leyes recurriendo a principios sustanciales, los cuales permiten concretizar los derechos humanos. Así, a lo largo de la historia pueden encontrarse leyes significativas que dan cuenta de ello. En Estados Unidos pueden mencionarse la Ley de la Abolición del Mercado de Esclavos –*Slave Trade Act*, 1807–, la Ley de la Abolición de la Esclavitud –*Slavery Abolition Act*, 1833–<sup>1404</sup>. En Argentina, pueden destacarse otras como la Ley del Sufragio Femenino –1947– que reconoce la igualdad de derechos políticos entre hombres y mujeres; la Ley de Accesibilidad de Personas con Movilidad reducida –1994– que exige la adecuación física de los transporte y construcciones edilicias para que puedan ser utilizados

---

<sup>1400</sup>Cfr. Idem, p. 93.

<sup>1401</sup>Cfr. Idem, pp. 102-103.

<sup>1402</sup>Cfr. Idem, p. 100.

<sup>1403</sup>LR, pp. 8-9, (la traducción es mía).

<sup>1404</sup>Cfr. Idem, pp. 178-179.

## EPÍLOGO

por personas con capacidad reducida. No puede ignorarse que en dichas leyes subsisten principios sustanciales como los de dignidad humana e igualdad.

En conclusión, pueden afirmarse dos corolarios. El primero, los representantes del pueblo, al igual que los jueces, resuelven con base en principios formales y sustanciales. El segundo, que, a su vez, los representantes del pueblo, por medio de la legislación, protegen los derechos humanos en vistas al bien común de los miembros de la comunidad<sup>1405</sup>. Por tanto, a diferencia de lo que supone Dworkin, estas no son cualidades exclusivas del poder judicial.

### 1.3-El poder legislativo y el bien común

En relación a la segunda premisa, existen varios argumentos que permiten afirmar que el poder legislativo se encuentra en una situación cualitativamente superior, en comparación con otros órganos de gobierno, para especificar y proteger los derechos humanos a la luz del bien común. Esto puede apreciarse a partir de ciertos aspectos propios del poder legislativo:

a-Estructura y modo de funcionamiento. La estructura y el modo de funcionamiento del poder legislativo se distinguen porque en la persona de los legisladores se encuentran representados los diferentes intereses de la comunidad. A su vez, la deliberación ordenada y equitativa permite que puedan enriquecerse mutuamente mediante la puesta en común de conocimientos y experiencias, lo que posibilita tener en cuenta todos los aspectos que deben considerarse para determinar las condiciones del bien común. En este sentido, el bien común exige que los derechos deban concretizarse de una manera armónica; por tanto, en una sociedad en donde converge una diversidad de visiones y creencias, es entendible que este requiera ser determinado por individuos que representan diversos intereses. De este modo, coordinar los diferentes planes de vida para que puedan proyectarse en una sociedad requiere un esfuerzo arduo. Amerita discernir cuál es la mejor forma, el mejor marco legal y las mejores herramientas, para que los bienes básicos, considerados en su integridad, puedan ser realizados por los individuos sin que entren en colisión<sup>1406</sup>.

b-Capacidad de cambio. A su vez, una segunda característica del poder legislativo consiste en la posibilidad de efectuar los cambios oportunos que exige el bien común. Esto es, requiere que las decisiones que se tomen puedan adaptarse a las

---

<sup>1405</sup>Cfr. *Idem*, pp. 10-11.

<sup>1406</sup>Cfr. *Idem*, pp. 178-179.

## EPÍLOGO

exigencias cambiantes de la sociedad, siendo la legislación un medio idóneo para lograrlo. Esta característica se encuentra vinculada con la noción de regla de cambio *–rule of change–* de Hart, cuya existencia distingue a toda sociedad moderna y otorga la llave para que los problemas puedan ser resueltos de una manera dinámica, permitiendo abolir y enmendar las leyes que devienen irrazonables o inapropiadas para regular adecuadamente la realidad social<sup>1407</sup>.

c-Iniciativa propia. Una tercera característica del Parlamento es que no se encuentra limitado por la existencia de una iniciativa privada para sesionar. El proceso legislativo no necesita ser motivado por agentes externos, puede legislar por iniciativa propia. En sentido contrario, para que comience el proceso judicial y pueda brindarse respuesta a problemas concretos es necesario la existencia de una demanda. De allí que se considere que la legislación es *self-starting and self-directing*<sup>1408</sup>.

d-Claridad, certeza y notoriedad. En cuarto lugar, gracias a claridad, certeza y notoriedad que caracteriza a la legislación, los ciudadanos pueden adecuar sus conductas a las exigencias del bien común. Dichas características no se encuentran manifestadas con tanta intensidad en las sentencias. El tecnicismo judicial suele dificultar la claridad. A su vez, el hecho de que el poder judicial no sea un cuerpo único y coherente dificulta la *certeza* en las decisiones. Por esto, es común encontrar sentencias que resuelven en forma distinta una misma cuestión. Por otra parte, el hecho de que las sentencias existan después de que los hechos acontezcan dificulta su *notoriedad*. De este modo, a diferencia de las sentencias, bajo el aura de la legislación el respeto de los derechos se torna posible porque los ciudadanos conocen y entienden las leyes con antelación de sus actos, pudiendo así guiar sus conductas y proyectar sus planes de vida. Dichas bondades ya fueron señaladas por Bentham aunque para éste la legislación debía estar imbuida de un espíritu utilitarista<sup>1409</sup>.

e-Determinación del propio plan de vida. En quinto lugar, otra ventaja de la determinación legal de los derechos consiste en la posibilidad que otorga a la comunidad de proyectar, por medio de sus representantes, su propio plan de vida sin que dicha decisión sea impuesta por terceros. Esto deriva de la capacidad de la asamblea de receptar los intereses, necesidades e ideales de la comunidad y legislar

---

<sup>1407</sup>Cfr. Herbert HART, *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió (traducido de la obra original *The Concept of Law*, 1961), Abelado-Perrot, 1998, Buenos Aires, pp. 116-118.

<sup>1408</sup>LR, p. 195.

<sup>1409</sup>Cfr. Idem, pp. 94, 129; Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del...*, T. 2, p. 42.

## EPÍLOGO

exclusivamente para sí misma. De este modo, son los representantes quienes eligen qué debe entenderse por una buena vida y cuál es el mejor plan para concretizarla. Por consiguiente, la legislación se erige como un instrumento respetuoso de la voluntad popular, no solo porque puede coordinar la vida de todos los individuos y lograr así efectos considerables en la sociedad, sino porque permite supeditar en la comunidad el poder para autogobernarse<sup>1410</sup>.

f-Perspectiva arquitectónica. En sexto lugar, otra ventaja a mencionar es que la legislación permite determinar los derechos humanos desde una perspectiva arquitectónica, teniendo en cuenta las distintas áreas temáticas implicadas en la determinación de los derechos, lo cual es de especial relevancia si se tiene en cuenta que en la práctica los derechos coexisten en forma interrelacionada. Por su parte, los jueces sentencian teniendo en cuenta, principalmente, las particularidades del caso concreto desde una perspectiva focal y delimitada a los reclamos individuales. En definitiva, las legislaturas pueden abordar los problemas desde una perspectiva global, considerando las necesidades de los individuos en su conjunto y, así, brindar una mejor atención en la comprensión del bien común y los problemas concernientes a los derechos<sup>1411</sup>.

g-Capacidad de impacto. La séptima y última ventaja favorable a la legislación refiere a su capacidad de lograr cambios considerables en la sociedad. Esto se debe a que las leyes se encuentran dirigidas a la acción con vistas a lograr el bien común, teniendo así efectos directos en los ciudadanos. A modo ilustrativo puede mencionarse el fallo *Brown v. Board of Education*, el cual es considerado un *leading case* en materia de segregación racial<sup>1412</sup>. En este sentido, sin despreciar la importancia del fallo en cuestiones de principios, es meritorio reconocer que el impacto que tuvo en la sociedad norteamericana, una vez sentenciado en 1954, fue escaso. Así, puede observarse que diez años después de dicha sentencia la educación seguía impartándose bajo estándares de segregación racial –*separate but equal*– en la mayoría de los Estados estadounidenses. Solo una cifra ínfima, 1.2 de niños de raza negra, asistía a escuela para niños blancos. Recién en 1964, cuando el Congreso de los Estados Unidos sancionó la Ley de Derechos Civiles –*Civil Rights Act*– y, en especial, la Ley de Educación Primaria y Secundaria –*Elementary and Secondary Education Act*, 1965– por la cual se proveyó de fondos a las escuelas con un alto porcentaje de alumnos de bajos recursos, se produjeron cambios considerables en la sociedad. De este modo, para 1973 un porcentaje estimado en un noventa por

---

<sup>1410</sup>Cfr. LR, pp. 109, 113.

<sup>1411</sup>Cfr. Idem, pp. 178-179.

<sup>1412</sup>*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

## EPÍLOGO

cierto de alumnos de raza negra comenzaron a recurrir a escuelas integradas, lo que implicó un gran progreso en la disminución de las diferencias raciales<sup>1413</sup>.

### 1.4-El poder judicial y el derecho a ser oído

Como se mencionó anteriormente, el poder judicial también puede contribuir mediante sus sentencias en la especificación de los derechos que efectúa el poder legislativo por medio de la legislación.

Para explicar esta posibilidad es conveniente subrayar ciertas diferencias entre los órganos legislativo y judicial vinculadas a sus estructuras y modo de funcionamiento. Por un lado, el poder legislativo, gracias a su capacidad para representar las perspectivas más disímiles de una comunidad, puede emitir leyes que abordan cuestiones de derecho de una manera general, dichas leyes tienen en cuenta la coordinación que debe darse entre los individuos en miras al bien común. Por el otro, el poder judicial emite sentencias para casos concretos, por lo que son específicas e intentan resolver problemas particulares a partir de reclamos de individuos cuyos derechos se encuentran comprometidos. Las sentencias que dictan los jueces para resolver los problemas se elaboran a la luz de la legislación sancionada que ofrece una respuesta general<sup>1414</sup>.

De este modo, el poder legislativo es irremplazable en su capacidad de recibir las necesidades e intereses más acuciantes de la comunidad; mientras que el poder judicial es irremplazable en su capacidad de satisfacer el derecho a ser oído de cada ciudadano considerado en forma individual. Aquí reside la verdadera riqueza del poder judicial, su carácter distintivo. Los magistrados pueden dar respuesta caso por caso y hacer que la misma sea respetada por los demás órganos de gobierno.

En este sentido, según Harel el derecho a ser oído es entendido como «la oportunidad del titular del derecho de impugnar lo que se considere una vulneración de un derecho, ya sea de manera justificada o no»<sup>1415</sup>. El mismo consta de dos partes: 1- la posibilidad de efectuar un reclamo ante una decisión que menoscaba o puede menoscabar un derecho; 2-y el deber que tiene la autoridad –juez– para sopesar mediante un razonamiento jurídico –serio y de buena fe– la adecuación de la deci-

---

<sup>1413</sup>Cfr. LR, p. 164.

<sup>1414</sup>Cfr. Idem, pp. 173-174.

<sup>1415</sup>PDI, p. 201.

## EPÍLOGO

sión que se encuentra en tela de juicio, y brindar una respuesta fundada teniendo en cuenta las circunstancias concretas<sup>1416</sup>.

De este modo, el ejercicio del derecho a ser oído por un individuo presupone que un derecho anterior fue o será vulnerado. Harel menciona que el reclamo puede darse por dos razones distintas: 1-cuando la *justificación* otorgada para vulnerar un derecho no es jurídicamente adecuada –por ejemplo, porque se privilegió el interés general en detrimento del particular no existiendo causales excepciones como emergencias, catástrofes, entre otras–; 2-cuando se niega la *existencia* de un derecho anterior<sup>1417</sup>.

Así, los tribunales, en la medida en que pueden satisfacer el derecho a ser oído tienen un papel importante en la especificación de los derechos que se encuentran regulados en la legislación y la Constitución<sup>1418</sup>. Esto se debe a que pueden encontrarse con situaciones que no fueron previstas por el legislador o que lo fueron de una forma vaga, ambigua o contradictoria, de tal modo que las cláusulas deban ser precisadas.

La satisfacción del derecho a ser oído, es una característica propia y preponderante del poder judicial que debe ser tomada en cuenta en la especificación de los derechos. La misma debe ser considerada valiosa independientemente de todo argumento utilitarista. Esto es, la satisfacción del derecho a ser oído es valiosa aun cuando los resultados de las sentencias no sean justos y los legisladores puedan llegar a una mejor respuesta; aun cuando el conocimiento experto de los jueces se encuentre comprometido como consecuencia de tecnicismos o perspectivas reduccionistas; y, en definitiva, aun cuando la sentencia no provoque efectos considerables en la sociedad para materializar lo que debería ser una respuesta justa<sup>1419</sup>.

