FACULTAD DE DERECHO
SERIE ESTUDIOS

El imperio de Ronald Dworkin.indd 1 29/04/2019 16:57:05

FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano
Dr. Alberto J. Bueres

Vicedecano
Dr. Marcelo Gebhardt

Secretaria Académica
Dra. Silvia C. Nonna

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora
Mary Beloff

Subdirector
Luis R. J. Sáenz

Secretario
Jonathan M. Brodsky

Esta colección, integrada por las Series Estudios, Tesis y Textos, representa un esfuerzo conjunto del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba).

La Serie "Estudios" se propone acercar al lector iniciado en los estudios socio-jurídicos obras destacadas de la producción jurídica en lengua extranjera traducidas al castellano. Asimismo, procura difundir trabajos originales de juristas locales que habitualmente no se ocupan del derecho desde la práctica profesional sino desde la reflexión teórica o la investigación empírica.

El objetivo final de la Serie "Estudios" es el de contribuir, tanto con materiales producidos en nuestro contexto jurídico-cultural cuanto con materiales producidos en otras latitudes, al debate actual en torno de los problemas centrales del derecho.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 2 29/04/2019 16:57:05

El imperio de Ronald Dworkin:

Ensayos de filosofía moral, política y jurídica

serie estudios

Marcelo Alegre
(compilador)
Juan Nascimbene
(coordinador)

NYU LAW

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

EUDEBA

El imperio de Ronald Dworkin.indd 3 29/04/2019 16:57:06

El imperio de Ronald Dworkin : ensayos de filosofía moral, política y jurídica / Marcelo Alegre ... [et al.] ; compilado por Marcelo Alegre ; coordinación general de Juan Nascimbene. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Eudeba, 2019.
303 p. ; 23 x 16 cm. - (Facultad de Derecho)

ISBN 978-950-23-2911-6

1. Derecho. 2. Filosofía del Derecho. I. Alegre, Marcelo, comp. II. Nascimbene, Juan, coord. III. Título.
CDD 340.1

Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1° edición: mayo 2019

© 2019
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

© Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, 2019.
Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA
www.derecho.uba.ar

Diseño de tapa: Silvina Simondet
Corrección y composición general: Eudeba

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

LA FOTOCOPIA MATA AL LIBRO Y ES UN DELITO

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice

Prólogo..... 9
Marcelo Alegre

Parte I: Filosofía del derecho

Prescindir del concepto de Derecho 15
Lewis A. Kornhauser
1. Introducción..... 15
2. Las distintas caras del concepto de derecho 17
3. Gobernanza y el concepto de derecho 20
4. Eliminando el concepto doctrinal 23
5. Algunas objeciones..... 28
6. Dworkin como un Proto-Eliminativista 33
7. Observaciones finales 34

La crítica de Dworkin al convencionalismo jurídico y su relevancia 37
Ronaldo Porto Macedo Junior
1. El convencionalismo jurídico y el desafío dworkiniano 37
2. Casos paradigmáticos de desacuerdo teórico..... 46
3. Un esquema conceptual provisorio..... 50

Reformulación de la pretensión de corrección desde la tesis de la respuesta correcta..... 59
Laura Clérico y Martín Aldao
1. Introducción..... 59
2. Reformulación de la pretensión de corrección 60
3. La reformulación de la Tesis de la Respuesta Correcta 66
4. Conclusión 70
5. Bibliografía 70

El imperio de Ronald Dworkin.indd 5 29/04/2019 16:57:06

Una obsesión por la unidad 75
Martín D. Farrell
1. Una táctica recurrente 75
2. La Libertad y la Igualdad 76
3. Ética y Meta-ética 81
4. Derecho y moral 86
5. Conclusión 89

Tres autores y cuatro metáforas 91
Martín Böhmer
1. Entra Dworkin 99
2. Entra Nino 102

Parte II: Interpretación judicial

Jueces, soluciones salomónicas e igualdad "axiológica" ante la ley 109
Marisa Iglesias Vila

Eutanasia y suicidio asistido. Más allá del "Alegato de los filósofos" 133
Eduardo Rivera López
1. Introducción 133
2. Aclaraciones preliminares 135
3. Estado de la discusión 136
4. Más allá de la acción y la omisión 140
5. ¿Es la muerte un daño para los pacientes terminales? 141
6. MMA como obligación especial hacia los pacientes terminales 145
7. Objeciones 147
8. Conclusiones 151
9. Bibliografía 152

Certis iuris nulla interpretatio desideratur, nisi apud imperitos 155
José Reinaldo de Lima Lopes
1. Introducción 155
2. Críticas a la doctrina jurídica como base del nuevo enfoque 156
3. La posición de Savigny: la interpretación siempre es necesaria 158
4. Filosofía contemporánea: la interpretación requiere un entendimiento previo 163
5. Comprensión vs. interpretación: la tradición analítica 164
6. Comprensión vs. interpretación: un enfoque hermenéutico 168
7. Una teoría de la práctica: entender, utilizar e interpretar reglas y superar la hermenéutica romántica 172

Cuando las cartas del triunfo chocan: Dworkin y la Doctrina de la proporcionalidad 175
Jacob Weinrib
1. Las cartas de triunfo y sus límites 177
2. Colisión entre cartas de triunfo 181
3. Conclusión 186

Jugando en la catedral: cadáver exquisito, novela encadenada y más allá 187
Roberto P. Saba
1. Formalismo, textualismo y democracia 190
1.1. Integridad 197
1.2. ¿Voluntad o elección constreñida? 199
1.3. Integridad, adjudicación y la concepción del derecho como un hecho ordinario en la tradición del derecho civil 206
2. Comunidad de intérpretes: la práctica de juzgar cómo debería ser Derecho Internacional y Derechos Humanos 212

Parte III: Derecho Internacional y Derechos Humanos

Ronald Dworkin y el Derecho Internacional: un intercambio inconcluso 217
Robert Howse
1. Introducción 217
2. La inadecuación de los enfoques positivistas del derecho internacional 219
3. El concepto interpretativo del Derecho Internacional 223
4. Las implicancias de la teoríoa interpretativa moral para el desarrollo de las instituciones internacionales 224
5. Conclusión 230

Conferencia sobre El Legado de Ronald Dworkin NYU/UBA. ¿Justicia transicional para erizos? 231
Ruti Teitel
1. ¿Lo personal es lo político? El compromiso de Dworkin con el debate sobre la Justicia Transicional de la Argentina 232
2. El problema de la Justicia en el contexto de la transición argentina 233
3. Dworkin y el dilema de la Justicia Transicional de la Argentina 237
4. Juicios de los Torturadores: Justicia para la Democracia 238
5. Referencias proféticas 242
6. Filosofar y la transición política: ¿el cambio desde dentro y desde fuera? 243

El imperio de Ronald Dworkin.indd 7 29/04/2019 16:57:07

¿Es la concepción de los derechos Humanos de Ronald Dworkin una buena interpretación de la práctica de los derechos humanos contemporáneos? 245
Julio Montero
1. Introducción 245
2. La interpretación constructiva y sus tres requisitos generales 247
3. Concepciones naturalistas: justificación sin encaje ni distinción 249
4. La concepción política: derechos humanos sin fundamentos 251
5. La concepción del desprecio: dignidad, respeto y legitimidad 252
6. ¿Es la concepción del desprecio una interpretación adecuada? 254
7. Hacia una interpretación alternativa 256
8. Bibliografía 258

Parte IV: Justicia y Democracia

Hércules en América Latina 263
Marcelo Alegre
1. Introducción 263
2. Hércules globalizado 264
3. ¿Hércules en problemas? El caso de los regímenes perversos 267
4. Hércules y los Derechos socio-económicos en América Latina 271
5. Conclusión: las concepciones de Dworkin se transforman en conceptos 274

Dworkin y la Obligación Política 277
Carlos Rosenkrantz

La institucionalización de la democracia: la Argentina y la memoria de Ronald Dworkin 291
Samuel Issacharoff
1. Derechos en Democracia 293
2. El desafío de la estabilidad democrática 295
3. Una democracia viviente 297

Prólogo

Marcelo Alegre[*]

Las Conferencias Anuales co-organizadas por las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de New York University fueron pensadas para discutir temas jurídicos a lo largo de un amplio rango de enfoques y áreas de estudio. Las Conferencias son parte del acuerdo de asociación académica suscrito en 2013 por los decanos de ambas facultades, Mónica Pinto y Richard Revesz. El acuerdo consiste en un ambicioso e innovador programa, por el cual estudiantes del último año de NYU cursan, junto a un grupo seleccionado de estudiantes de la UBA, su último semestre en Buenos Aires con docentes de la Argentina y la región. La Conferencia tiene lugar durante dos intensos días con invitados internacionales y del país. La primera, en 2014, discutió el problema de la reestructuración de deudas soberanas. El resultado de la segunda Conferencia, dedicada al legado de Ronald Dworkin, es este libro que reúne los textos presentados en la Conferencia y revisados por los autores.