De este modo, se tiene que lo más distintivo de los tribunales no reside en su especial sabiduría para brindar argumentos de principios o en su capacidad para llegar a resultados justos, sino en «los procedimientos y el modo de deliberación que los caracteriza»<sup>1420</sup>. De allí que Harel explique que «estos procedimientos son valiosos intrínsecamente con independencia de la calidad de las decisiones dictadas por los tribunales porque son en sí mismos una materialización a ser oídos»<sup>1421</sup>. Lo an-

---

<sup>1416</sup>Cfr. Idem, pp. 202, 208-209.

<sup>1417</sup>Cfr. Idem pp. 201-202.

<sup>1418</sup>Cfr. Idem, p. 194.

<sup>1419</sup>Cfr. Idem, p. 199.

<sup>1420</sup>Idem p. 201.

<sup>1421</sup>Ibidem.

## EPÍLOGO

terior supone afirmar que la revisión fuerte de la legislación por parte del poder judicial se funda en que su capacidad para materializar el derecho a ser oído<sup>1422</sup>.

En este sentido, el proceso judicial se encuentra diseñado de tal manera que los particulares puedan presentar sus quejas y obtener una respuesta luego de una investigación pormenorizada. En caso de que el reclamo sea viable, el tribunal puede ordenar la reconsideración de la decisión que se encuentra en tela de juicio y determinar su anulación para salvaguardar el derecho del reclamante. Dicha posibilidad de revisión, una vez más, encuentra su fundamento en las características intrínsecas del proceso judicial –el cual se encuentra dividido en distintas instancias que reflejan su carácter adversarial e igualitario para ambas partes– que posibilitan el razonamiento judicial<sup>1423</sup>.

Siguiendo esta línea, puede observarse que materializar el derecho a ser oído conlleva, necesariamente, la posibilidad de la revisión judicial fuerte. Esto se debe a que su protección exige que las sentencias tengan un efecto que sobrepase los márgenes de los casos particulares y afecte a la legislación consecuente. De este modo, la revisión judicial no debe concebirse como un privilegio de los magistrados sino como una potestad exclusiva para efectuar la tarea de reconsideración de la decisión objeto de reclamo que es requerida por el derecho a ser oído<sup>1424</sup>.

No obstante, es meritorio subrayar que Harel considera que el derecho a ser oído no presupone una justificación suficiente para fundamentar la supremacía judicial, la cual consiste en la potestad para interpretar de manera oficial el significado de la Constitución<sup>1425</sup>, siendo así los jueces «intérpretes únicos y supremos del texto constitucional»<sup>1426</sup> de tal manera que los demás órganos deben acatar dichos dictados tanto con respecto a casos particulares como futuros<sup>1427</sup>. Por otra parte, considera que la revisión judicial débil según la cual «la decisión está sujeta a re-

---

<sup>1422</sup>Cfr. *Idem*, p. 210.

<sup>1423</sup>Cfr. *Idem*, p. 211.

<sup>1424</sup>Cfr. *Idem*, pp. 214, 215, 216.

<sup>1425</sup>Cfr. *Idem*, p. 212.

<sup>1426</sup>*Idem*, p. 216.

<sup>1427</sup>Cfr. *Ibidem*. Menciona Harel: «La principal diferencia entre la revisión judicial fuerte y la restringida reside en la tercera condición, es decir, el deber de reconsideración de parte del Estado. La revisión judicial fuerte impone un deber absoluto y exigente de reconsideración por parte de los tribunales. La reconsideración realizada por los tribunales no solo está instigada por el reclamo, sino que está íntimamente vinculada con las particularidades del reclamo individual. En contraste, la revisión judicial restringida generalmente limita o restringe las facultades de los tribunales y asigna la decisión final a instituciones cuyo compromiso con la deliberación fundada es más débil que el del tribunal». *Idem*, p. 219.

## EPÍLOGO

consideración de parte de entes no jurisdiccionales»<sup>1428</sup> debilita la satisfacción del derecho a ser oído. Esto se debe a que dichos entes no suelen canalizar los reclamos particulares con la requerida atención y seriedad, siendo procesos deliberativos adversariales no adecuados para responder a las quejas, salvo que dichos órganos no judiciales actúen como si lo fuesen, esto es, con sus respectivas instancias y características intrínsecas. Aunque, en tal caso, no serían sino órganos del poder judicial, del mismo modo sucede con la rosa que por más que se la llame con otro nombre no cambia su aroma<sup>1429</sup>.

## 2-HACIA UNA SUBTEORÍA DE LA AUTORIDAD

En virtud de las características de ambos órganos ya señaladas se bosquejarán ciertos lineamientos sobre cómo los poderes judiciales y legislativos pueden colaborar entre sí en la especificación y promoción de los derechos. En este sentido, se partirá de las objeciones principales que existen contra ambos órganos: por un lado, los jueces incurrir en discrecionalidad al resolver sus casos, al tiempo que no cuentan con credenciales democráticas suficientes para resolver problemas que conciernen al pueblo; por otro, los legisladores sancionan leyes que adolecen de vaguedad, antinomias, lagunas y, en ciertas ocasiones, pueden vulnerar los derechos humanos en favor del interés mayoritario. Este problema obstaculiza la especificación de los derechos y deja al descubierto la imposibilidad de regular todos los casos existentes de una manera íntegra.

### 2.1-La legislación como guía de las decisiones del poder judicial

Como se indicó con anterioridad el poder judicial tiene ciertas cualidades estructurales y funcionales que hacen que su participación en la especificación y promoción de los derechos humanos sea conveniente. Así, puede mencionarse su capacidad para canalizar reclamos individuales y materializar el derecho a ser oído mediante un proceso adversarial compuesto de diferentes instancias.

A su vez, tiene ciertas particularidades que lo tornan deficiente con respecto al poder legislativo en la función de especificar los derechos. A diferencia de la legislación que tiene una estructura arquitectónica y sistemática, las sentencias no siguen un patrón común. Así, puede encontrarse que, aun los tribunales que pertenecen a una misma jerarquía, utilizan diferentes criterios y teorías interpretativas

---

<sup>1428</sup>Idem, p. 220.

<sup>1429</sup>Cfr. Ibidem.

## EPÍLOGO

para resolver casos semejantes. Del mismo modo, ante tribunales de jerarquía diferente, no siempre los juzgados inferiores siguen los precedentes de tribunales superiores. De este modo, ante casos análogos pueden encontrarse sentencias opuestas<sup>1430</sup>.

En aras a que los derechos sean comprendidos en forma coherente con el bien común, una solución consiste en que la legislación sea concebida como una verdadera *guía de acción* para que el juez pueda ejercer la adjudicación mediante una interpretación adecuada de la ley, sin incurrir en la arbitrariedad. Así, el poder legislativo, cuando regula derechos fundamentales, debe especificar los tres términos que los integra –sujeto titular, pretensión y sujeto obligado—<sup>1431</sup>. Una legislación que realiza esta tarea tiene la potencialidad de favorecer a la adjudicación judicial de los derechos y limita el problema de la discrecionalidad judicial.

Por el contrario, si la guía que ofrece la legislación permite un razonamiento jurídico amplio, entonces no será idónea para colaborar en la resolución de conflictos<sup>1432</sup>. Así, por ejemplo, una ley que regula el derecho a la venta de cannabis para usos paliativos y terapéuticos, debe delimitar necesariamente sus elementos constitutivos –sujeto vendedor, conducta de venta y sujeto comprador—. Así, debe poder dar respuesta a interrogantes como: ¿cualquier derivado de la cannabis puede ser objeto de venta? ¿Pueden venderse solamente medicamentos pre-elaborados o también semillas, esquejes, flores, plantines y plantas? ¿La venta incluye acciones como cultivar, plantar, cosechar y acopiar plantas de cannabis? Si es así, ¿cómo se encuentran delimitadas dichas acciones? ¿Qué tratamientos pueden encuadrarse dentro de *usos terapéuticos y paliativos*? ¿Existe un límite en cuanto a la cualidad y cantidad de cannabis para la venta? ¿Qué presupuestos deben cumplirse para su venta al público? ¿Quiénes serían los beneficiados? ¿Es necesario una autorización especial para su compra y consumo? ¿Pueden comprarse derivados de la cannabis para su reventa? Entre otros interrogantes que podrían ser necesarios para resolver casos jurisprudenciales relacionados a la comercialización de cannabis para usos médicos.

En este sentido, la guía que ofrece la legislación puede ayudar a la adjudicación judicial de diferentes formas:

1-En primer lugar, puede facilitar la resolución congruente de sentencias al establecer *categorías legales* que subsuman los hechos concretos. Las mismas con-

---

<sup>1430</sup>Cfr. LR, p. 175.

<sup>1431</sup>Cfr. Idem, p. 161.

<sup>1432</sup>Cfr. Idem, p. 154.

## EPÍLOGO

tribuyen a que, ante casos difíciles, el juez pueda encuadrar los hechos y reducir el espectro de posibilidades que admiten el razonamiento moral. De este modo, el magistrado no necesitará estar dotado de las capacidades omnímodas del juez Hércules porque parte de su trabajo, consistente en la adecuación de los hechos a la legislación y consecuente interpretación normativa en sintonía con los precedentes judiciales involucrados, estará realizada<sup>1433</sup>.

2-Al mismo tiempo, la legislación puede evitar que el juez se encuentre sometido a presiones externas, sea que provengan de las partes o de la comunidad. Esto se debe a que la guía que ofrece la legislación permite al juez imputar la decisión final al poder legislativo y no solo a su persona, de tal modo que la responsabilidad sea compartida, lo que permite al juez actuar con mayor imparcialidad<sup>1434</sup>.

3-En tercer lugar, la resolución de ciertos casos puede llevar a que el juez sea afectado por sus pasiones, sentimientos, miedos, entre otros enemigos internos. Esto suele suceder en los casos que comprometen sus convicciones más íntimas, dificultando la posibilidad de que pueda juzgar en virtud de la razón. Las guías ayudan a reducir tales efectos al proveer al juez de estándares externos para resolver los casos<sup>1435</sup>.

4-En cuarto lugar, puesto que los jueces tienen valores y perspectivas diferentes, la guía que ofrece la legislación reduce el grado de discrecionalidad judicial ante casos análogos. Esto se debe a que todos los magistrados deben cumplir con los mismos estándares, por tanto, la coordinación entre ellos se acrecienta y el margen de apreciación se reduce. No obstante, corresponde mencionar que para que dicha posibilidad sea satisfecha, es necesario que la legislación cumpla con los desiderá-tums de Lon Fuller:

Las leyes deben ser generales –deben haber reglas más que prescripciones individuales–, promulgadas –deben ser conocidas por los sujetos–, proscriptivas –deben reglamentar para el futuro–, claras –deben ser posibles de ser entendidas, al menos por juristas que asesoren a los sujetos de las leyes–, coherentes –no deben ser contradictorias–, no imposibles de cumplir –deben requerir acciones que los sujetos sean capaces de realizar–, estables en el tiempo –deben ser lo suficientemente estables para

---

<sup>1433</sup>Cfr. Idem, pp. 162-163.

<sup>1434</sup>Cfr. Idem, p. 163.

<sup>1435</sup>Cfr. Idem, pp. 103-104.

## EPÍLOGO

brindar una orientación confiable—, y debe haber congruencia entre las reglas y la acción de los funcionarios que las aplican<sup>1436</sup>.

5-Por último, un aspecto relevante de la capacidad de guía que ofrece la legislación es que imbuyen de suficiente legitimidad democrática a la decisión de los jueces. Esto se debe a que, los jueces, al resolver con base en la legislación, hacen que sus sentencias participen de la legitimidad democrática que aquella concede<sup>1437</sup>.

En definitiva, una interacción eficaz entre el poder legislativo y el judicial puede contribuir a la especificación de los derechos y producir una promoción de los derechos fundamentales. El poder legislativo puede efectuar un aporte central en dicha labor a través de la legislación de tal modo que esta devenga en guías de acción idóneas para orientar decisiones de los jueces. Dichas guías legislativas facilitan que los jueces puedan resolver sus casos de una manera justa, predecible y fundada y, a su vez, con cierta legitimidad democrática. Al mismo tiempo, ayudan a reducir las presiones externas —sea de las partes o comunidad— e internas —que emergen de la personalidad del magistrado—.

### 2.2-La contribución de las decisiones judiciales

En línea con el epígrafe anterior, mediante práctica jurídica y consecuente canalización del derecho a ser oído, los jueces también pueden colaborar en la especificación y promoción de los derechos regulados en la legislación.

Esto es posible por dos razones: 1-porque el proceso judicial conlleva una serie de instancias en donde tiene lugar una proximidad con los hechos, una investigación pormenorizada y un análisis de la legislación a la luz de los casos concretos, perspectiva que no acontece en el poder legislativo; 2-al mismo tiempo, porque, puesto que la actividad judicial conlleva estudiar con precisión la letra y espíritu de las leyes para aplicarla a los casos concretos, los jueces también pueden colaborar mediante el señalamiento de los vicios de vaguedad, lagunas y antinomias que pueden padecer la legislación.

---

<sup>1436</sup>Idem, p. 166, (la traducción es mía); Cfr. Lon FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London, 1969, pp. 49-70. Téngase especialmente presente el último desiderátum en el cual Fuller advierte la necesidad de que legislación sea congruente con la acción de quienes deben aplicarla —jueces—. De allí la necesidad de que estén especialmente dirigida a la actividad judicial.

<sup>1437</sup>Cfr. LR, p. 166.

## EPÍLOGO

Las circunstancias particulares del proceso judicial consistente en analizar la legislación a la luz de los casos y los casos a la luz de la legislación, hacen posible que los jueces se encuentren en una situación idónea para determinar con precisión el contenido de los derechos y, a su vez, señalar los vicios de la legislación. Estos vicios tienen su origen en lo que se conoce como la *textura abierta del lenguaje* que, en palabras de Hart, consiste en la posibilidad de que surjan nuevos casos en donde las leyes existentes de un sistema jurídico se tornen indeterminadas para regularlos en su completitud. Esto provoca que el juez deba especificar las leyes existentes, teniendo en cuenta los elementos normativos del sistema y las exigencias de la práctica jurídica a fin de evitar caer en la discrecionalidad judicial<sup>1438</sup>.

Este fenómeno hace que sea conveniente entender a la especificación como una tarea colaborativa y gradual. El poder judicial tiene la capacidad de facilitar la adecuación de la legislación mediante la dilucidación de los vicios que afloran tras el análisis de los casos. Así, la legislación podría ser adaptada por los representantes del pueblo para regular situaciones no contempladas o contempladas de una forma vaga, ambigua o contradictoria.

Para que las decisiones judiciales puedan colaborar con la especificación de los derechos deben cumplir ciertos presupuestos:

- Deben estar destinadas a resolver el caso que se presenta para las partes en juicio y, a su vez, mejorar la legislación aplicable. Esto implica que los jueces deben tener en cuenta que el funcionamiento del poder legislativo se desarrolla mediante la deliberación y el voto en una asamblea marcada por la pluralidad de voces. En consecuencia, sus postulados deben ser objetivos – sin inclinaciones políticas–, deben ser claros y, en especial, deben evitar todo

---

<sup>1438</sup>Cfr. HART, *El concepto...*, pp. 155-160. Más precisamente detalla Hart en relación a la textura abierta del lenguaje: «Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho». Idem, p. 159. También véase la crítica efectuada por Dworkin a Hart en la obra *Taking Rights Seriously* según la cual, en los casos difíciles, el juez no debe juzgar con discrecionalidad, sino que debe hacerlo recurriendo a los principios del derecho propios de la práctica jurídica. Cfr. DS, pp. 71-101.

## EPÍLOGO

tipo de tecnicismo que obstaculice la comprensión de los problemas a resolver<sup>1439</sup>.

- Las sentencias deben ser entendidas como el producto de la revisión judicial en sentido fuerte, lo que conlleva la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la legislación. Solo así los reclamos de los particulares serán tratados con seriedad y podrán producir efectos para que la legislación pertinente sea reconsiderada en caso de que sea injusta<sup>1440</sup>. Explica Harel: «(...) los particulares tienen el derecho a ser oídos, que consiste en la oportunidad del titular del derecho de impugnar lo que se considere una vulneración de un derecho, ya sea de manera justificada o no»<sup>1441</sup>.
- Las sentencias deben estar fundadas. El poder judicial, al especificar subsidiariamente la legislación debe evitar recurrir en la discrecionalidad y fundamentar sus sentencias con base en derecho –debe servirse de los materiales normativos que el sistema jurídico provee–. Esto conlleva a que deba tener en cuenta las exigencias de la práctica jurídica. Así, deberá considerar la historia del precedente y la legislación, y efectuar una lectura moral de la Constitución. En este punto adquiere especial relevancia la teoría de la interpretación de Dworkin, puesto que, a pesar de las críticas efectuadas a su pensamiento, no puede negarse su esfuerzo por requerir la coherencia en las sentencias y la necesidad de que todo juez sentencie aplicando una teoría de la interpretación que estructure su razonamiento moral y le otorgue congruencia<sup>1442</sup>.
- Apelación a los bienes básicos humanos. Por último, puesto que la fuerza concluyente de los derechos reside en la protección de los bienes fundamentales o un aspecto de estos, las concepciones de los derechos y demás valores políticos que el juez elabora o desentraña debe tener en cuenta dicha relación. Debe evitar toda discrecionalidad, esto es, dejarse llevar por sus sentimientos, pasiones o interés personales que menoscaben la legitimidad de

---

<sup>1439</sup>Cfr. Santiago LAGARRE, Mariano VITETTA, “La crisis del llamado «legal writing» y la renovación de la enseñanza de la escritura en las facultades de derecho argentinas”, *Academia: revista sobre enseñanza del derecho*, N° 28 (2016) 15, pp. 19-26.

<sup>1440</sup>Cfr. PDI, pp. 217-219.

<sup>1441</sup>Idem, p. 201. Señala Harel: «Lo que diferencia la revisión judicial fuerte de la revisión judicial restringida es el hecho de que en la primera el órgano jurisdiccional tiene a su exclusivo cargo la tarea de reconsideración, mientras que en la segunda la decisión está sujeta a reconsideración de parte de entes no jurisdiccionales, que no necesariamente prestan especial e íntegra atención al reclamo particular o el proceso deliberativo decisorio generado a partir de la queja». Idem, p. 220.

<sup>1442</sup>Cfr. IJ, pp. 57-58; Cfr. JE, pp. 167-168.

## EPÍLOGO

la sentencia y hacer de ella una norma que sea lo más objetiva posible. En este aspecto, la objetividad de todo acto humano voluntario lleva consigo una finalidad –la persecución de fines básicos aunque se disienta en su medida debido a la diversidad de circunstancias–. De allí la necesidad de que al resolver deba considerar las reglas de la razonabilidad práctica para entender cómo los bienes deben entenderse de una manera armónica. Este desafío conlleva que el juez conciba una teoría moral y jurídica sobre cómo razonar sus sentencias de una forma congruente, lo cual implica actuar con responsabilidad moral<sup>1443</sup>.

En conclusión, la interacción entre el poder legislativo y el poder judicial debe contribuir en la especificación y promoción de los derechos. Dicha tarea puede enriquecerse a través del reconocimiento de las funciones propias de cada órgano. El poder legislativo está abocado a regular los derechos de una manera general teniendo en cuenta el bien común de la sociedad. Por su parte, el poder judicial pretende resolver los casos particulares de una manera concreta y justa por medio de la aplicación de las leyes, lo que en ciertas ocasiones conlleva decidir sobre aspectos que la legislación no llega a regular. De este modo, ambos poderes están imbuidos de fortalezas y debilidades. El poder legislativo puede especificar los derechos teniendo en cuenta las exigencias del bien común y las perspectivas de los miembros de la comunidad. Pero dicha especificación puede incurrir en una generalización que desatienda los casos particulares y, así, resultar insuficiente o arbitraria. Por otra parte, el poder judicial puede especificar los derechos mediante la satisfacción del derecho a ser oído y captar así las particularidades que se presentan en la realidad, que están contempladas en forma errónea en la legislación o, directamente, no reguladas. Pero dicha especificación puede ser reduccionista e ignorar las exigencias del bien común. El desafío es discernir y aceptar que, en forma aislada, ninguno puede especificar debidamente los derechos. A tal fin es necesario hacer converger las fortalezas de ambos de tal manera que sus debilidades se reduzcan.

### 2.3-¿Cómo lograr que los derechos sean eficazmente respetados?

El interrogante al que se intentó responder en la segunda parte del epílogo es: ¿quién se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos? La respuesta fue la siguiente: en una forma democrática y republicana de gobierno en donde el poder se encuentra distribuido en diferentes órganos, la especificación de los derechos debe ser desarrollada mediante un esfuerzo conjunto entre el poder legislativo y el poder judicial. No obstante, es un hecho que dicha respuesta puede

---

<sup>1443</sup>Cfr. LNDN, pp. 116, 121-123, 160, 183, 234.

## EPÍLOGO

convencer a nivel teórico, pero no a nivel práctico, puesto que discernir quiénes y cómo deben especificar los derechos no basta para que el fin último por el cual los derechos adquieren importancia –permitir el florecimiento humano de cada uno de sus miembros de la sociedad– sea satisfecho.

En este sentido, los derechos requieren ser especificados para que sean eficaces y, a su vez, exigen ser reconocidos y respetados por sus destinatarios: jueces, legisladores, demás autoridades y ciudadanos.

No puede negarse que la eficacia de los derechos se encuentra imbricada con la cultura<sup>1444</sup>. Esto es, con cuán comprometidos estén los ciudadanos con los derechos y la democracia. De allí que el mayor peligro que existe en un sistema de gobierno democrático no es que los derechos estén especificados en forma ambigua o vaga, o que el equilibrio entre el poder legislativo y el poder judicial sea aparente, o que la última palabra en materia de derechos deban tenerla los legisladores y no los jueces, sino que más bien, el peligro reside en la *apatía política* o *sedación cívica*. Dicho fenómeno fue indicado por Constant en su conferencia *Sobre la libertad de los antiguos comparadas a la de los modernos*<sup>1445</sup>. Por eso, corresponde hacer un *recursus* a la historia a fin de comprender que ignorar lo público conduce a un empobrecimiento de las libertades privadas.

En esta línea, Constant resalta la siguiente característica de los atenienses del periodo clásico:

El ciudadano se había reconocido esclavo de la nación, de la que formaba parte. Se abandonaba por completo a las decisiones del soberano sin discutir al legislador el derecho a controlar todas sus acciones, a forzar en un todo su voluntad. Pero, por otra parte, él mismo era a su vez ese soberano y legislador. Conocía el valor de su sufragio, en una nación lo bastante para que cada ciudadano fuera un poder, y sentía que era a sí mismo como soberano a quien sacrificaba como súbdito su libertad civil<sup>1446</sup>.

De este modo, para el escritor francés la libertad de los antiguos estaba ligada al autogobierno popular, consistía en la «participación activa y constante en el poder colectivo»<sup>1447</sup>, lo que se materializaba en forjar alianzas, deliberar, pronunciar

---

<sup>1444</sup>Cfr. DD, pp. 370-371.

<sup>1445</sup>CONSTANT, "Sobre la libertad...", pp. 83-95.

<sup>1446</sup>Benjamin CONSTANT, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, trad. Víctor Goldstein, Katz Editores, Madrid, 2010, p. 589.

<sup>1447</sup>CONSTANT, "Sobre la libertad ...", p. 88.

## EPÍLOGO

sentencias, votar leyes, decidir sobre la paz y la guerra y, en especial, controlar a las autoridades<sup>1448</sup>. Cada ciudadano tenía una influencia real en la política que provocaba un «placer vivo y repetido»<sup>1449</sup>. Por tanto, la vida privada del ciudadano estaba atravesada por la política, afuera de la polis solo quedaba el ostracismo, el no pertenecer, el peor castigo que un ciudadano comprometido puede recibir. He aquí que existía una «subordinación absoluta del individuo a la autoridad del todo»<sup>1450</sup>.

Por otra parte, menciona Constant que en la modernidad acontece una inversión del modo de ser ciudadano. La libertad moderna se asemeja a la independencia privada o libertad civil, existe un desinterés por participar en la vida política, una falta excesiva de compromiso. Así, se percibe un quiebre entre la vida privada y la vida política, la segunda solo interesa en la medida que es útil a la primera. Los ciudadanos se interesan por proteger su propiedad privada del abuso del Estado, hay un despliegue hacia las entrañas del individuo que se autopercebe perdido en la multitud sin poder apreciar cuánto pesa su participación en las decisiones colectivas porque «nada confirma ante sus propios ojos el influjo de su cooperación»<sup>1451</sup>. De este modo, el sistema representativo es concebido como «una organización que permite a la nación descansar sobre algunos individuos lo que no quiere o no puede hacer ella misma»<sup>1452</sup>. Por consiguiente, subyace la idea de dejar el cuidado de lo público a otros, de desatenderse con la esperanza de que se haga lo mínimamente indispensable. La conclusión a la que llega Constant es lúcida e interpela a los ciudadanos modernos:

El peligro de la libertad antigua consistía en que atendiendo únicamente a asegurar la repartición del poder social, los hombres no privilegiaron los derechos ni los goces individuales. El peligro de la libertad moderna consistía en que, absortos en el disfrute de nuestra independencia privada y en la procuración de nuestros intereses particulares, renunciamos fácilmente a nuestro derecho de repartición del poder político<sup>1453</sup>.

Por eso, si hay una característica que distingue a Constant es su intento de aguijonear a la sociedad que se encuentra adormecida con respecto a los avatares

---

<sup>1448</sup>Ibidem, p. 88. Explica Constant: «El pueblo hace las leyes, examina la conducta de los funcionarios, compele a Pericles a rendir cuentas, condena a muerte a los generales que habían mandado en la batalla de Arginusas». Ibidem.

<sup>1449</sup>Ibidem.

<sup>1450</sup>Idem, p. 85.