La decisión de dedicar una de las Conferencias a la obra de Dworkin no fue difícil. Dworkin fue Profesor de la Escuela de Derecho de NYU durante casi 40 años, hasta su muerte en 2013. Allí codirigió junto al profesor Thomas Nagel el famoso Coloquio, centrado en la discusión minuciosa de material inédito de académicos invitados. Dworkin, quien estuvo varias veces en Buenos Aires, fue investido como doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires en 2011. Sus textos han sido muy influyentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina, además de constituir material obligatorio en los cursos de filosofía, teoría del Estado y derecho constitucional.

La primera parte del libro recoge ensayos de Filosofía del Derecho. Lewis A. Kornhauser plantea la innecesariedad del concepto doctrinal del derecho. Parte de los argumentos de Murphy, Dworkin, Waldron y Greenberg, y propone un enfoque eliminativista, que a su juicio guarda continuidades con los aportes de Dworkin, a quien considera un "proto-eliminativista". Ronaldo Porto Macedo

* Profesor titular de Teoría General del Derecho y Filosofía (UBA). Global Professor of Law (New York University). Director del programa Study Law Abroad en Buenos Aires (NYU Law).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 9 29/04/2019 16:57:07

Junior, a través de ejemplos ilustrativos, explora los principales rasgos de la crítica de Dworkin al convencionalismo –lo que llama el "desafío Dworkiniano"– y los fracasos en las respuestas brindadas por los convencionalistas, para finalmente presentar los desafíos metodológicos que deben ser contemplados por quienes pretendan contestar a las críticas de Dworkin. Laura Clérico y Martín Aldao reconstruyen algunas de las tesis fundamentales de Robert Alexy y Ronald Dworkin, en particular, la teoría de la pretensión de corrección de Alexy y la tesis de la respuesta correcta de Dworkin, para mostrar cómo una conjunción de estas permite tanto una apropiada comprensión del Derecho. Martín D. Farrell aborda el enfoque monista al que Dworkin recurre para conceptualizar el supuesto conflicto entre ideales (que consiste en negar la colisión sosteniendo que los valores más importantes son armonizables), concentrándose en analizar tres instancias en las que esta perspectiva, a su juicio, parece trastabillar. Martín Böhmer traza un paralelo entre el rol de Borges en la literatura argentina y el de Hart, Dworkin y Nino en la teoría jurídica, utilizando como base las metáforas preferidas de estos autores. Estas imágenes sirven, según Böhmer, de modelos ejemplificadores para quienes sigan los distintos caminos de la profesión jurídica (abogacía, magistratura, academia).

La segunda parte del libro está dedicada a la interpretación judicial. Marisa Iglesias examina las virtudes y carencias del "principio adjudicativo de la integridad" de Dworkin para mostrar que su razonabilidad está vinculada a una reconstrucción adecuada de la "igualdad axiológica ante la ley" como estándar de identificación y aplicación del Derecho, destacando su relevancia en la tarea de los jueces. Eduardo Rivera López analiza críticamente los argumentos ofrecidos por Dworkin (tanto en el famoso escrito en carácter de Amigos del Tribunal presentado junto a otros filósofos, como en su libro *El dominio de la vida*) en favor del reconocimiento de un derecho constitucional a la eutanasia. José Reinaldo de Lima Lopes reflexiona sobre los aportes de Savigny en tanto introduce una nueva perspectiva romántica a la teoría del derecho –en particular una teoría sobre la interpretación de la ley– y sobre su influencia en la doctrina, y también analiza las tradiciones analítica y hermenéutica en relación con la tarea de interpretación de los juristas. Jacob Weinrib estudia la teoría de los derechos de Dworkin en relación con la doctrina de la proporcionalidad, considerando que el modelo de los derechos como cartas de triunfo es un ejemplo de proporcionalidad y no una alternativa radical a ella, para finalmente hacer una crítica a cada teoría. Roberto Saba plantea, a través de metáforas desarrolladas por los artistas del movimiento Dadá, por Dworkin y por Carlos Nino, distintas concepciones del funcionamiento del derecho y de la interpretación jurídica, para demostrar las consecuencias negativas de una concepción formalista del derecho en contraposición a una concepción constructivista, que según Saba tiende a salvaguardar la integridad del derecho.

La tercera parte del libro está dedicada al derecho internacional y a los derechos humanos. Robert Howse plantea la posibilidad del funcionamiento de la teoría

El imperio de Ronald Dworkin.indd 10 29/04/2019 16:57:07

interpretativa moral de Dworkin dentro de las características institucionales del derecho internacional actual. Para esto, aborda las críticas que hace Dworkin al positivismo para entender al derecho internacional y toma el principio de prominencia que este autor propone para finalmente extraer distintas conclusiones de este en el ámbito del derecho internacional, valiéndose de los aportes de Alexandre Kojeve y la filosofía de Hersch Lauterpacht. Julio Montero examina las críticas de Dworkin a las concepciones naturalistas y políticas de interpretación de los derechos humanos, así como la propuesta interpretativa de Dworkin, y a partir de este análisis propone un marco general alternativo, presentado en tres estratos, para interpretar los derechos humanos contemporáneos.

La cuarta y última parte del libro agrupa ensayos en torno a la justicia y la democracia. Marcelo Alegre estudia la influencia de las teorías de Dworkin en América Latina, particularmente en la Argentina, para proponer que algunas de las propuestas de Dworkin pueden impactar más directamente y ser aún más relevantes en América Latina que en el ámbito en el que escribe dicho autor (Estados Unidos), como lo es el caso de los derechos socioeconómicos. Carlos Rosenkrantz somete a crítica la noción dworkiniana de la obligación política, proponiendo reemplazar la exigencia igualitaria que Dworkin requiere de la comunidad política para que sea legítima por un estándar menos exigente y vinculado con la noción de integridad. Samuel Issacharoff, recordando el viaje de Dworkin a la Argentina en los años 80, compara la situación de la Argentina transicional con la actual, resaltando las vulnerabilidades de la política democrática. Aborda el legado de Dworkin contextualizado al momento histórico, destacando su postura pragmática respecto de la importancia suprema de fortalecer un régimen democrático. En sus conclusiones Issacharoff reclama de los teóricos del Derecho y de la democracia una atención mayor a los diseños institucionales. Por último, Ruti Teitel reflexiona acerca de la presencia de los filósofos en la transición a la democracia argentina, concentrándose en los relevantes aportes de Dworkin a la justicia transicional del país. Analiza cómo entienden Nino y Dworkin el significado de la justicia en ese contexto histórico de transición y las conexiones entre ambos filósofos.

Estos ensayos, así como la Conferencia en la que fueron discutidos, son el homenaje que la Escuela de Leyes de la Universidad de Nueva York y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, junto a diferentes juristas de muy distintas culturas y corrientes de pensamiento, rindieron a uno de los grandes pensadores contemporáneos. Ojalá estos textos lleven a lectoras y lectores a leer y releer la obra inolvidable de Ronald Dworkin.

El Director y el Coordinador de esta obra agradecen a María Belén Gracia, Emiliano Senes, Víctor Elías, Andrea P. Pesaresi, Ezequiel Barnade, Agostina Cichero, Magdalena Bulit Goñi, Ezequiel Monti, Paloma Szerman y María Victoria Bruno por su generosa colaboración en la traducción de los textos.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 11 29/04/2019 16:57:07

El imperio de Ronald Dworkin.indd 12 29/04/2019 16:57:07

Parte I: Filosofía del derecho

El imperio de Ronald Dworkin.indd 13 29/04/2019 16:57:07

El imperio de Ronald Dworkin.indd 14 29/04/2019 16:57:07

Prescindir del concepto de Derecho*

*Lewis A. Kornhauser***

1. Introducción

Por aproximadamente cincuenta años, el debate Hart-Dworkin sobre el concepto de derecho ha dominado la literatura de la filosofía del derecho. Es hora de parar. Podemos prescindir del concepto de derecho que ha generado tanto debate.