<sup>1451</sup>Idem, p. 88.

<sup>1452</sup>Idem, p. 94.

<sup>1453</sup>Ibidem.

## EPÍLOGO

de la vida política<sup>1454</sup>. Para el autor, necesariamente ambas libertades deben converger: la defensa de la libertad —que predicaban los modernos— solo es posible mediante la participación política activa y constante —que predicaban los antiguos—. A su vez, la libertad política de los antiguos no puede permanecer sin el respeto de las libertades básicas individuales de los modernos. En definitiva, la libertad individual no puede separarse de la participación política y viceversa, ambas convergen y se fortalecen mutuamente: solo mediante la participación en la deliberación y el control ciudadano de los representantes es posible proteger los derechos individuales<sup>1455</sup>.

En este sentido, a la luz del pensamiento de Constant, puede apreciarse que el compromiso cultural con la vida política es imprescindible para la vida saludable en comunidad. Si bien dicho corolario puede resultar vago, ambiguo, quizás vacío, no debe olvidarse que fueron los filósofos griegos quienes vincularon la virtud con el ejercicio del gobierno. Así, se desprende que, puede concebirse la mejor forma de gobierno, la forma más sólida y eficaz en la que los órganos interactúen entre sí, pero si sus integrantes son propensos a la corrupción y se dejan guiar por la *apatía política*, entonces no tardará en devenir en la peor forma de gobierno posible. Por el contrario, si se concibe una forma de gobierno con una interacción de órganos equilibrada, no del todo eficaz a nivel teórico, pero sus ciudadanos obran guiados por la virtud, persiguiendo el bien común, comprometidos con la vida política, no tardará en convertirse en la mejor forma de gobierno. No por nada Aristóteles, aparte de la *Política*, también escribió la *Ética Nicomaquea*, *Ética Eudemia* y la *Gran Ética*, puesto que las cuestiones éticas sobre lo que implica ser un buen ciudadano se encuentran imbricadas con la organización política de la sociedad.

De este modo, el problema de la legitimidad democrática de la autoridad para decidir como última instancia sobre los derechos tiene una dimensión ética que no puede ignorarse.

El problema ético cuya materialización reside en el compromiso cultural con la política, esto es, con la democracia y los derechos humanos, es previo a cualquier teoría de la toma de decisiones políticas. No solo antecede al interrogante sobre qué

---

<sup>1454</sup>Expresa Constant: «(...) los pueblos que, con el objetivo de disfrutar de la libertad que les conviene, y recurren al sistema representativo, deben ejercer una vigilancia activa y constante sobre sus representantes, y reservarse —para épocas con intervalos relativamente breves— el derecho de apartarlos en caso de que hayan engañado su confianza y revocar los poderes de los que hubiesen abusado». CONSTANT, “Sobre la...”, p. 94.

<sup>1455</sup>Cfr. Enrique AGUILAR, “Benjamin Constant. El liberalismo y la democracia”, Caminos de la libertad, *14º Concurso de Ensayo. Caminos de la Libertad*, 2020, p. 80.

## EPÍLOGO

autoridad se encuentra en mejor situación para especificarlos, sino también a la teoría de derechos que pueda pergeñarse por más objetiva que sea. Por tanto, el problema de fondo no descansa en cuestiones formales sino en aspectos sustanciales: en cómo lograr un compromiso social y cultural con los derechos humanos y la democracia sabiendo que la *atrofia política* es un problema que interpela y sacude los cimientos de la vida en comunidad. De aquí que la última palabra en materia de derechos no la tiene una autoridad específica como el poder legislativo o el poder judicial, sino que la tiene el pueblo. Vano sería que una autoridad, por más legitimada que se encuentre en términos democrático, especifique los derechos si el pueblo no se encuentra instruido para respetarlos.

### 3-BALANCE

Las conclusiones que pueden extraerse de la segunda parte del epílogo son las siguientes:

1-Existe un problema relacionado con los derechos y la autoridad, esto es, existen desacuerdos sobre qué autoridad se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos. Una doctrina se posiciona a favor de los jueces –Dworkin– y otra a favor de los legisladores –Waldron–, cada una con sus respectivos argumentos. No obstante, como se observó, para que la especificación de derechos sea adecuada debe requerir del esfuerzo mutuo de ambos órganos –de allí que los dos actúen como autoridad, con funciones distintas, aunque vinculadas por un mismo fin–.

2-El poder legislativo reúne ciertas características que lo sitúan en una posición privilegiada para especificar los derechos, entre ellas: a-puede sancionar leyes en virtud de principios –tanto formales como sustanciales–; b-su estructura u modo de funcionamiento permite aunar los conocimientos y experiencias de los legisladores que comparten diferentes creencias a fin de llegar a una respuesta enriquecida con las exigencias de la sociedad plural; c-tiene una capacidad de cambio que permite adecuar las concepciones de los derechos a las realidades cambiantes de la sociedad; d-tiene autonomía propia para sesionar –no debe esperar un impulso de un ente externo–; e-sus leyes reúnen las cualidades de certeza, notoriedad y claridad; f-a su vez la legislación es la expresión del autogobierno del pueblo, siendo los ciudadanos quienes por medio de sus representantes eligen cómo proyectar sus propios planes de vida; g-el poder legislativo se encuentra dotado de una perspectiva arquitectónica para especificar los derechos que le permite tener en cuenta las distintas materias temáticas que se encuentran afectadas; h-la legislación, como con-

## EPÍLOGO

secuencia de que tiene efectos *erga omnes*, permite lograr cambios eficaces y relevantes en la sociedad.

3-El poder judicial también cuenta con ciertas características que lo tornan idóneo para contribuir en la especificación de los derechos: a-gracias a su estructura y modo de funcionamiento adversarial, puede satisfacer el derecho a ser oído de los reclamantes, brindar una justificación adecuada; b-a su vez, mediante el razonamiento jurídico y moral, puede identificar las insuficiencias de la legislación –lagunas, ambigüedades o contradicciones internas– a fin de que el poder legislativo pueda rectificarla; c-el control judicial fuerte permite la reconsideración de las normas jurídicas que sean contrarias a derecho y, por ende, que los demás órganos se tomen las sentencias en serio de tal modo que el derecho a ser oído sea satisfecho; d-el razonamiento judicial exige al juez elaborar sentencias objetivas, fundada en bienes básicos humanos, puesto que en ellos reside la fuerza concluyente de los derechos humanos, de allí que los actos judiciales deban ser producto de un obrar responsable –esto requiere que todo juez deba tener una teoría ética sobre cómo razonar sus sentencias en forma congruente, lo que permite una mayor comprensión de los derechos–.

A partir del reconocimiento de las características intrínsecas de cada uno de los órganos se bosquejaron los lineamientos necesarios para una subteoría de la autoridad fundada en el esfuerzo cooperativo entre ambos poderes. De este modo, se arribó a las siguientes premisas:

a-Ambos poderes son capaces de resolver sus actos por medio de principios y, en virtud de ellos, contribuir en la especificación de los derechos. No siendo esta una capacidad exclusiva del poder judicial.

b-El poder legislativo pueda transformar sus leyes en verdaderas guías de acción para que el poder judicial pueda resolver sus casos con base en ellas sin tener que incurrir en la discrecionalidad –a tal fin es necesario que las guías contengan categorías jurídicas que permitan subsumir los hechos concretos y, a su vez, que los derechos estén determinados en sus tres elementos –sujeto titular, pretensión y sujeto deudor–. Por otra parte, la guía que ofrece la legislación también colabora en la actividad jurisdiccional de distintas formas: facilita la adjudicación judicial, evita las presiones externas e internas, provee estándares comunes a todos los jueces para reducir los márgenes de apreciación e imbuyen de legitimidad democrática a las sentencias.

c-El poder judicial también puede transformar sus sentencias en guías de acción para orientar las decisiones del poder legislativo, de modo tal que este pueda enmendar los vicios de lagunas, contradicciones y antinomias, a fin contribuir con

## EPÍLOGO

la especificación de los derechos. Para que las decisiones judiciales puedan cumplir con tal objetivo deben estar destinadas a resolver los casos concretos, deben evitar todo lenguaje técnico que impida su comprensión, estar fundadas con base en derecho y recurrir a los bienes básicos humanos.

d-Por último, para que los derechos puedan cumplir con el fin para el cual fueron pensados, esto es, posibilitar el florecimiento humano de las personas, no basta con que estos sean especificados en todos sus elementos, sino que también es necesario la existencia de una *cultura cívica* que los respete y los considere valiosos. De allí que el peor peligro que existe en una democracia no es que los derechos estén especificados en forma incorrecta, sino que los ciudadanos no se encuentren comprometidos con la política y la consecuente necesidad de garantizarlos. De allí que el reclamo de Constant sobre la *apatía cívica* cobra una importancia sideral en las sociedades actuales.

Por último, como se advirtió en un principio, no se puede determinar qué autoridad se encuentra en mejores condiciones para especificar los derechos sin determinar previamente qué son, cuál es su contenido y qué fin persiguen. Por eso, en esta parte del epílogo se propuso desarrollar una subteoría de la autoridad que sea complementaria a la subteoría de los derechos elaborada previamente. Ambas conforman la teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos. Esta subteoría de los derechos parte de una concepción realista clásica. A su vez, la subteoría de la autoridad parte de considerar el esfuerzo conjunto y recíproco entre los órganos legislativo y judicial para delimitar los derechos. En la explicación de los lineamientos para concretizar dicha posibilidad consiste el éxito o fracaso del presente epílogo.



## CONCLUSIONES

Antes de exponer las conclusiones corresponde recordar el interrogante al que trata de dar respuesta la presente investigación, a partir del pensamiento de Dworkin y Waldron: ¿qué autoridad es conveniente que tenga la última palabra en materia de derechos humanos y cómo debe concretarla? Desde ya, cada uno de los autores elabora su propia respuesta. Dworkin lo hace a través de la teoría de la interpretación integral que los jueces deben aplicar a los casos concretos y Waldron por medio de la teoría de la toma de decisiones políticas por medio de la cual busca defender la importancia de la actividad legislativa. Para poder comprenderlas es necesario indagar sobre las conclusiones que se desprenden de las categorías que ambos autores utilizan para enriquecer sus propuestas. Estas son: desacuerdo, derechos humanos, dignidad humana, derecho, democracia y control de constitucionalidad. A su vez, también es necesario indagar sobre las conclusiones referidas a los paradigmas que encuadran su pensamiento, las influencias filosóficas subyacentes y las consecuentes críticas que afectan sus propuestas. Después de esto, se describirán las conclusiones que derivan de una propuesta alternativa a las ya esgrimidas por ambos pensadores.

En esta línea, las conclusiones que se desprenden del análisis realizado son las siguientes:

### 1. DESACUERDOS

Ambos autores parten del mismo problema: existen desacuerdos sobre los derechos humanos y es necesario una autoridad para finiquitarlos.

1.1. Dworkin divide a los desacuerdos en empíricos y teóricos. Los desacuerdos empíricos refieren a cuestiones de hecho, históricas o reales sobre lo que verdaderamente sucedió o sucede. Los desacuerdos teóricos conciernen a los fundamentos en virtud de los cuales ciertas concepciones de derechos, principios y valores son tenidas como auténticas y aceptadas por la comunidad, por tanto, pueden ser utilizadas por los jueces para resolver sus sentencias. Dicho desacuerdo parte de considerar que existen conceptos de carácter interpretativo –conceptos morales y políticos–,

## CONCLUSIONES

para los que no existe un método científico o criterio semántico que pueda dirimir tales discrepancias. De allí que se necesite una teoría de la interpretación para comprenderlos y discernir por qué los miembros de una sociedad discrepan.

1.2. Por otra parte, en el pensamiento de Waldron puede observarse que existen desacuerdos sustanciales y formales. Los desacuerdos sustanciales se encuentran vinculados con qué son los derechos, cuál es su contenido y cuáles son sus efectos. Los desacuerdos formales refieren a qué procedimientos son adecuados para canalizar las discrepancias que existen entre los miembros de una sociedad a fin de llegar a una acción colectiva. Un rasgo característico que resalta el autor es que los desacuerdos no desaparecerán, por tanto, la única posibilidad que existe es concebir un método democrático que permita abordarlos en forma legítima y se encuentre fortalecido por argumentos que demuestran su eficacia.

1.3. En conclusión, los desacuerdos son abordados desde enfoques diferentes por ambos autores: Dworkin lo hace desde lo jurídico, enfocándose en lo judicial, teniendo especialmente en cuenta la actividad interpretativa. Waldron desde lo eminentemente político, centrándose en lo legislativo, teniendo en cuenta la necesidad de arribar a una acción colectiva que sea congruente con las exigencias de la democracia.

## 2. DERECHOS HUMANOS

La noción de desacuerdo se encuentra ligada a la de derechos humanos puesto que éstos conforman el objeto sobre el cual se discrepa. Así, en Dworkin los derechos son el objeto de interpretación jurídica y en Waldron son el objeto de la deliberación legislativa. Ambos autores se oponen a concepciones de carácter metafísico o realista de los derechos, aunque se diferencian en cómo concebirlos.

2.1. Por un lado, para Dworkin los derechos son instrumentos –cartas de triunfo– que tienen los individuos para proteger sus intereses contra los actos abusivos del gobierno, en especial, aquellos basados en directrices políticas. Existen cuatro características que distinguen a los derechos: a) tienen una naturaleza normativa puesto que pertenecen al mundo de la moral y, por ende, crean exigencias de *deber ser*; b) esto implica que los derechos, son preexistentes a la leyes positivas las cuales deben respetarlos a fin de que no sean arbitrarias y merezcan ser obedecidas; c) los derechos deben entenderse en forma armónica e interrelacionada, como si todos formasen parte de una misma red; d) a su vez, los derechos deben estar regulados en una Constitución escrita para que devengan eficaces, lo que permite que puedan ser protegidos por los jueces mediante el ejercicio del control judicial de constitucionalidad fuerte.

## CONCLUSIONES

2.2. Por su parte, para Waldron los derechos internalizan valores y preocupaciones que posibilitan la vida en democracia, aunque resalta que existen desacuerdos sobre qué son, cuáles son y qué efectos tienen en la sociedad. Así, el autor subraya una serie de características que los distingue: a) no ahonda sobre la naturaleza de los derechos puesto que sobre esta se discrepa y, al mismo tiempo, rechaza todo argumento referido a su objetividad, lo que deriva de su consideración sobre la irrelevancia de la objetividad moral y la persistencia de los desacuerdos; b) los derechos son consensuados por los legisladores y regulados en la legislación y, a su vez, existen derechos que son más preponderantes que otros –por ejemplo, el derecho a la participación política tiene una predilección especial–; c) los derechos se encuentran en tensión en la esfera práctica, esto se debe a que cada derecho origina un conjunto de obligaciones, de este modo, pueden existir *desacuerdos intra-derechos* –cuando existen conflictos entre las obligaciones de un mismo derecho– y *desacuerdos inter-derechos* –cuando los conflictos son entre obligaciones que se desprenden de diferentes derechos–; d) los derechos no deben ser regulados en una Constitución escrita puesto que esto dificulta que los representantes del pueblo puedan decidir sobre ellos.

2.3. En conclusión, para ambos pensadores los derechos son importantes y se encuentran sujetos a modificaciones –por lo que no existen derechos absolutos–. En Dworkin los derechos son analizados como conceptos interpretativos, que tienen una naturaleza propia, que deben entenderse en forma armónica y es posible elaborar concepciones objetivas de ellos, de allí que deban ser constitucionalizados. Waldron, por su parte, los aborda como categorías importantes para la democracia, aunque existen discrepancias sobre lo que son, su contenido y efectos, de allí que los mismos colisionen entre sí. Por tanto, es conveniente que no sean cristalizados en una Constitución escrita. En otras palabras, Dworkin se enfoca en qué concepción de los derechos es la correcta, Waldron en cuál es la más legítima en términos democráticos. Uno privilegia el resultado, el otro el proceso.

### 3. DIGNIDAD HUMANA

Al igual que los derechos, el concepto de la dignidad humana es central en las teorías de ambos autores.

3.1. En Dworkin la dignidad es importante como concepto porque tiene un efecto directo en las concepciones de los demás valores y derechos que el intérprete debe elaborar. De este modo, la dignidad se erige como un parámetro de corrección ya que permite descartar las concepciones que no se adecúan a ella. Dicho efecto se debe a que los conceptos morales y políticos deben interpretarse como si todos formasen parte de una red interconectada. Así, si el concepto de la dignidad necesi-

## CONCLUSIONES

riamente influirá sobre los demás. Ahora bien, ¿cómo concibe Dworkin a la dignidad humana? La misma se encuentra concebida a partir de los ideales éticos de *vivir bien y tener una buena vida*. Es decir, la dignidad exige vivir bien para tener una vida buena, enriquecida, con un carácter adverbial y crítico. En este sentido, el autor precisa las consecuencias de los ideales mediante los principios de *autorrespeto y vida auténtica* que subyacen en el concepto de la dignidad. De este modo, subraya que toda vida tiene un valor intrínseco en sí mismo por el cual merece ser respetada, y que la exigencia de la autenticidad se manifiesta en la posibilidad de elegir libremente cómo proyectar la propia vida. La vida digna es una vida vivida con responsabilidad, no desplegada meramente sobre sí misma ni concebida de una manera excéntrica, sino también con la consideración de que la vida de los demás es igualmente valiosa.

3.2. Por otra parte, para Waldron la dignidad también es un concepto neurálgico. Su importancia reside en que su materialización es lo que permite el reconocimiento de todos los individuos para participar en pie de igualdad en las asambleas legislativas y tomar decisiones sobre los asuntos que afectan a todos. De allí que, siendo esta la principal función de la dignidad, la concibe como un *status* normativo, cuyo precedente reside en la noción de ciudadanía de la Antigua Grecia y en la noción de *dignitas* compartida por los pueblos romanos. Dicho *status* normativo se identifica con un *rango elevado* que debe reconocerse a todo individuo, como si cada ciudadano formase parte de una alta nobleza, lo que le permite ejercer el derecho a la participación política –del cual solo unos pocos gozaban en la antigüedad–. De allí la necesidad de *democratizar* la dignidad entendida como un alto rango. En este aspecto, la dignidad no es el fundamento de los derechos, tampoco un ideal metafísico, sino un arquetipo normativo que integra un conjunto de derechos.

3.3. De este modo, para Dworkin la dignidad es un concepto interpretativo que tiene una finalidad: permitir que se elaboren concepciones íntegras de los demás valores políticos a fin de que contribuyan a vivir una vida buena. Para Waldron, por su parte, la dignidad como *status* normativo tiene una finalidad distinta: permitir que los individuos puedan ejercer sus derechos políticos.

## 4. DERECHO

La noción de derecho subyace en las teorías que cada autor propone.

4.1. Para Dworkin el derecho es una práctica social y jurídica que se construye a lo largo del tiempo. Es elaborada por los agentes políticos –legisladores y jueces– y también por los ciudadanos que obedecen los actos jurídicos. En relación a los preceptos que componen al derecho, Dworkin diferencia entre *principios*, que son los lineamientos que utiliza el juez para fundar sus sentencias, *directrices*, que canali-

## CONCLUSIONES

zan los objetivos políticos que las autoridades persiguen, y *reglas* que son normas positivas que circunscriben conductas con sus respectivas penas. Corresponde mencionar que el autor otorga una importancia especial a la actividad judicial y, por tanto, a las sentencias como normas jurídicas idóneas para resolver los problemas relativos a los derechos. De allí que elabora una teoría de la interpretación integral que los jueces deben aplicar.

4.2. Por su parte, Waldron concibe al derecho desde un positivismo normativista. Su pensamiento se encuentra enfocado en cómo debería ser el derecho para que sea acorde a las exigencias de la democracia. Así, para este autor la mayor expresión del derecho es la legislación, la única fuente de derecho que puede canalizar los desacuerdos que existen en una sociedad marcada por la pluralidad de creencias y, al mismo tiempo, erigirse como una solución legítima en términos democráticos debido a que deriva de una diversidad de voluntades que representan al pueblo. De allí que considera la necesidad de elaborar una teoría jurídica enfocada en la legislación y no en la jurisprudencia, a fin de que pueda reflexionarse sobre cómo mejorar la elaboración de las leyes y también la estructura del Parlamento para obtener productos congruentes con la democracia. En este aspecto, el autor adhiere al pensamiento de Bentham quien también prioriza la legislación en detrimento de las sentencias, aunque discrepa en que deba estar elaborada en vistas a materializar objetivos utilitaristas.

## 5. DEMOCRACIA

En línea con las ideas de derechos humanos y dignidad humana se encuentra la noción de la democracia, la cual no puede realizarse sin las otras.

5.1. Para Dworkin la democracia debe entenderse como *democracia asociativa*. Esta se distingue porque tiene una consideración especial por cada uno de sus miembros y no solo por aquellos que pertenecen a las mayorías. Parte del punto de que todos los ciudadanos deben ser tratados con igual consideración y respeto y de que existe un núcleo de derechos que las mayorías parlamentarias no pueden disponer a su libre albedrío. Sostiene que en una democracia los individuos deben ser considerados como miembros de una misma orquesta en la que el rol de cada uno es importante y todos aspiran al mismo fin. El profesor norteamericano parte del punto de que los legisladores son propensos a dejarse llevar por el autointerés y recaer así en una tiranía de las mayorías. Lo que provoca la necesidad de un órgano externo –poder judicial– que proteja los derechos de los individuos y grupos minoritarios.

5.2. Por su parte, para Waldron la democracia debe entenderse como *democracia mayoritaria*. Esta se caracteriza porque brinda a los legisladores una consideración especial con respecto a cualquier otra clase de funcionarios, siendo tenidos como

## CONCLUSIONES

agentes legitimados en términos democráticos para tomar decisiones sobre cuestiones sustanciales que afectan a los ciudadanos. Estos deben hacerlo por medio de la deliberación y posterior votación por mayoría, permitiendo una participación equitativa y de buena fe de cada una de las voces —en especial de las disidentes—. Este autor parte de una visión positiva de los legisladores, puesto que considera que actúan reflexivamente, respetando los intereses de los representados, siendo los casos de falta de representatividad patologías excepcionales.

5.3. En definitiva, ambos tienen nociones diferentes de la democracia. Para Dworkin la democracia debe considerarse en términos sustanciales, como forma de gobierno que permite el respeto y fortalecimiento de los derechos de los individuos. Para Waldron, la democracia tiene una dimensión procedimental —epistémica— que es preponderante. Lo importante es discernir cuál es el mecanismo más respetuoso de la decisión mayoritaria que, a su vez, permita que cada representante pueda participar de una manera equitativa.

## 6. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control judicial de constitucionalidad es uno de los temas que divide a ambos autores. Este se encuentra en línea con la concepción de la democracia que cada autor defiende y, también, con la pregunta sobre qué autoridad tiene la última palabra en materia de derechos.

6.1. Por un lado, Dworkin se encuentra a favor del control judicial de constitucionalidad en *sentido fuerte*, el cual, desde su pensamiento, fortalece a la democracia y se caracteriza porque: a) tiene por objeto el respeto de la Constitución —y sus derechos—, la cual fue producto de la voluntad popular—; b) los jueces tienen la última palabra en materia de derechos y son los intérpretes máximos y exclusivos de la Constitución; c) a su vez, pueden modificar la legislación y declarar su nulidad en ejercicio del poder de revisión que se les reconoce; d) ejercen el control con base en principios y no en directrices políticas como lo hacen los legisladores, al tiempo que deben aplicar una teoría de la interpretación para que sus sentencias sean congruentes; e) dicha teoría consiste en analizar la práctica social y jurídica, buscar sus propósitos mediante una serie de etapas para elaborar concepciones de derechos, y no en desentrañar la intención de los padres fundadores ni en controlar la formalidad de los procesos legislativos.

6.2. Por su parte, Waldron se posiciona en contra del control judicial de constitucionalidad fuerte. Por un lado, considera que obstaculiza la posibilidad de que los legisladores puedan modificar los derechos regulados en la Constitución, puesto que se necesitaría una mayoría calificada para hacerlo. Por el otro, sostiene que sería una afrenta a la democracia ya que los representantes del pueblo no podrían de-

## CONCLUSIONES

cidir como instancia última sobre los asuntos que los afecta. Al mismo tiempo, esgrime razones de resultados y de proceso para fortalecer su posición, aunque subraya que las razones preponderantes son las segundas. Así, con respecto a las razones de resultado, postula que la justicia o certeza de las sentencias no es un motivo suficiente para legitimar el control de constitucionalidad fuerte puesto que los jueces también se equivocan al resolver. En relación a las razones de proceso, menciona que los jueces no cuentan con credenciales democráticas suficientes para decidir sobre los asuntos que conciernen al pueblo, ya que no son elegidos por votación directa de los ciudadanos, no rinden cuenta de sus actos y son inamovibles en sus puestos –a diferencia de los legisladores no deben renovar sus cargos una vez que ingresan–. Por otro lado, el modo de resolver sus sentencias, mediante votación por mayoría, es objetable, en especial cuando anulan o modifican una legislación por 5 votos contra 4, la cual fue producto de arduas deliberaciones entre centenares de personas. Esto refleja que, aun los jueces, que aparentemente cuentan con un conocimiento experto se encuentran en desacuerdo.

6.3. De este modo, Dworkin defiende el control de constitucionalidad en sentido fuerte, considera que fortalece a la democracia ya que evita la vulneración de los derechos por parte de los legisladores. Por su parte, Waldron lo rechaza porque concibe que los legisladores excepcionalmente se equivocan y que son los agentes legítimos para decidir sobre las cuestiones que incumben al pueblo.