En este ensayo sigo un enfoque que pretende eliminar el concepto doctrinal del derecho.[1] Mi argumento se basa en parte en mi entendimiento de la cuestión más general de la gobernanza que juega un papel central en las ciencias sociales. Las ciencias sociales requieren un concepto de una estructura de gobernanza; no requieren tan obviamente un concepto de derecho.

La fatiga y la insatisfacción con estos debates han aumentado en los últimos años. Aproximadamente quince años atrás, Brian Leiter sugirió que las investigaciones filosóficas sobre el derecho debían ser "naturalizadas" e insinuó que tal naturalización podría finalmente terminar con el debate conceptual.[2] Liam Murphy escribió una serie de artículos que pretendían reformular el debate como uno relativo a la búsqueda del concepto que más nos sirva;[3] Murphy ha

* Traducido por María Belén Gracia. Copyright 2015 Lewis A. Kornhauser.

** Profesor Titular de la Cátedra "Frank Henry Sommer" de Derecho, Universidad de Nueva York. He discutido estos temas con Liam Murphy por aproximadamente veinte años; este ensayo les debe mucho a esas conversaciones y comentarios que él realizó a un primer borrador. Larry Sager y Moran Yahav también proporcionaron comentarios muy valiosos sobre un primer borrador, como lo hicieron los participantes de la Conferencia sobre el Legado de Ronald Dworkin en Buenos Aires y los participantes del seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la *Universitat Pompeu Fabra*. El apoyo del Fondo de Investigación Filomen d'Agostino y Max E. Greenberg de la Facultad de Derecho de NYU es reconocido.

1. La sección 2 distingue varios conceptos de derecho diferentes. Este ensayo argumenta principalmente la eliminación del concepto doctrinal aunque también sugiere que un concepto de derecho científico social es necesario.

2. Leiter, *Hard Positivism*.

3. "Concepts of Law", 30 Australian J. Legal Phil. 1 (2005).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 15 29/04/2019 16:57:07

concluido recientemente que los debates conceptuales, no el concepto, pueden ser abandonados ya que el concepto que adoptemos tiene pocas consecuencias prácticas.[4] Para Murphy, sin embargo, el concepto de derecho puede tener un rango más limitado que el que comúnmente se piensa; afirma que los jueces pueden prescindir de él.[5]

Incluso más recientemente, una serie de académicos ha desarrollado una visión tardía de Ronald Dworkin, una visión que, como sostengo en la sección 5, es una visión "proto-eliminativista". Dworkin transforma el debate al argumentar que el derecho es simplemente una parte de la moralidad política. Jeremy Waldron desarrolla aún más la visión de Dworkin en direcciones que en gran medida se encuentran en consonancia con la opinión de Mark Greenberg.[6] Scott Hershovitz ha argumentado que esta táctica de asimilación nos permite evitar el debate.[7]

Mark Greenberg ha abogado por una conclusión similar aunque con un argumento mucho más fuerte que, siguiendo a este último, Dworkin[8] asimila el derecho a la moralidad.[9] Ninguno de estos autores, sin embargo, ha sugerido que debemos abandonar el concepto por completo.[10]

Mi argumento comparte ciertas características con los argumentos de Murphy y con los de Dworkin, Waldron y Greenberg. Estoy de acuerdo con Murphy que los jueces no necesitan un concepto de derecho pero sostengo que tampoco otros funcionarios públicos ni los ciudadanos lo precisan. Dworkin restringe el concepto de derecho a los derechos y obligaciones impuestos en los tribunales. Tanto Dworkin como Greenberg luego buscan moralizar el concepto de derecho, yo quiero disolverlo y trasladar sus preocupaciones morales (así como otras preocupaciones morales) en un concepto evaluativo del derecho que articule el valor de la legalidad. Por lo tanto, en mi opinión, no necesitamos saber qué es el derecho sino identificar el valor de la legalidad y, luego, identificar esas estructuras de gobernanza que, en condiciones específicas, hacen real el valor de la legalidad.[11]

4. Murphy, *An Introduction to the Philosophy of Law,* OUP, (2014).

5. Este punto de vista lo enfrenta con Dworkin, Greenberg y Hershovitz quienes en gran medida parecen limitar el concepto de derecho a los tribunales.

6. *Jurisprudence for Hedgehogs*, SSRN (2013).

7. Hershovitz, "The End of Jurisprudence", 124 *Yale Law Journal* (2015). Hershovitz, sin embargo, re-caracteriza el debate como uno no sobre el concepto de derecho sino sobre la pregunta de si existe un dominio distinto de normatividad legal.

8. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*.

9. Greenberg, "The Moral Impact Theory of Law", 123 *Yale Law Journal* 1288 (2014).

10. Murphy, *What Makes Law* toma con seriedad este enfoque eliminativista pero, en última instancia, lo rechaza.

11. Como se ha argumentado en Kornhauser (2004), esta estrategia es paralela a la estrategia adoptada por los economistas en el estudio de los mecanismos para la asignación de recursos. Ellos han identificado varios valores que la asignación de recursos podría satisfacer –por ejemplo, la eficiencia y la envidia refinada de Pareto– y luego identificar las condiciones por las cuales una asignación determinada de recursos hace realidad uno o más de estos valores.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 16 29/04/2019 16:57:07

El argumento a favor del eliminativismo se basa en el reconocimiento de que la gobernanza en las sociedades modernas está distribuida a lo largo de un gran número de instituciones complejas y altamente diferenciadas. Las "instituciones legales"[12] centrales –el legislativo, el ejecutivo y los tribunales– y los textos que ellas producen –leyes, regulaciones y opiniones– juegan una función central de coordinación tanto para los funcionarios públicos como para los ciudadanos. Pero estos instrumentos son texto, no un orden normativo. Las obligaciones de cada funcionario dependen del contenido de esos textos y también de otros hechos.

Un postulado eliminativista puede ser más débil o más fuerte. En su versión más débil simplemente indica que el concepto doctrinal del derecho puede ser reemplazado por un conjunto de teorías que no hacen referencia a él. Sin embargo, una versión más fuerte del eliminativismo sostendría no solo que podemos prescindir del concepto doctrinal sino también que no hay un concepto doctrinal que reemplazar. Esta versión tiene consecuencias dramáticas. Sin un concepto doctrinal del derecho no hay condiciones verdaderas para proposiciones de derecho debido a que no hay proposiciones de derecho en el sentido doctrinal. Del mismo modo, no hay una obligación general de cumplir con la ley; solo obligaciones individuales (de los funcionarios públicos y los ciudadanos) de decidir o actuar de manera específica. Una posición intermedia sostiene que nos va mejor si prescindimos del concepto de derecho. Este argumento es análogo al de Murphy que sostiene que debemos evaluar conceptos de derecho en términos de sus efectos instrumentales.

El argumento está estructurado de la siguiente manera. En la próxima sección distingo varias preguntas a las que el concepto de derecho puede ayudar a proporcionar una respuesta; por lo que identifica el concepto que propongo eliminar. La Sección 3 esboza la idea de gobernanza que juega un rol central en mi argumento. La Sección 4 expone el argumento a favor del eliminativismo. La Sección 5 se refiere a las objeciones a la posición eliminativista. La Sección 6 explica cómo podemos interpretar a Dworkin como un "proto-elminativista". La Sección 7 ofrece una breve conclusión.

2. Las distintas caras del concepto de derecho

Este artículo argumenta que podemos prescindir del concepto de derecho pero, antes de desarrollar ese argumento, debo identificar el concepto del que podemos prescindir. El debate a menudo supone que un único concepto juega un rol central en la respuesta a una serie de preguntas diversas. En esta sección

12. "Instituciones de gobernanza" sería un término mejor.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 17 29/04/2019 16:57:07

distingo entre estas preguntas y sugiero que no es necesario que las respuestas a cada una de ellas se basen en un único concepto de derecho.

Veinte años atrás, Hart sugirió que el debate Hart-Dworkin nunca se había dado realmente; de hecho, él sugirió fuertemente que el debate nunca podría darse ya que él y Dworkin atendieron cuestiones diferentes.[13] Hart describió su proyecto como "general y descriptivo", mientras que el proyecto de Dworkin fue "especial y evaluativo". Hart señala correctamente las diferentes preguntas abordadas pero no sitúa a la (falta de) controversia en el lugar correcto.

También Dworkin reconoció que varias cuestiones entran dentro de la etiqueta del "concepto de derecho". De hecho, Dworkin identificó cuatro conceptos diferentes de derecho, cada uno de los cuales responde a cuestiones diferentes.[14] Pero Dworkin luego reinterpretó el proyecto de Hart, discutiblemente sobre la concepción del derecho en las ciencias sociales o la concepción taxonómica del derecho, como uno relativo al concepto doctrinal del derecho.

La discusión que sigue distingue cinco conceptos de derecho; o, más precisamente, la discusión subsiguiente identifica cinco cuestiones diferentes, cada una de las cuales podría basarse en un concepto de derecho.[15] Estas cuestiones no se basan a primera vista en un concepto de derecho en común.

La primera pregunta que da lugar al concepto doctrinal aborda la cuestión de como Dworkin lo encuadra: ¿qué es lo que hace a que una proposición de derecho sea verdadera? La práctica del derecho requiere que los jueces y los abogados tengan ese concepto. Ya que, sin él, ¿cómo podrían los jueces decidir

13. Nota final del libro de Hart, *The Concept of Law* (segunda edición).

14. Ver Dworkin, *Justice in Robes,* pp. 2-5, Harvard University Press. Los cuatro conceptos fueron el concepto *doctrinal* discutido en el texto, el concepto sociológico que se corresponde con el concepto científico social discutido en el texto, el concepto taxonómico que se corresponde con la pregunta que busca distinguir los sistemas jurídicos de otros sistemas normativos y el concepto de derecho aspiracional que se corresponde con el concepto evaluativo discutido en este texto; se refiere al valor de la *legalidad*. El concepto *aspiracional* del derecho es aspiracional en diferentes medidas; tal concepto, como el texto lo utiliza, se refiere al derecho como la expresión de la aspiración moral y otras aspiraciones de la sociedad.
Nótese Kornhauser, "The Economic Analysis of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edición de verano, 2015), Edward N. Zalta (ed.), URL <http://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/legal-econanalysis/> articula una serie de tres preguntas a las que el concepto de derecho podría servir como respuesta. Una de estas preguntas, que asociada a lo que en sus términos es el concepto *profesional* de derecho, se corresponde exactamente con el concepto doctrinal del derecho de Dworkin.

15. Algunos filósofos del derecho entienden la pregunta central del debate de manera diferente. Ellos buscan explicar el concepto del derecho integrado en la práctica lingüística común. No comprendo cómo responder esta pregunta podría ayudar a responder cualquiera de las preguntas anteriores. Tampoco esta pregunta se corresponde con el proyecto de Hart ni con el de Dworkin. Dworkin investiga explícitamente la pregunta doctrinal. El proyecto de Hart es menos claro pero para mí no parece ser uno que analice el concepto popular del derecho; él quiere abordar las preguntas que han desconcertado a los filósofos del derecho y, de nuevo, no es en absoluto evidente que el uso común proporcionará la clave para las respuestas relevantes o concepto(s).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 18 29/04/2019 16:57:07

casos conforme a derecho y los funcionarios administrar programas públicos? Del mismo modo, los ciudadanos legos aparentemente requieren tal concepto con el fin de determinar qué obligaciones jurídicas tienen.[16]

Argumentaré a continuación que, de hecho, ni los profesionales, ni las personas legas necesitan de ese concepto. El debate Hart-Dworkin ha sido formulado en términos del concepto doctrinal del derecho, quizás porque Dworkin encuadró el debate y solo le interesaba el concepto doctrinal.

Hart ha caracterizado su proyecto de manera diferente. Él sugirió: "Podría considerarse un ensayo de sociología descriptiva".[17] Esta caracterización posiblemente combinará dos asuntos diferentes. Uno de ellos en consonancia con otros aspectos del texto de Hart distinguiría normas jurídicas de normas morales así como el fenómeno legal del fenómeno social. Llamemos a este concepto, siguiendo a Dworkin, un concepto taxonómico del derecho. Este concepto nos permitirá escoger cuáles instituciones son jurídicas en cada sociedad. Tal concepto debe ser la base de la disciplina del derecho comparado como los abogados comparativistas deben tener alguna forma de identificar qué cuerpo de normas o conjunto de instituciones son comparables.

Un concepto taxonómico del derecho, sin embargo, no necesariamente se corresponde con un concepto científico-social del derecho. Un concepto científico-social del derecho formaría parte de una teoría de la sociedad. Facilitaría la comprensión de la organización social, el desarrollo, el crecimiento, el decrecimiento y cualquiera otra cuestión que pueda plantearse sobre los grupos sociales. Sin embargo, es una cuestión no resuelta si la mejor teoría social (o una buena teoría social) requeriría un concepto de derecho.[18] Idealmente, un concepto científico-social del derecho cumpliría esta función pero, como se señaló anteriormente, puede que no tengamos un concepto científico-social del derecho.[19]

Como la investigación en las ciencias sociales es compleja y variada, puede requerir muchos (o ningún) concepto de derecho. La sociología descriptiva de Hart sugiere un concepto funcional que los científicos sociales pueden utilizar para comprender cómo las sociedades se ordenan o gobiernan a sí mismas. Pero los antropólogos culturales han sugerido un concepto social diferente que refleja

16. El concepto doctrinal es un concepto técnico no un concepto popular porque las condiciones de verdad son determinadas por la práctica profesional de jueces y abogados no por el uso ordinario de los ciudadanos. Sigue siendo un concepto técnico aun cuando no podamos articular claramente las reglas de inferencia que el concepto técnico despliega.

17. *The Concept of Law*, Prefacio.

18. He sostenido en otro lugar que no requiere un concepto de derecho sino un concepto de estructura de gobernanza. Ver Kornhauser, *Governance Structures and the Concept of Law*.

19. Nótese que un concepto científico-social del derecho, si es que es necesario, y un concepto taxonómico del derecho son también conceptos técnicos, no populares. Su contenido deriva del rol teórico que cada uno juega en su disciplina; el contenido va a depender del criterio pertinente a la cuestión relevante no a la manera en la que los individuos legos implementan el término "derecho".

El imperio de Ronald Dworkin.indd 19 29/04/2019 16:57:07

el rol ambicioso que los códigos formales pueden jugar al expresar los valores que la sociedad se esfuerza por alcanzar o aprueba (podría llamarse a este "el concepto aspiracional del derecho").[20]

El concepto descriptivo/taxonómico de Hart se basa en la regla de reconocimiento de la cual uno también puede derivar un concepto doctrinal del derecho. Una norma jurídica válida deriva de la jerarquía de normas jurídicas que tiene su raíz en la regla de reconocimiento. Por lo tanto, la verdad de una proposición de derecho depende de su pedigrí.

En cuarto lugar, podríamos tener un concepto de derecho evaluativo. Tal concepto identifica el valor de la legalidad.[21] Este valor está implícito en todos los conceptos doctrinales del derecho actualmente defendidos ya que todos usan el derecho como un término de elogio. La gobernanza conforme a derecho es entendida como valiosa y diferente a otras formas de gobernanza. La discusión sugiere entonces que podemos clasificar las estructuras de gobernanza e identificar cuáles constituyen la gobernanza conforme al derecho. Además, las discusiones sugieren que la gobernanza conforme a derecho es, al menos en algunos aspectos, valiosa.[22]

Finalmente, podríamos tener un concepto popular de derecho que refleje el uso complejo del término "derecho" por individuos legos. La metodología de Hart sugiere, al menos para algunos, que él tenía este concepto en mente ya que a veces se basaba en las complejidades del uso del término para iluminar las cuestiones principales que *The Concept of Law* buscaba responder. Sin embargo, el éxito en el emprendimiento de Hart no radicaba en clarificar el uso común sino en proporcionar respuestas a las cuestiones principales que el libro buscaba iluminar.

3. Gobernanza y el concepto de derecho

Comienzo con una discusión sobre qué conceptos de derecho las ciencias sociales pueden requerir. Lo hago por dos razones. En primer lugar, el argumento a favor

20. Los antropólogos han discutido durante mucho tiempo la naturaleza del derecho. Pirie en "Law Before Government: Ideology and Aspiration", 30 *Oxford Journal of Legal Studies* 207 (2010) argumenta a favor de un relato de aspiraciones del derecho en contra de un relato funcional.

21. Una vez más, el concepto evaluativo pareciera ser un concepto técnico, más que un concepto popular. Dworkin, por ejemplo, sostiene que la virtud política de la integridad constituye el valor de la legalidad. Él no llega a esta conclusión a través del argumento de que las personas legas entienden el valor de la legalidad de esta manera.