## 7. TEORÍAS

Luego de abordadas las diferentes categorías que se erigen como presupuestos necesarios para comprender el pensamiento jurídico de cada autor, es posible explicar cuál es la propuesta que desarrollan para discernir qué autoridad debe tener la última palabra en materia de derechos.

7.1. Como se explicó en el punto anterior, Dworkin se encuentra a favor del control de constitucionalidad fuerte, aunque detalla que debe ser ejercido por los jueces de una forma determinada: aplicando la teoría integral de la interpretación. Esta comprende una serie de elementos y exigencias que se encuentran relacionados: a) existen conceptos morales y políticos que son de carácter interpretativo –entre ellos, valores, principios y, también, derechos–; b) estos conceptos se caracterizan porque son compartidos por los miembros de la práctica jurídica y social que forman parte de ella, razón por la que son entendidos por todos aunque discrepen en su significado; c) el juez interpreta dicha práctica de la cual forman parte los precedentes judiciales, la legislación, la Constitución y los actos de obediencia de los individuos, para elaborar concepciones de dichos conceptos que sean congruentes entre sí; d) así, debe tratar de concretar el valor de la integridad de tal modo que exis-

## CONCLUSIONES

ta un fortalecimiento mutuo entre las concepciones –no deben existir concepciones de derechos o valores que sean antagónicas–; e) esta elaboración se efectúa por medio de una serie de etapas: pre-interpretativa, interpretativa en sentido estricto y postinterpretativa; f) a su vez, en cada una de dichas etapas el intérprete debe efectuar juicios de valor en los que compromete sus convicciones personales, puesto que debe llegar a la mejor respuesta posible y él mismo debe estar convencido de que no existe otra mejor –de allí que sus convicciones deben ser reflexivas y libre de todo egoísmo–; g) por último, debe tener especial consideración de que las concepciones elaboradas de los derechos sean respetuosas de las exigencias de la dignidad humana, puesto que este es el valor que aúna todas demás concepciones cuya materialización permite el logro de una vida buena. En definitiva, el juez que procede de esta manera actúa con responsabilidad moral al sentenciar, de allí que la aplicación de la teoría de la interpretación sea considerara la epistemología moral de todo juez.

7.2. Por otra parte, Waldron elabora una teoría de la toma de decisiones políticas que permita arribar a una acción colectiva ante los desacuerdos de derechos que existen en toda sociedad plural. La misma comprende una serie de presupuestos: a) existen cuatro condiciones que se dan por supuestas –las instituciones democráticas funcionan razonablemente bien al igual que las instituciones judiciales no representativas, existe un compromiso respetuoso de los derechos de los individuos y minorías y, por último, existen desacuerdos de derechos que son de buena fe–; b) debe existir una deliberación entre los legisladores en la que todas las voces sean tratadas de una manera equitativa –cada legislador tiene el mismo poder de cambio–; c) se exige una actitud de buena fe por parte de los parlamentarios, la cual consiste en no tomar las posiciones adversas como despreciables sino dignas de respeto, puesto que las cuestiones a resolver son complejas y no es de esperarse una respuesta unívoca; d) debe existir un conjunto de reglas procesales que tornen eficaz la deliberación –como, por ejemplo, reglas de debates, de aprobación de leyes, de propuestas de enmiendas, de comienzo y finalización, etc.–; e) la decisión final debe tomarse por el voto de la mayoría simple. Puede observarse que esta teoría es afín al control judicial de constitucionalidad *débil*, el cual se caracteriza porque los jueces pueden revisar la legislación, interpretarla, sugerir su nulidad y modificación, para que se adecúe a las cláusulas constitucionales, pero no tienen el poder de materializar dichos cambios, sino que este queda en manos de los legisladores, quienes tienen la última palabra en materia de derechos.

7.3. En este aspecto, puede observarse que Dworkin propone una teoría de la interpretación en la que los jueces son quienes tienen la última palabra en materia de derechos. Por su parte, Waldron propone una teoría de la toma de decisiones políticas en la que los legisladores son la autoridad máxima para tomar decisiones sus-

## CONCLUSIONES

tanciales. Ambas teorías se encuentran en línea con la concepción que cada uno tiene del control de constitucionalidad judicial en sentido fuerte.

### 8. PARADIGMAS FILOSÓFICOS

En virtud de lo desarrollado previamente puede observarse cuáles son los paradigmas que engloban las posiciones de cada autor.

8.1. Dworkin adhiere a un constructivismo ético jurídico. Este consiste en que el juez, mediante la aplicación de la teoría integral de la interpretación, debe elaborar las concepciones íntegras de los valores, principios y derechos necesarios para llegar a una respuesta correcta, de allí que para el autor la integridad sea el nervio de la verdad. Estas concepciones son objetivas –en sentido constructivo– en la medida en que deriven del procedimiento interpretativo. A su vez también son racionales puesto que en la correcta interpretación reside su justificación. La aplicación de dicha teoría dota de moralidad a las sentencias ya que fueron producto de un actuar responsable del intérprete. Esto se debe a que en la interpretación el juez compromete sus convicciones, cree verdaderamente que sus respuestas son adecuadas con prescindencia de su subjetividad, corolario que se encuentra en sintonía con la concepción de la moral jurídica postulada por Dworkin, la cual es una rama de la moral personal. Por consiguiente, la fuerza deóntica deriva del seguimiento del método y, a su vez, de la personalidad del intérprete.

8.2. Por su parte, Waldron adhiere a un procedimentalismo epistémico. Para el autor lo importante en términos políticos es que exista un procedimiento por el cual los individuos puedan abordar los problemas comunes –como las cuestiones de derechos– y forjar así una acción colectiva. En este aspecto, no interesa si las decisiones resultantes son objetivas o no, o si son congruentes entre sí, lo importante es que estén democráticamente legitimadas. Lo están si son producto de una deliberación de buena fe y posterior votación por mayoría simple, en la que todas las voces afectadas pueden participar en pie de igualdad. De allí que el autor resalte la necesidad de una teoría jurídica que reconozca la importancia de la legislación y, a su vez, se encuentre enfocada en mejorar el procedimiento de toma de decisiones legislativas como así también la estructura del Parlamento, a fin de favorecer la representatividad. En este aspecto, no puede negarse que el autor tiene una preferencia particular por un método específico. Por tanto, en relación a lo sustancial subraya la irrelevancia de la objetividad, pero en relación a lo procedimental esgrime razones por las cuáles el procedimiento propuesto es más idóneo que otros en términos democráticos.

8.3. En conclusión, en relación a los paradigmas filosóficos, puede observarse que Dworkin construye un método –su teoría de la interpretación integral– para resol-

## CONCLUSIONES

ver los problemas de derechos y llegar a una respuesta correcta. Por su parte, Waldron no construye nada sino que, mediante su teoría, defiende un método procedimental de toma de decisiones ya existente: la deliberación parlamentaria y posterior votación por mayoría simple.

### 9. INFLUENCIAS FILOSÓFICAS

Puede observarse que las influencias filosóficas que subyacen en el pensamiento de ambos autores son diversas.

9.1. En el pensamiento constructivista de Dworkin se tiene que: a) su concepción de la moral como *reino independiente* con sus propias reglas de juego –desvinculada de la naturaleza de las cosas–, encuentra su influencia en el *principio de Hume*; b) su concepción sobre el deber que tiene el intérprete de construir concepciones de valores, respetando el principio de igual consideración y respeto, evitando dejarse llevar por sentimientos egoístas, encuentra su influencia en noción de la *autonomía de la voluntad* de Kant –más precisamente, en su imperativo categórico–; c) el ideal de la integridad, consistente en que el intérprete debe construir concepciones de valores políticos y morales que se refuercen mutuamente, comprometiendo sus convicciones, encuentra su influencia en Rawls, quién elabora un método en el cual los individuos tratan de dilucidar los principios axiológicos con base en sus convicciones personales, aunque detrás de un velo de ignorancia; d) por último, la idea de que *interpretar es crear derecho* encuentra su influencia en Gadamer, para quien la interpretación se materializa en actos productivos, no reproductivos y, a su vez, las interpretaciones se encuentran alteradas por la situación personal del intérprete y el contexto que lo rodea.

9.2. En relación al pensamiento procedimentalista de Waldron pueden observarse las siguientes influencias filosóficas: a) la idea de desacuerdos sustanciales y la necesidad de una autoridad que pueda tomar una decisión al respecto encuentra su influencia en la teoría de la autoridad soberana de Hobbes, la cual se erige como una alternativa para salir del estado de naturaleza en el que todo es permanente conflicto; b) las *cargas de juicio* de Rawls, que se identifican con la causa de los desacuerdos sobre la justicia, son las mismas que provocan los desacuerdos en Waldron, aunque para éste dichas cargas tienen incidencia no solo en la justicia sino también en la noción de bien y de derechos individuales; c) a su vez, la idea de un principio de equidad, mediante el cual pueda llegarse a una respuesta, en Rawls se corresponde con los principios de igualdad y de diferencia, en Waldron tiene su eco en el principio de equidad –materializado en la deliberación y votación por mayoría–; d) la idea de *circunstancias de la política* guarda cierta reminiscencia con las *circunstancias de la justicia* de Rawls; e) la concepción del Parlamento como au-

## CONCLUSIONES

toridad soberana del gobierno propuesta por Locke encuentra su incidencia en la concepción del Parlamento de Waldron, el cual es considerado como un ente soberano cuyos legisladores cuentan con credenciales democráticas idóneas; f) por último, la defensa de la legislación propuesta por Bentham y su consecuente crítica al poder judicial, influyen en la concepción de la legislación de Waldron, para quien esta es legítima, no porque permita concretar el principio de utilidad sino porque es la expresión más fiel de la democracia mayoritaria.

9.3. En conclusión, ambas teorías se encuentran enriquecidas por influencias filosóficas disímiles. En este aspecto, no es erróneo aducir que sus posiciones son eclécticas, lo que las hace propensas a las críticas que se detallarán en el próximo punto.

## 10. CRÍTICAS

En línea con lo explicado en el epígrafe anterior, es meritorio remarcar que el hecho de que cada autor elabore su teoría a partir de postulados filosóficos que pertenecen a distintas corrientes permite identificar una serie de críticas.

10.1. En cuanto a las críticas al pensamiento jurídico de Dworkin, puede mencionarse: a) la concepción de la dignidad, fundada en los principios del *autorrespeto* y *vida auténtica*, es amplia y ambigua, y cualquier proyecto de vida puede considerarse como digno siempre que haya sido decidido con convicción, encuadre dentro del consenso ético-liberal de la sociedad y respete la vida de terceros; b) la concepción de los derechos también es vaga, así, los derechos son importantes porque protegen intereses individuales contra el abuso del Estado, pero no hay un esfuerzo por dilucidar cuáles son esos intereses, por tanto, no queda claro qué intereses merecen ser protegido por los derechos; c) la responsabilidad moral del intérprete requiere que el juez resuelva sus sentencias con base en sus convicciones, sin embargo, el Dworkin no se establece mecanismo alguno que posibilite identificar dichas convicciones y, a su vez, aislarlas de otros elementos de la personalidad como los sentimientos, intenciones, deseos, etc.; d) los intérpretes deben crear concepciones de valores que sean objetivas para llegar a una única respuesta correcta, pero es incongruente afirmar que la objetividad descansa en el seguimiento de un método interpretativo que, a su vez, depende del juicio de valor de su intérprete; e) en relación a la objeción previa, el método interpretativo no solo tiene por objeto crear concepciones objetivas, sino también dotarlas de una fuerza moral, y es aquí donde el autor incurre en la falacia procedimental: ¿puede un procedimiento formal ofrecer un fundamento material?; f) por último, la crítica final al pensamiento jurídico de Dworkin se encuentra vinculada con el desconocimiento de una ontología, un referente externo, que pueda dotar de fuerza normativa a las concepciones de derechos

## CONCLUSIONES

y valores elaboradas, lo cual se desprende de su modo de entender la actividad interpretativa bajo la influencia de Gadamer.

10.2. En relación a las críticas contra el pensamiento político de Waldron pueden mencionarse las siguientes: a) la concepción de la dignidad humana, concebida como un *status* normativo de rango elevado, adolece de vaguedad, puesto que se encuentra en constante construcción y es asociada con la ciudadanía jurídica y, por tanto, su carácter de inherencia al individuo se encuentra comprometido; b) la legitimidad democrática del Parlamento, con base en el carácter representativo de los ciudadanos, no contempla la idea de que los legisladores puedan actuar en virtud de intereses egoístas y recaer en una tiranía de las mayorías, razón por la cual desconoce el mecanismo del control judicial fuerte para reducir los problemas; c) existe una doble afirmación que es contradictoria: por un lado, los desacuerdos de derechos no desaparecerán, por el otro, existe un derecho que tiene predilección por sobre los demás, el derecho a la participación política, que se materializa en la deliberación y subsiguiente votación; de este modo existe una regresión al infinito, puesto que siempre se parte del desacuerdo, lo que horada la legitimidad democrática del procedimiento propuesto para abordar los problemas comunes; d) la noción de pueblo es restringida, solo se encuentra integrado por los ciudadanos comunes y corrientes que pertenecen a una generación determinada, a su vez, los representantes se encuentran legitimados democráticamente en virtud de un criterio procedimental y estático, así los jueces no forman parte del pueblo y tampoco se encuentran legitimados para tomar decisiones sustanciales; e) por otra parte, también existe una contradicción interna en el pensamiento de Waldron porque, por un lado, resalta la importancia de reconocer a los individuos la *capacidad de pensar procedimentalmente* pero, al mismo tiempo, considera como procedimiento más respetuoso la deliberación parlamentaria previa votación por mayoría, dejando otros procedimientos de lado –como el de las mayorías calificadas o la aceptación de un control judicial de constitucionalidad fuerte–, lo que implica, en cierto aspecto, desconocer la capacidad procedimental de los individuos para discernir y elegir el procedimiento que crean conveniente; f) por último, a pesar de los desacuerdos de sustancia y de proceso, Waldron se encuentra en la obligación de reconocer dos postulados que son ajenos a toda discrepancia: los individuos creen que existe una verdad objetiva –*tesis ontológica*–, caso contrario no deliberarían; y, a su vez, existe un procedimiento adecuado para conocerla o construirla –*tesis epistemológica*–, ambas tesis reflejan la aceptación de un dogma objetivo e indiscutible: el ser humano es capaz de pensar procedimentalmente. Estas tesis comprometen su noción de la permanencia de desacuerdos en cuestiones sustanciales y también su afirmación de la irrelevancia de la objetividad moral.

## CONCLUSIONES

10.3. En conclusión, sin perjuicio del esfuerzo que ha realizado cada autor para elaborar una propuesta ante el problema de los desacuerdos de derechos y la necesidad de una autoridad que puede finiquitarlos, es menester subrayar que, tanto la teoría de la interpretación integral de Dworkin como la teoría de la toma de decisiones políticas de Waldron, adolecen de aporías. Dichos puntos débiles invitan a reflexionar sobre una propuesta alternativa que permita responder a que autoridad es conveniente que tenga la última palabra en cuestiones sustanciales, partiendo de una concepción objetiva de los derechos.

## 11. PROPUESTA

Por último, a partir de las críticas efectuadas a las propuestas de Dworkin y Waldron, se bosquejaron los lineamientos necesarios para elaborar una teoría alternativa, la cual se denominó teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos. La misma se encuentra integrada por una subteoría de los derechos y una subteoría de la autoridad.

11.1. La subteoría de los derechos parte del problema de que existen desacuerdos sobre qué son los derechos, cuál es su contenido y para qué sirven. De allí la necesidad de especificarlos para que puedan ser comprendidos y tengan fuerza concluyente. En este sentido, siguiendo a Wesley Hohfeld, un derecho es una aptitud o potencialidad deóntica que inhiere a un sujeto –sujeto titular– para exigir o recibir algo –pretensión– de otro sujeto –sujeto deudor–. Estos tres elementos conforman la estructura interna de todo derecho. A su vez, en virtud de dicha estructura, un derecho puede presentarse de cuatro formas diferentes –como libertad, reclamo, poder o privilegio–. Y, siguiendo a Finnis, puede afirmarse que los derechos son importantes porque protegen ciertos bienes humanos básicos que son premorales, irreductibles, evidentes e inderivables, y devienen indispensables para que los individuos puedan lograr una vida plena. Dichos bienes deben ser interpretados a partir de un conjunto de reglas de la razonabilidad práctica que permite lograr el florecimiento humano. A su vez, deben ser entendidos como parte constitutiva del bien común, el cual es concebido como el conjunto de condiciones necesarias para que los individuos puedan desarrollarse y vivir en comunidad.

11.2. La subteoría de la autoridad parte del problema de que existen discrepancias sobre qué autoridad debe tener la última palabra en materia de derechos. La misma considera que la especificación de los derechos debe ser efectuada de manera conjunta tanto por el poder legislativo como el poder judicial. El poder legislativo, como consecuencia de su estructura arquitectónica y características intrínsecas de su modo de funcionamiento, regula los derechos mediante la elaboración de leyes que tienen efectos *erga omnes*. Dicho proceso tiene la ventaja de que considera las

## CONCLUSIONES

diferentes creencias que existen entre los miembros de una sociedad, por lo que se encuentra en una posición privilegiada para especificar los derechos con sus correspondientes elementos constitutivos –sujeto titular, pretensión y sujeto deudor– teniendo en vistas las exigencias del bien común. De este modo, puede transformar sus leyes en verdaderas guías de acción que permitan limitar considerablemente la discrecionalidad judicial. Por su parte, el poder judicial puede contribuir a dicha especificación de los derechos mediante la canalización de los reclamos individuales, a través de una estructura en la que convergen diferentes instancias de resolución de conflicto, lo que le permite arribar a una respuesta imparcial e independiente, siendo en este aspecto irremplazable. A su vez, es meritorio reconocer que, en su actividad, los jueces no solo especifican derechos, sino que al hacerlo también identifican problemas de vaguedad, ambigüedad, antinomia y lagunas que padece la legislación a fin de que el poder legislativo pueda rectificarlos. Por tanto, las sentencias de los magistrados también pueden convertirse en verdaderas guías para los legisladores si se encuentran debidamente fundadas y evitan todo tecnicismo que dificulte su comprensión por parte de los representantes del pueblo.

11.3. A modo de reflexión, también se observó que una teoría institucional de la toma de decisiones en materia de derechos no basta para que estos últimos cumplan con el fin para el cual fueron concebidos: permitir el florecimiento humano de los individuos. Sino que es necesario la existencia de una cultura cívica en virtud de la cual los miembros de la sociedad participen en forma activa de la política y se tomen los derechos en serio, a fin de reconocerlos y respetarlos. Es por eso que Constant subraya que el peor peligro en una sociedad política moderna es la apatía cívica o sedación cívica, esto es, que los ciudadanos sean indiferentes a cuestiones que requieren un esfuerzo colectivo para que sean resueltas.

11.4. En conclusión, una teoría institucional de la toma de decisiones que intente determinar qué autoridad es conveniente que tenga la última palabra en materia de derechos debe partir de una comprensión profunda sobre qué son los derechos, cuáles son sus elementos y para qué sirven. Caso contrario, es dificultoso discernir qué órgano de gobierno –o en este caso cuáles y por qué– se encuentra en mejor situación para realizarlo. Esta es la razón por la cual la teoría institucional esbozada se encuentra integrada por una subteoría de los derechos y una subteoría de la autoridad.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR Enrique, “Benjamin Constant. El liberalismo y la democracia”, 14º Concurso de Ensayo. Caminos de la Libertad, 2020, 60-89.

AGUILERA PORTALES Rafael Enrique, “Los derechos humanos como triunfos políticos en el estado constitucional: el dilema entre democracia comunitaria y liberal en Ronald Dworkin”, Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, Nº 9 (2015), 377-408.

AQUINO Tomás, *Suma Teológica, T. VIII, Tratado de la Justicia*, Biblioteca de Autores Cristianos, Ed. Bilingüe, Madrid, 2018.

ARENDT Hannah, *On Revolution*, Penguin Books, London, 1965.

ARISTÓTELES, *Política*, Trad. Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 2011.

BAYÓN Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, en Francisco Laporta, *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

— “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, Nº 9 (2009), 189-228.

BENTHAM Jeremy, *A Comment on the Commentaries*, en *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, Athlone Press, London, 1977.

— *Principles of the Civil Code* en *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, 1843, (re-edición en Bristol, Themmes Press, 1995), Vol I.

— *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford University Press, 1996.

— *Los principios de la moral y la legislación*, trad. Margarita Costa, Claridad, Buenos Aires, 2008.

## BIBLIOGRAFÍA

- BONORINO Pablo, *El imperio de la interpretación: Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, Dykinson, Madrid, 2003.
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO José, “Waldron y la dignidad: el problema del fundamento de los derechos humanos”, *Derecho PUCP*, N° 85 (2020), 247-276.
- CONSTANT Benjamin, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, trad. Víctor Goldstein, Katz Editores, Madrid, 2010.
- “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos”, trad. C. P. Gutiérrez, *Libertades*, 2013.
- CRUZ PARCERO Juan Antonio, “La crítica al lenguaje de los derechos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, N° 18 (2001), 41-60.
- DANDOIS Marina, “Los bienes fundamentales humanos básicos y la fundamentación del derecho. Un estudio de la propuesta de John Finnis”, *Dikaion*, Colombia, 2014.
- DELANEY Erin F., “The Federal Case for Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 0 N°0 (2022), 1-26, en prensa.
- DWORKIN Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino de la obra original *Taking Rights Seriously* de 1977, Ariel, Barcelona, 1984.
- “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, N° 34 (1982), 165-188.
- *A Bill of Rights for Britain*, Chatto and Windus, London, 1990.
- *El imperio de la justicia*, 2° ed., trad. Claudia Ferrari de la obra original *Law’s Empire* de 1986, Gedisa, Barcelona, 1992.
- *Life’s Dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1993.
- *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.
- “Objectivity and Truth: You’d Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25 (1996), 87-139.
- *La justicia con toga*, trad. Marisa Iglesia Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno de la obra original *Justice in Robes* de 2006, Marcial Pons, Madrid, 2007.

## BIBLIOGRAFÍA

— *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, trad. Ernest Wikert, Paidós, Barcelona, 2008.

— “Response”, *Boston University Law Review*, 90 (2010), 1059-1087.

— *Una cuestión de principios*, 1º ed., trad. Victoria de los Ángeles Boschiroli de la obra original *A Matter of Principles* de 1985, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

— *Justicia para erizos*, 1º ed., trad. Horacio Pons, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

— *Religión sin dios*, trad. Víctor Altamirano, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015.

ENOCH David, “Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's Law and Disagreement”, *The Israel Law Review*, 39 (2007), 22-35.

ESTLUND David, “Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority”, in *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, edited by James Bohman and William Rehg, The MIT Press, Cambridge, 1997, 173-204.

ETCHEVERRY Juan Bautista, *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Comares, Granada, 2008.

— “Determinación Judicial del derecho: el eslabón perdido. Comentario a «Legislated Rights-Securing Human Rights Through Legislation»”, pro-manuscrito, 2022.

FALLON Richard H., “Is Moral Reasoning Conceptual Interpretation?”, *Boston University Law Review*, N° 90 (2010), 535-550.

FULLER Lon, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London, 1969.

FLORES Imer, “La tesis de la indeterminación moderada de H.L.A. Hart reconsiderada: ¿Entre Escila y Caribdis?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. LXVI, N° 265 (2016), 133-164.

GADAMER Hans-Georg, *Verdad y Método I*, 8º ed., trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original *Wahrheit und Methode*, Ediciones Sígueme-Salamanca, 1999.

## BIBLIOGRAFÍA

GARCIA MANSILLA Manuel José, "Separation of power crisis: The Case of Argentina", *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 32 (2004), 307-391.

— "Estado actual del debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2009, pp. 32-35.

GARCÍA Jaramillo Leonardo, Benítez Vicente F., "El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. Entrevista al profesor Jeremy Waldron", *Isonomía*, 48 (2018), 171-182.

GARGARELLA, Roberto, MARTÍ, José L., "Estudio Preliminar: La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre Desacuerdos", en *Derechos y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga de la obra original *Law and Disagreement* (1999), Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. XIII-XLVIII.

— "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer", *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, 112 (2006), 1-7.

GILBERT Alan, "On the Objectivity of Morals: Thoughts on Gilbert's Democratic Individuality", *California Law Review*, 80 (1992), 1361-1411.

GLENDON Ann Mary, *Rights Talk. The impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, Nueva York, 1991.

HAMILTON Alexander, MADISON James, JAY John, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, traducido por Gustavo Velasco de la obra original *The Federalist, A Comentary on the Constitution of the United States* (1788), 2º Ed., México, 1957.

HAREL Alon, *Por qué el derecho importa*, trad. Mariano Vitetta, Marcial Pons, Madrid, 2018.

HART Herbert, *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió (traducido de la obra original *The Concept of Law*, 1961), Abelado-Perrot, 1998, Buenos Aires.

HERNÁNDEZ ARIAS José Rafael, "Estudio Introductorio" en Thomas HOBBS, *Leviatán*, trad. Carlos Mellizo, Gredos, Madrid, 2012, pp. IX-XCIX.

HERNÁNDEZ Maximiliano, "Estudio Introductorio", en Immanuel KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres - Crítica de la razón práctica - En torno al tópico: "Esto vale para la teoría pero no sirve de nada para la práctica" - Hacia la paz perpetua - Sobre un presunto derecho de mentir por la filantropía de*

## BIBLIOGRAFÍA

*Immanuel Kant*, trad. Roberto R. Aramayo, T.2, Editorial Gredos, Madrid, 2014, pp. XI-CV.

HERVADA Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008.

HOBBS Thomas, *Leviatán*, trad. Carlos Mellizo, Gredos, Madrid, 2012.

HOHFELD Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: and other Legal Essays*, Yale University Press, New Haven, 1919.