22. Los positivistas, por supuesto, admiten que un sistema jurídico puede ser injusto o malvado. Sin embargo, ellos distinguirían entre la gobernanza conforme a derecho y la gobernanza por un grupo criminal, aunque no siempre es claro en qué basan esta distinción.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 20 29/04/2019 16:57:07

de eliminar el concepto doctrinal del derecho se basa, en parte, en la comprensión del concepto científico-social de la gobernanza aquí propuesto. En segundo lugar, el derecho es caracterizado a menudo como una forma de gobernanza y las ciencias sociales claramente precisan un concepto de gobernanza o, más precisamente, de estructura de gobernanza. El mismo Hart caracterizó su proyecto de esta manera cuando introdujo los tres tipos de normas secundarias (normas de adjudicación, normas de cambio y normas de reconocimiento). Él contrastó sociedades que requieren tales normas para la gobernanza con aquellas sociedades conectadas estrechamente que enfrentan un ambiente relativamente estable y no necesitan estos tres tipos de normas secundarias para funcionar de forma exitosa.[23]

La discusión de Hart propone una dimensión sobre la cual clasificar las estructuras de gobernanza: el grado de diferenciación institucional de las funciones que exhibe una sociedad.[24] Los sistemas jurídicos municipales modernos presentan un grado extraordinario de diferenciación institucional. Las normas secundarias de cambio, por ejemplo, han dado lugar a múltiples instituciones que anuncian cambios en el ambiente normativo. A nivel federal en los Estados Unidos, por ejemplo, no solo el Congreso sino también la infinidad de agencias administrativas dictan regulaciones que guían el comportamiento individual.

También podríamos clasificar las estructuras de gobernanza según otras dimensiones. Podríamos, una vez más, como sugiere Hart, diferenciar sobre la base del tamaño del grupo o sobre otra característica del grupo, por ejemplo la

23. Ver Hart, *The Concept of Law*, pp. 91-99 (segunda edición). Para una discusión más extensa de esta afirmación ver Kornhauser, *Governance Structures and the Concept of Law*.

24. La discusión de Hart también sugiere un relato casual sobre el surgimiento de los sistemas jurídicos; él identifica dos "variables independientes" que podrían explicar por qué se requieren estructuras más complejas de gobernanza: el índice de cambio en el ambiente en el que la sociedad está inmerso y el tamaño del grupo social. Por supuesto, las relaciones causales pueden ser bastante complejas ya que la naturaleza de la estructura de gobernanza puede afectar el tamaño del grupo social que puede ser gobernado satisfactoriamente así como el índice de cambio en el ambiente del grupo social.

La discusión de Hart sobre estas cuestiones, sin embargo, es muy superficial. Deja muchas preguntas abiertas. Más evidentemente, aunque los sistemas jurídicos municipales contemporáneos presentan una diferenciación de funciones muy compleja que ejemplifica los tres tipos de reglas secundarias, una sociedad no necesita ser tan diferenciada o tener los tres tipos de reglas secundarias.

Del mismo modo, el esquema tripartito de las reglas secundarias puede no captar toda la panoplia de instituciones y funciones que muchas estructuras de gobernanza presentan. Las reglas de adjudicación, por ejemplo, parecen referirse solamente a la centralización de la función de la determinación del cumplimiento o violación de la norma. Podríamos centralizar esta función pero dejar descentralizadas las funciones de policía y sancionadoras. Islandia medieval, por ejemplo, tenía esta estructura; la parte perjudicada vigilaba y sancionaba las violaciones a normas. La descentralización policial aún persiste en los reclamos civiles; la parte perjudicada en disputas por contratos o de responsabilidad civil, por ejemplo, lleva la acción ante el tribunal para determinar si se produce una violación normativa. La sanción, sin embargo, ha sido en gran medida centralizada aquí –la excepción serían los remedios de autoayuda bajo el derecho contractual– con el aguacil designado para ejecutar sentencias contra acusados recalcitrantes.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 21 29/04/2019 16:57:07

lingüística, la religión o la diversidad étnica. O podríamos clasificar las estructuras de gobernanza sobre la base de otros rasgos de las instituciones como sus procesos de reclutamiento o sus mecanismos de control.

La discusión filosófica subsiguiente ha sugerido otras dos dimensiones según las cuales clasificar las estructuras de gobernanza. Cada uno de estos métodos se centra en las normas producidas por la estructura de gobernanza y restringe el término "derecho" a esas normas que presentan características específicas. Una rama de la literatura mira el contenido sustantivo de las normas; la otra rama, la estructura formal de las normas.

Los abogados *jus* naturalistas comparan las estructuras de gobernanza sobre la base del contenido sustantivo de las normas producidas por la estructura. Solo aquellas normas que satisfacen ciertos requisitos morales sustantivos se consideran "derecho". Aquellas normas que no superan estas pruebas sustantivas no son "derecho", a pesar de que siguen siendo parte del sistema de gobernanza.[25]

Lon Fuller, por el contrario, clasifica los sistemas jurídicos sobre la base de las características formales de las normas del sistema de gobierno. Él identifica ocho características formales que un sistema de gobernanza debe reunir para que pueda ser llamado "derecho".

Estos intentos de clasificación están motivados por preocupaciones normativas, más que explicativas. Cada clasificación ofrece una razón moral para recomendar una estructura de gobernanza particular. Sin embargo, ninguna de estas clasificaciones afirma las condiciones en las que uno esperaría cumplir con una estructura de gobernanza recomendable o las consecuencias que tal estructura de gobernanza recomendable tendría (por cosas tales como la estabilidad, el crecimiento, el bien estar, etc.).

Una vez que uno se da cuenta de que estos esquemas clasificatorios son intentos de identificar estructuras de gobierno recomendables en lugar de explicarlas, se presenta una estrategia diferente. En lugar de crear un esquema de clasificación que incorpora la recomendación, clarificar la naturaleza de la recomendación y luego preguntar cuáles estructuras de gobernanza y en qué condiciones presentan esta virtud recomendable.

Uno podría comprender la teoría del derecho de Dworkin de esta manera.[26] Después de todo, Dworkin ofrece una teoría del valor de la legalidad. El valor de la legalidad para Dworkin es la integridad, una virtud política afín a la justicia sustantiva y procedimental. Explicar las condiciones sobre las cuales instituciones específicas tornan real esta virtud sería una tarea para las ciencias

25. Por lo tanto, el derecho natural presenta con mayor rigurosidad el uso honorífico del término "derecho"; "derecho" es un término de elogio.
Una norma que no aprueba el examen sustantivo podría o no realmente gobernar el comportamiento. Tanto si lo hace como si no lo hace dependerá de cómo opera la estructura de gobernanza. Sistemas "malvados" de gobernanza existen.

26. El propio Dworkin no aceptaba esta caracterización. (Comunicación personal).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 22 29/04/2019 16:57:07

sociales tal como las ciencias sociales podrían buscar identificar las condiciones en las que los mercados competitivos hacen realidad la eficiencia o altos niveles de crecimiento o lo que sea.

Aunque Hart apuntó a la filosofía legal hacia las normas secundarias y, por lo tanto, a las instituciones que ellas constituyen, los filósofos jurídicos no se han concentrado en las características institucionales de las estructuras de gobernanza sino en los ordenamientos normativos que estas instituciones generan. Este enfoque ha enmascarado en parte el argumento sobre la eliminación del concepto doctrinal del derecho. La atención a las estructuras institucionales muy diferenciadas de los sistemas jurídicos municipales modernos sugiere que estas estructuras de gobernanza no generan un orden normativo (único). Un solo conjunto de instrumentos jurídicos genera demandas que varían con la posición institucional del individuo.

Hasta ahora, la discusión ha considerado la conveniencia de un concepto *funcional* de derecho que es parasitario del concepto funcional de una estructura de gobernanza. Pero las ciencias sociales no necesitan ser monolíticas sobre el concepto de derecho. El concepto de derecho que desarrollen las ciencias sociales debería depender de la pregunta que las ciencias sociales estén formulando; si formulan múltiples preguntas puede que precise de múltiples conceptos al responderlas. Además, podría haber otros conceptos que resuenen con el uso ordinario del término derecho que también faciliten y profundicen nuestra comprensión de la sociedad. Podríamos, por ejemplo, entender el concepto aspiracional de derecho señalado anteriormente como un concepto de derecho de las ciencias sociales que facilita la comprensión en la antropología cultural.[27]

4. Eliminando el concepto doctrinal

En *What Makes Law*, Liam Murphy esbozó el punto de vista eliminativista y luego ofreció varias objeciones a este.[28] Murphy sugirió que podríamos sustituir

27. Por otro lado, uno podría argumentar que la caracterización de este concepto (o de cualquier otro concepto) como uno de derecho tiene solo fuerza retórica (por oposición a explicativa). Las ciencias sociales se esfuerzan por explicar la sociedad, su estructura, desarrollo e instrumentos. El concepto aspiracional sirve supuestamente para explicar (o quizás simplemente para nombrar) el hecho de que las aspiraciones colectivas de algunos grupos sociales son publicadas en códigos que no son de hecho implementados por la estructura de gobernanza de ese grupo. Una teoría social integral identificaría primero las condiciones en las que las aspiraciones expresadas fueron también implementadas (o quizás integradas) en la gobernanza. Llamar a estos códigos aspiracionales "derecho" no promueve de hecho el proyecto explicativo. La etiqueta trata solamente de colocar el proyecto explicativo bajo la luz reflejada esencial que el término "derecho" arroja.

28. En las páginas 88-105, Murphy me atribuye esta visión. Kornhauser (2004) tiene, en mi opinión, las semillas de la visión eliminativistas. Pero estoy en la posición afortunada de

El imperio de Ronald Dworkin.indd 23 29/04/2019 16:57:07

un concepto (o teoría) del derecho con tres teorías diferentes: una teoría de la toma de decisiones legales, una teoría del asesoramiento (jurídico) y una teoría del valor de la legalidad que define qué valores debería contener la estructura de gobernanza. Luego rechaza el eliminativismo en gran medida sobre la base de tres objeciones principales que voy a llamar la objeción "de la expresividad", la objeción "de la orientación" y la objeción "legislativa".

En esta sección ofrezco una explicación más extensa y de algún modo revisada del eliminativismo,[29] la próxima sección responde a las tres objeciones. Sostengo que necesitamos menos y más teorías. No habrá una teoría de la toma de decisiones sino muchas; tomadores de decisiones situados en lugares diferentes se enfrentan a limitaciones diferentes y tienen distintas razones para actuar. Por lo tanto, cada uno de ellos necesita una teoría diferente sobre la toma de decisiones. Por otro lado, no es claro que los funcionarios públicos necesiten una teoría relativa al valor de la legalidad.

El concepto doctrinal del derecho, en el postulado de Dworkin, identifica las condiciones de verdad para una "proposición de derecho". Dworkin y sus críticos no están de acuerdo con el contenido del concepto doctrinal del derecho. Los positivistas legales exclusivos sostienen que, *necesariamente*, estas condiciones de verdad descansan solo en hechos sociales; no hacen ninguna referencia a la moralidad. Dworkin, por el contrario, sostiene que las condiciones de verdad para proposiciones de derecho *necesariamente* incluyen consideraciones morales.

Superficialmente, la identificación correcta del concepto doctrinal de derecho parece central no solo para los filósofos del derecho sino también para los jueces, otros funcionarios públicos, abogados y ciudadanos. Después de todo, los jueces *aplican el derecho* como lo hacen otros oficiales públicos; los abogados asesoran a los clientes sobre sus obligaciones legales y los ciudadanos generalmente se esfuerzan por obedecerlo. ¿Cómo podrían los agentes realizar estas tareas sin identificar qué proposiciones son verdaderas?

A pesar del atractivo superficial de este argumento, podríamos prescindir de un concepto doctrinal de derecho. La posición eliminativista tiene una versión débil, otra semi-fuerte y otra fuerte.[30] La posición débil afirma solamente que podemos prescindir de un concepto doctrinal del derecho en el sentido de que podemos discutir todo lo que necesitemos discutir sin referirnos al concepto doctrinal. La

tener mi punto de vista elocuentemente actualizado y criticado antes de exponerlo yo mismo con claridad.

29. Mi relato se desvía del de Murphy principalmente en su amplitud o profundidad. Murphy se centra en el comportamiento judicial y en una teoría de la adjudicación mientras que yo abordo más explícitamente sus implicancias para todos los funcionarios públicos. De hecho, como lo sugiere la última sección, es la diferenciación de las funciones de gobernanza a lo largo de las instituciones y, por lo tanto, entre la infinidad de funcionarios públicos la que proporciona los fundamentos sociales para la visión eliminativista.

30. Agradezco a Moran Yahav por señalar la necesidad de distinguir entre estas variantes del eliminativismo.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 24 29/04/2019 16:57:07

versión semi-fuerte afirma algo más fuertemente que es mejor que prescindamos de él. Uno podría comprender esta versión siguiendo los lineamientos de lo que uno podría llamar postulados políticos del concepto de derecho que argumentan que debemos elegir el concepto de derecho que mejor promueva nuestros valores políticos.[31] Así, por ejemplo, Hart sostiene que un concepto positivista del derecho es superior a un concepto del derecho natural porque los ciudadanos y los funcionarios públicos se comportarían mejor si separan la cuestión del derecho de la pregunta de si la norma es buena y conlleva una obligación de cumplir con ella. La versión fuerte de la posición eliminativista afirma que en sociedades modernas y complejas no hay proposiciones de derecho y, por lo tanto, no hay necesidad de condiciones de verdad.

El argumento que sigue apoya las tres afirmaciones pero, obviamente, tiene más fuerza a favor de la posición débil. Se precisaría más trabajo para establecer las versiones semi-fuerte y la fuerte.

¿Cómo podemos prescindir de un concepto doctrinal del derecho? La respuesta es sencilla. En el modelo estándar quien toma las decisiones se involucra en un proceso de dos pasos: primero determina qué requiere la norma, luego consulta otras razones de acción que podrían pesar en contra de hacer lo que la norma requiere. De hecho, sin embargo, quien toma las decisiones solo necesita emprender un procedimiento de decisión de un paso: sopesar todas las razones que uno tiene en ese paso. En este procedimiento de un paso, el agente consulta los instrumentos jurídicos a través de los cuales todos los agentes coordinan su actividad; estos instrumentos jurídicos, sin embargo, no son normas jurídicas en el sentido convencional.

Consideremos, por ejemplo, a los jueces. El debate sobre el concepto del derecho supone que el juez primero determina lo que requiere la norma y luego determina si tiene otras razones que podrían pesar a favor de decidir en contra de lo que la norma requiere. Estas razones compensatorias podrían ser morales, pero también podrían ser razones institucionales que se deriven de la competencia del tribunal relacionadas con otros actores institucionales o del rol del tribunal dentro del sistema de gobierno. En cualquier caso, si estas razones compensatorias superan la "razón legal" va a decidir "en contra de la norma". Por esta razón, la teoría de la adjudicación de los jueces comienza con una teoría del derecho.

Sin embargo, una teoría de la adjudicación no necesita basarse en una teoría del derecho; podría ser independiente. Después de todo, la tarea de resolver casos tiene prioridad sobre "encontrar el derecho". Los jueces deben entender su posición y su rol en la estructura de gobernanza de la sociedad y decidir adecuadamente. Una decisión apropiada requiere que el juez considere cómo

31. Ver Murphy, "The Political Question of the Concept of Law," en Jules Coleman, ed., *Hart's Post Script: Essays on the PostScript to "The Concept of Law"*, Oxford: Oxford University Press, 2001; Murphy, "Better to See Law This Way", 83 *N.Y.U. L. Rev.* 1088 (2008).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 25 29/04/2019 16:57:07

sus decisiones interactúan con las decisiones y acciones de otros funcionarios públicos y ciudadanos. De hecho, para una gobernanza exitosa, estas decisiones deben, en gran medida, complementarse en lugar de enfrentarse una con otra. Los "instrumentos jurídicos" –estatutos, regulaciones y opiniones judiciales– cumplen esta función de coordinación.

Es decir, el juez solo necesita consultar todas sus razones para tomar una decisión; no precisa clasificarlas en razones "legales" o "no legales". La "práctica jurídica" lo dirige no hacia el "derecho" sino hacia los "instrumentos jurídicos", textos que nosotros llamamos leyes, regulaciones y opiniones. Él decide a la luz del contenido de esos textos, la estructura de las instituciones que los producen y la relación entre esas instituciones. El juez no tiene necesidad de elaborar una conclusión intermedia de que "la ley requiere X".

Nótese que otros funcionarios públicos se encuentran en un lugar similar a los jueces. Ellos también tienen ocasión de consultar los "instrumentos jurídicos" y luego actuar sobre la base de decisiones que consideran las razones proporcionadas por esos textos y la posición institucional de quien toma las decisiones. Del mismo modo que los jueces no precisan de una teoría del derecho sino de una teoría de la adjudicación, cada uno de estos funcionarios públicos no necesitan una teoría del derecho sino una teoría de la decisión ajustada a la posición oficial que el agente ocupa. La policía y los fiscales precisan una teoría de la decisión (o al menos un protocolo de decisión) que tenga en cuenta los instrumentos jurídicos así como también el ambiente en el que se toman estas decisiones y en el que las decisiones tendrán efecto.