HUME David, *Tratado de la Naturaleza Humana*, trad. Vicente Viqueira, Editorial Gredos, Madrid, 2012.

IZQUIERDO Agustín, “Estudio Introductorio”, en John LOCKE, *Ensayo sobre el entendimiento humano, Segundo tratado sobre el gobierno, Escritos sobre la tolerancia*, trad. Luis Rodríguez Aranda, Mando Lázaro Ros y Jerónimo Betegón Carrillo (respectivamente), Editorial Gredos, Madrid, 2013, pp. XI-CXI.

FINNIS John, *Ley natural y derechos naturales*, traducido por Cristobal Orrego de la obra original *Natural Law Natural Rights* (1980), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

KANT Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres - Crítica de la razón práctica - En torno al tópico: "Esto vale para la teoría pero no sirve de nada para la práctica" - Hacia la paz perpetua - Sobre un presunto derecho de mentir por la filantropía de Immanuel Kant*, trad. Roberto R. Aramayo, T.2, Editorial Gredos, Madrid, 2014.

KRAMER Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.

KRESS Ken, “The interpretative turn”, *The University of Chicago Press, Ethics*, Vol. 97, N° 4 (July, 1987), 834-860.

LAGARRE Santiago, VITETTA Mariano, “La crisis del llamado «legal writing» y la renovación de la enseñanza de la escritura en las facultades de derecho argentinas”, *Academia: revista sobre enseñanza del derecho*, N° 28 (2016) 15.

LIFANTE VIDAL Isabel, “La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos”, *Jueces para la Democracia*, N° 36 (1999), 41-46.

LOCKE John, *Ensayo sobre el entendimiento humano, Segundo tratado sobre el gobierno, Escritos sobre la tolerancia*, trad. Luis Rodríguez Aranda, Mando Lázaro

## BIBLIOGRAFÍA

Ros y Jerónimo Betegón Carrillo (respectivamente), Editorial Gredos, Madrid, 2013.

MACHADO MARTINS Priscila, “La última palabra y la autoridad del derecho en la discusión entre Dworkin y Waldron”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. N° 12 (2020), 439-460.

MARTÍ José Luis, “The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended: Reasons, Rightness, and Equal Political Autonomy”, en *Deliberative Democracy and its Discontents*, Samantha Besson y Jose Luis Martí (eds.), Ashgate, Hampshire, 2006, 27-56.

MASSINI CORREAS Carlos Ignacio, *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo. Introducción crítica al pensamiento actual acerca de los derechos humanos*, Alfabet Impresores, Santiago, 1989.

— “Los dilemas del constructivismo ético (análisis a partir de las ideas de John Rawls)”, *Persona y Derecho*, 36 (1997), 167-219.

— “Hermenéutica clásica y objetivismo jurídico”, *Seminarios de Filosofía*, N° 11 (1998), 11-38.

— “Del positivismo analítico a la justicia procedimental: la propuesta aporética de John Rawls”, *Persona y Derecho*, 42 (2000), 161-210.

— *Filosofía del Derecho. Tomo I. El derecho, los derechos humanos y el Derecho natural*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

— *Dignidad Humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020.

— “Constructivismo Ético”, en *Diccionario Interdisciplinar Austral*, Claudia E. Vanney, Ignacio Silva y Juan F. Franck (eds).

MILLER Jonathan M., “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith”, *The American University Law Review*, 46 (1997), 1483-1572.

MORESO José Juan, “Derecho y justicia procesal imperfecta”, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Edición digital a partir de *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, N° 1 (2000), 15-51.

## BIBLIOGRAFÍA

- “Bosquejo de Dworkin: La imbricación entre el Derecho y la Moralidad”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 41 (2014), 143-174.
- NINO Carlos, “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°4 (1989) 79-88.
- MONTOYA ZAMORA Raúl, “La Influencia de Dworkin en la jurisprudencia del tribunal electoral” en *Tendencias Contemporáneas del Derecho*, Universidad Libre, N°46 (2017), 183-210.
- MÖLLER Kai, “Dworkin's Theory of Rights in the Age of Proportionality”, *Law & Ethics of Human Rights*, N° 11 (2018), 281-299.
- MONTESQUIEU Charles, *The Spirit of Laws*, traducido por Thomas Nugent de la obra original *De l'esprit des loix* (1748), Batoche Books Kitchener, 2001.
- ORTIZ DE LANDÁZURI Luis María Cruz, “Los derechos humanos y el bien común. Una aproximación desde John Finnis”, *Persona y Derecho*, Vol. 83 (2020), 553-570.
- PILDES Richard H., “Dworkin's Two Conceptions of Rights”, *University of Chicago Press, The Journal of Legal Studies*, 29 (2000), 309-315.
- PLANTE Marie-Andrée, VOY-GILLIS Anaïs, “Ronald Dworkin's criticism of pragmatism”, *Journal of Political Theory*, 16 (2014) 27-36.
- “Is Ronald Dworkin a Pragmatist?”, *Journal of Political Theory*, 17 (2014), 61-68.
- PRIETO SANCHIS Luis, “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin: comentario al libro de R. Dworkin Los derechos en serio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 14 (1985), 353-378.
- RAMOS PASCUA José Antonio, “La crítica de la idea de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, N° 2 (2001), 871-891.
- RAWLS John, “Justicia como fairness: política, no metafísica”, en *Revista de Ciencia Política*, N° 1-2 (1990), 89-118.
- *Teoría de la Justicia*, trad. María Dolores González, 2ªed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- *Liberalismo Político*, trad. Sergio René Madero Baéz, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

## BIBLIOGRAFÍA

RIVAS PALÁ Pedro, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista: Una aproximación a la filosofía Jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007.

— *En los márgenes del derecho y el poder: crisis de la representación, clientelismo, populismo*, Tirant Humanidades, Valencia, 2019.

ROSLER Andrés, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Editorial Katz, Buenos Aires, 2020.

ROJAS AMANDI Víctor Manuel, “El concepto de Derecho de Ronald Dworkin”, *Dereito: Revista Xurídica de Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 14, N° 1 (2005), 93-153.

RUBIO LÓPEZ José Ignacio, “La última aplicación de la doctrina norteamericana del Strict Scrutiny en el derecho de libertad religiosa: González v. O Centro Espirita”, *Ius Canonicum*, XLVI, 92 (2006), 581-622.

RODRÍGUEZ PANIAGUA José María, *Historia del Pensamiento Jurídico 1. De Heráclito a la Revolución francesa*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2013.

— *Historia del Pensamiento Jurídico 2. Siglos XIX y XX*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2013.

SANTOS PÉREZ María Lourdes, “Una filosofía para erizos: Una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin”, *Doxa*, N° 26 (2003), 347-385.

SARMIENTO Domingo Faustino, *Obras de D. F. Sarmiento. Abraham Lincoln. Dalmacio Velez Sarfield*, Tomo XXVII, Buenos Aires, 1899.

SERNA BERMÚDEZ Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en Massini Correas, C. I. y Serna, P. (eds.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, 23-79.

SMITH Steve D., “The pursuit of pragmatism”, *Yale Law Journal*, 100 (1990), 409-449.

SUMNER Leonard Wayne, “Rights Denaturalized”, en *Utility and Rights*, Basil Blackwell, Oxford, 1985, 20-41.

TASSET José Luis, “Estudio introductorio”, en David HUME, *Tratado de la Naturaleza Humana*, trad. Vicente Viqueira, Editorial Gredos, Madrid, 2012, pp. XI-XCIII.

MARK Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1° ed., Princeton University Press, New Jersey, 1999.

## BIBLIOGRAFÍA

- URBINATI Nadia, "Representation as Advocacy: A Study of Democratic Deliberation", *Political Theory*, Vol. 28 (2000), 758-786.
- VERDUGO Sergio, "La Discusión Democrática sobre la Revisión Judicial de las Leyes de Diseño Institucional y Modelos Constitucionales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40 (2013), 181-223.
- WALDRON Jeremy, *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London and New York, 1987.
- "Particular Values and Critical Morality", *California Law Review*, N° 77 (1989), 561-589.
- *The Law: Theory and Practice in British Politics*, Routledge, London, 1990.
- *Liberal Rights. Collected papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 13 (1993), 18-51.
- "Moral Truth and Judicial Review", *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 43 (1998), 75-97.
- "Deliberation, disagreement, and voting", en Harold Koh and Ronald Slye (eds.), *Deliberative democracy and Human Rights*, Yale University Press, New Haven, 1999, 210-226.
- *The Dignity of Legislation*, Cambridge: University Press, 1999.
- "All We Like Sheep", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12 (1999), 169-190.
- "Pildes on Dworkin's theory of Rights", *Journal of Legal Studies*, 29 (2000), 301-307.
- "Dignity, Rights, and Responsibilities", *Arizona State Law Journal*, 43 (2001), 1107-1136.
- "Does Law Promise Justice?", *Georgia State University Law Review*, 17 (2001), 759-788.
- "Introduction: Disagreements on Justice and Rights", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 6 (2002) 5-10.

## BIBLIOGRAFÍA

- “Legislating with Integrity”, *Fordham Law Review*, 72 (2003), 373-394.
- *Derechos y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga de la obra original *Law and Disagreement* (1999), Marcial Pons, Madrid, 2005.
- “The Core of the Case against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115 (2006), 1346-1406.
- “Legislation and the Rule of Law”, *Legisprudence*, Vol 1:1 (2007), 91-123.
- “Dignity and Rank”, en Waldron, *Dignity, Rank, and Rights: The Tanner Lectures on Human Rights*, University of California, Berkeley, (2009), 209-232.
- “Can There Be a Democratic Jurisprudence?”, *Emory Law Journal*, 58 (2009), 675-712.
- “Law, Dignity, and Self-Control”, en *Dignity, Rank, and Rights: The Tanner Lectures on Human Rights*, University of California, Berkeley, (2009), 233-253.
- “Representative Lawmaking”, *Boston University Law Review*, Vol. 89 (2009), 335-355.
- “Positivismo normativo (o ético)”, trad. Pablo Solari, en M. E. Orellana Benado (ed.), *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, Catalonia: Chile, (2010) 127.
- “What are Moral Absolutes Like?”, *NYU Law School, Public Law Research Paper*, N° 11-62 (2011) 1-43.
- “Socioeconomic Rights and Theories of Justice”, *San Diego Law Review*, 48 (2011), 773-807.
- “How Law Protects Dignity”, *The Cambridge Law Journal*, 71 (2012), 200-222.
- “What Is Natural Law Like?”, en John Keown and Robert P. George (eds.), *Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford University Press, 2013, 73-89.
- “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, *Yale Law Journal*, 123 (2014), 1692-1730.
- *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. Leonardo García Jaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2018.

## BIBLIOGRAFÍA

— “Conferencia: The Distinctive Value of Human Dignity”, pro-manuscrito, pp. 1-30. La presente conferencia fue impartida por Waldron en la Facultad de Derechos de la Universidad de Buenos Aires el día 24 de agosto del 2018 en el marco de las «XXXII Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho: Derecho, Política y Moral».

— *Democratizar la dignidad: estudios sobre la dignidad humana y derechos*, trad. Vicente F. Benítez R., Javier Gallego Saade, Leonardo García Jaramillo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

WEBBER Grégoire, URBINA Francisco J., YOWELL Paul, KÖPCKE Maris, EKINS Richard y MILLER Bradley, *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge University Press, 2018, pp. 29-32.

WEINRIB Jacob, “When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality”, *Ratio Juris*, 30 (2017) 341-352.

WIDOW LIRA Felipe, “El derecho subjetivo entre la escolástica y la modernidad. La posición de Francisco Suárez”, *Bajo palabra. Revista de filosofía*, N° 26 (2021), 201-220.

WINTER Jack, “Justice for Hedgehogs, Conceptual Authenticity for Foxes: Ronald Dworkin on Value Conflicts”, *Res Publica*, Vol. 22 (2016), 463-479.

YOWELL Paul, “A Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights”, *The American Journal of Jurisprudence*, 52 (2007) 93-137.

ZAMBRANO Pilar, “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras de las propuestas de Ronald Dworkin”, *Persona y Derecho*, N° 56 (2007), 281-326.

— “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva jurídica de la especificación de la acción humana”, en *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John Finnis. A propósito de la 2da. Edición de Ley natural y derechos naturales*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2013, 87-118.

ZIPURSKY Benjamin C., “Two Takes on Truth in Normative Discourse”, *Boston University Law Review*, N° 90 (2010), 525-533.

## JURISPRUDENCIA

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

#### BIBLIOGRAFÍA

- Dred Scott v. Standford*, 60 U.S. 393 (1856).
- Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).
- Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* 32 N.J 358 (1960).
- Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co.*, 1 Q.B. 27 (1973).
- Employment Division v. Smith*, 494 US 872 (1990).
- City of Boerne v. Flores*, 521 U.S 507 (1997).
- Dred Scott v. Standford*, 60 U.S. 393 (1856).
- Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
- Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).
- Prigg v. Pennsylvania*, 41 U.S. 539 (1842).
- Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).