No está claro que exista una sola norma que podamos llamar la norma que gobierna la decisión de cada uno de los agentes. La separación de las tareas de gobernanza y las complejas relaciones institucionales hace que sea poco probable que podamos extraer provechosamente una sola norma de la red de decisiones que cada uno de los funcionarios públicos realiza.[32] Por el contrario, un conjunto de instituciones entrelazadas, textos y expectativas rigen las decisiones de los agentes.

Como un ejemplo más amplio, considere el conjunto de funcionarios públicos que están implicados en la implementación del derecho penal: la policía, el fiscal y el juez (y posiblemente el director de la prisión correspondiente). Estas tres instituciones "aplican el derecho"; pero cada una de ellas responde al código penal de manera diferente. El policía en la calle tiene amplia discreción para implementar los instrumentos jurídicos. Puede elegir arrestar a un individuo por una violación criminal aun cuando sabe que no tiene prueba insuficiente para condenar al individuo. A la inversa, puede elegir no arrestar a un individuo contra el que él cree que hay pruebas suficientes para condenarlo. Su decisión va

32. Por lo tanto, podríamos pensar que estructuras institucionales menos diferenciadas podrían hacer más probable que pensemos útilmente acerca de las "normas jurídicas" y el "derecho". En la estructura más simple, un sistema unitario y centralizado, un único funcionario podría anunciar una única norma que sería la norma jurídica.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 26 29/04/2019 16:57:07

a depender de innumerables factores circunstanciales e institucionales. Cada una de estas decisiones, además, podrían estar justificadas. No es particularmente útil referirse a una norma jurídica independiente y bien definida.[33]

Los fiscales también toman decisiones que derivan de instrumentos jurídicos. Pero, una vez más, el fiscal no precisa determinar lo que "la ley requiere". Él debe, por el contrario, entender qué hará el tribunal. Su decisión, sin embargo, no está *determinada* por la teoría de la adjudicación; solo está influida por ella. Puede decidir, por ejemplo, otorgarle inmunidad a un individuo para procesar a otro individuo por un delito relacionado.

Es importante comprender el rol que los "instrumentos jurídicos" juegan en estos protocolos de decisiones. Los instrumentos funcionan no como un orden normativo que expresa un conjunto de prohibiciones y requisitos sino como guías para la coordinación de las acciones de todos. Funcionan más como un semáforo o una señal de alto que regula el flujo de tráfico al establecer las expectativas y el comportamiento de los choferes.

Las decisiones de todos estos agentes, así como las de los particulares, están coordinadas por los instrumentos jurídicos. Para una gobernanza exitosa la sociedad debe identificar un conjunto de individuos (dentro de las instituciones) que tomen decisiones colectivas y emprendan acciones colectivas. En sociedades muy unidas, la estructura de gobernanza puede ser simple y directa; consecuentemente, puede producir una estructura normativa relativamente simple, que permitiría la caracterización de cada proceso de decisión como siguiendo el patrón presupuesto por el panorama estándar: identificar un núcleo normativo, llamado derecho, y luego determinar cómo se modifica.

El panorama aquí descrito podría sugerir que el eliminativismo reemplaza a la teoría del derecho con el juego de Hart de la discreción del anotador[34] o con el punto de vista de Holmes de que el derecho es simplemente la predicción de lo que los tribunales van a hacer (y nada más).[35] Ciertamente, uno podría entender el punto de vista de Holmes como un precursor del eliminativismo pero no en forma completamente desarrollada. Después de todo, el eliminativismo sostiene que no hay derecho que el jugador pueda predecir. Cada agente sigue un protocolo de decisión de un paso; estos protocolos no son equivalentes a la discreción del anotador. Tampoco son predicciones de lo que los funcionarios harán. Cada protocolo sirve para limitar, al menos en cierta medida, el comportamiento de cada agente.

33. Pero nótese que el policía no puede hacer lo que quiera. Se ve limitado por el ambiente institucional en el que trabaja. Es más, algunas de sus acciones serían injustificadas en el sentido de que no son respuestas razonables a los instrumentos jurídicos, el ambiente institucional, y a la situación en la que se encuentra. Él no debería, por ejemplo, aceptar un pago en efectivo de un individuo a cambio de dejar de arrestarlo.

34. *The Concept of Law*.

35. "The Path of the Law," *BU Law Review* (1897).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 27 29/04/2019 16:57:07

Las teorías sobre la toma de decisiones que constituyen el eliminativismo contienen tanto elementos normativos como positivos. Las teorías son prescriptivas en la medida en que identifican el proceso de razonamiento que los funcionarios públicos *deberían* emprender; son positivas en la medida en la que representan el proceso de razonamiento que los funcionarios públicos de hecho emprenden. Pero el eliminativismo no afirma que el derecho es simplemente las predicciones de las acciones judiciales. Por el contrario, un eliminativista debe proporcionar una teoría de la adjudicación que determine cómo los jueces deben decidir y una teoría del asesoramiento legal que describa cómo los ciudadanos deben responder a los instrumentos jurídicos. La primera no es predictiva y la segunda no implica necesariamente que los ciudadanos deben o deberían actuar en interés propio.

5. Algunas objeciones

Murphy interpuso cuatro objeciones a la posición eliminativista. Primero, sostuvo que el eliminativismo no podía encontrarles un lugar a los aspectos expresivos del derecho. Segundo, argumentó que el eliminativismo eliminó no solo el derecho sino también su rol como guía de la conducta individual. Tercero, sostuvo que el eliminativismo no pudo encontrarle sentido a la legislación. Finalmente, argumentó que el eliminativismo era demasiado complejo; dio lugar a una gran cantidad de protocolos de decisión, uno para cada rol institucional y otro para los ciudadanos.

Estas objeciones tienen una fuente común en la aparente fragmentación de la obligación que el eliminativismo produce. Cada objeción se basa en la complejidad que la multiplicidad de procedimientos de decisión produce. Mi respuesta, que tiene dos puntos, es esencialmente la misma para cada objeción: (1) los instrumentos jurídicos sirven para coordinar y orientar las respuestas al igual que lo hace "el derecho" y (2) aun si uno piensa que existen obligaciones legales, surgen muchos de los mismos problemas para los agentes. A pesar de la uniformidad de mis respuestas, es útil abordar las objeciones individualmente.

Puedo refutar más fácilmente la objeción sobre la complejidad. El eliminativismo requiere exactamente el mismo número de protocolos de decisión que los enfoques no-eliminativistas del "derecho". De acuerdo con el eliminativismo, cada protocolo es un protocolo de un paso; en virtud de otros enfoques, cada protocolo es un protocolo de dos pasos en el que en el primer paso el agente determina su obligación legal. Consideremos el ejemplo del derecho penal de la sección anterior. Supongamos que no podemos eliminar el concepto de derecho; cada agente primero determina lo que requiere el derecho y luego consulta las otras razones para actuar que tiene para determinar qué debe hacer. Las discusio-

El imperio de Ronald Dworkin.indd 28 29/04/2019 16:57:07

nes sobre el concepto del derecho se focalizan en el primer paso de este proceso; pero un postulado normativo completo o explicativo también debe analizar el segundo paso para determinar lo que hará o debe hacer el agente. Entonces, un postulado completo de la toma de decisiones públicas requiere una teoría sobre la toma de decisiones para cada agente que integre su visión del derecho con las otras razones para actuar que tiene.[36] Si eliminamos el concepto de derecho aún necesitamos una teoría de la toma de decisiones para cada agente; pero cada teoría sería un procedimiento de un paso.

La discusión de Murphy sobre el aspecto expresivo del derecho se concentra en el derecho penal. Debido a que el eliminativista se focaliza en la persecución exitosa de los delitos, el daño expresivo realizado por la criminalización de una actividad desaparece. A modo de ejemplo él considera el apartado de una ley que criminaliza el sexo homosexual que está acompañado por un compromiso de no procesar.

Este argumento no comprende cómo el aspecto expresivo del derecho se manifiesta. Como el ejemplo de Murphy lo deja claro, el daño expresivo resulta no del procesamiento ni de la condena en virtud de la ley, sino de su promulgación. Su promulgación constituye un acto colectivo que condena la conducta especificada.

El eliminativismo no causa ningún efecto en la habilidad de la sociedad de realizar juicios colectivos. Las legislaturas aun promulgan leyes que reflejan el juicio colectivo de la comunidad sobre la conducta regulada. La fuerza expresiva de la promulgación permanece; llamar "derecho" a la promulgación no tiene efecto alguno sobre sus poderes o fuerza comunicativa.

Además, el aspecto expresivo de las "normas jurídicas" raramente se deriva de la norma operativa que imponen los tribunales y otros funcionarios públicos. Las leyes a menudo tienen preámbulos o declaraciones de propósito que no tienen un efecto normativo directo –sí podrían afectar la interpretación de la ley–, son meramente expresivos. Del mismo modo, la expresión en las opiniones judiciales se basan en partes de la opinión distintas de la parte dispositiva.

Además, la norma operativa es a menudo oscura en su propósito; puede ser demasiado amplia o muy estrecha. Puede condenar un comportamiento accesorio a aquel que motiva la regulación debido a que el comportamiento accesorio se observa y controla más fácilmente que la conducta atroz subyacente. Por lo tanto, la norma operativa no necesita ser expresiva en absoluto. Más aún, la forma legal no es una característica necesaria de expresión colectiva. Algunas de las declaraciones colectivas más expresivas no son instrumentos jurídicos: la Declaración de Independencia y la "Gettysburg Address".

36. Los debates sobre el concepto del derecho oscurecen este punto porque los analistas se han enfocado solamente en las decisiones de los jueces. Los filósofos del derecho, por lo tanto, desarrollaron teorías de la adjudicación pero teorías legislativas, de actuación policial, de regulación administrativa, etc.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 29 29/04/2019 16:57:08

Algunas discusiones parecen tener un concepto diferente de expresividad en mente. Algunas condenas de muerte, por ejemplo, pueden sonar en algún concepto de expresividad.[37] Pero esta interpretación también es compatible con el eliminativismo; después de todo, aquí se sentencia el acto estatal de matar y el mismo acto ocurrirá si uno piensa que la Corte Suprema de Estados Unidos primero encuentra que el derecho requiere la pena de muerte en un caso particular o si establece que la ejecución debe ser llevada adelante, tomando en cuenta todos los aspectos.

Volvamos ahora a la pregunta sobre si la posición eliminativista socava la función de orientación de una estructura de gobernanza. Murphy ataca el eliminativismo en este aspecto al considerar las motivaciones diferentes que pueden tener los individuos para "cumplir con la ley", desde el interés propio hasta un sentimiento de obligación moral. Esta formulación de la pregunta sesga la respuesta en contra del eliminativismo que, después de todo, niega que haya una norma que cumplir. Esta ausencia no presenta un problema para el "hombre malo" de Holmes, el agente egoísta que actúa sobre la base de las consecuencias esperadas de sus decisiones. Pero Murphy cree que es problemático por lo que podríamos llamar agentes "normalmente motivados" quienes se inclinan simplemente por seguir las reglas, ya sea porque es fácil o porque, teniendo en cuenta los costos de cálculo, es simplemente racional seguir la norma.

El problema del seguidor de la norma, para Murphy, surge de la fragmentación de la obligación legal en obligaciones que enfrenta cada funcionario público. ¿La regla de qué funcionario público debe el seguidor de la norma tomar como definitiva? El eliminativismo, sin embargo, no cambia dramáticamente el problema de la decisión del agente. En el mundo de las obligaciones jurídicas independientes, las obligaciones reales de los funcionarios públicos (y de los ciudadanos) están igualmente fragmentadas; la obligación legal puede ser vista como el punto de partida del proceso de decisión de cada funcionario. Esta función ahora corresponde a los instrumentos jurídicos que, bajo el eliminativismo, sirven para coordinar las decisiones de los funcionarios públicos. Los seguidores de la norma deben mirar estos instrumentos.[38]

La ausencia de un derecho que obedecer, sin embargo, parece más problemática para un individuo motivado moralmente. De hecho, el eliminativismo parece haber disuelto la pregunta general sobre la obligación del ciudadano de obedecer el derecho cuando abandona el concepto de derecho. Pero las apariencias son engañosas. El problema reaparece en el contexto de las estructuras de gobernanza de manera más general: ¿en qué condiciones un ciudadano tiene la obligación general de obedecer la estructura de gobernanza?

37. Para una mayor discusión de las afirmaciones de este entendimiento ver Kornhauser, "No Best Answer?", *U. Pa. L. Review*.

38. Hacer esto es conservador cuando las preocupaciones institucionales de los funcionarios públicos restringen el alcance de los instrumentos jurídicos.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 30 29/04/2019 16:57:08

Una versión débil de esta pregunta identificaría simplemente las condiciones en las que el ciudadano tiene una obligación de apoyar a las instituciones de la estructura de gobernanza. Una versión más fuerte requeriría "obediencia". Sin embargo, el crítico podría preguntar ¿qué significa la obediencia en el fragmentado mundo normativo del eliminativismo? Una vez más, la situación para el eliminativista no me parece radicalmente diferente a la situación para el que adhiere al panorama convencional. El mundo normativo está fragmentado para todos debido a que la estructura de los sistemas jurídicos municipales modernos es muy compleja. La obligación jurídica del ciudadano supuestamente significa aquí que debe hacer lo que requiere el derecho, sin la mediación de cualquier preocupación institucional (y quizás moral) que refractan de diversas maneras las obligaciones de los funcionarios públicos. Si esto es así, el eliminativista podría simplemente imponer el mismo protocolo de toma de decisiones a los ciudadanos; las preocupaciones institucionales de los funcionarios públicos no deberían suponerle ningún peso al ciudadano. Su obligación está determinada por los instrumentos jurídicos y por otras preocupaciones morales relevantes que enfrenta.

Como ejemplo, considere que Freddy se enfrenta a la decisión sobre si pagar o no sus impuestos. Si Freddy tuviera una motivación puramente prudencial, el eliminativismo ciertamente no menoscabaría la función de guía del código impositivo. Freddy calcula, para cada monto de impuesto que él podría pagar, tanto la posibilidad de que pudiera encontrarse que pagó muy poco como la sanción esperada que sufriría; de este cálculo él puede determinar el costo esperado de reportar cada importe de impuesto. Él puede luego calcular el beneficio neto esperado. Él elige pagar el monto que genera el mayor beneficio neto.

Pero la situación no es diferente si Freddy está moralmente motivado. Ahora él entiende el código impositivo como una decisión colectiva sobre la distribución apropiada de la carga de pagar las acciones colectivas de la comunidad. Freddy debe evaluar la equidad de esta distribución y, quizás, la justicia o equidad del gasto público. El pago de sus impuestos refleja su juicio moral sobre la equidad del sistema colectivo.

Por último, Murphy sostiene que el eliminativismo deja al legislador en el mar. ¿Cómo puede razonar sobre la constitucionalidad de las leyes? ¿Qué importancia debe darles el legislador a acciones anteriores de la legislatura? Murphy sugiere que el eliminativismo no proporciona recursos para abordar estas cuestiones.[39]

De nuevo, es difícil ver de qué recursos ha despojado el eliminativismo al legislador. Identificar algunas obligaciones como "derecho" no ayuda al legislador a resolver las preguntas a las que se enfrenta. Decidir si la legislatura tiene el poder de legislar sobre un área determinada requiere que cada legislador elabore una

39. Él hace una observación similar respecto del ejecutivo.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 31 29/04/2019 16:57:08

teoría política que explique los roles de cada institución de gobierno. Identificar una estructura normativa llamada el derecho, que sirva como un contexto común a la toma de decisiones en cada institución, no realiza un trabajo adicional a aquel hecho con referencia al conjunto de instrumentos jurídicos que coordinan la toma institucional (y privada) de decisiones.

De hecho, se podría argumentar que el eliminativismo hace más plausible el conjunto entrelazado de obligaciones que enfrentan los funcionarios. La idea de la aplicación deficiente, por ejemplo encaja naturalmente dentro del marco eliminativista.[40] La aplicación defectuosa ocurre cuando el alcance del poder judicial es más restringido que el alcance del poder legislativo. La Sección 5 de la Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos proporciona un ejemplo estándar.

La explicación de la aplicación defectuosa se basa en las diferentes competencias institucionales y posiciones del poder judicial y del poder legislativo. Sin embargo, estas preocupaciones son aquellas en las que se apoya el eliminativismo al concentrarse en los distintos protocolos de decisión que reemplazan el concepto de derecho.[41]

Murphy sostiene además que la fragmentación de los protocolos de toma de decisiones hace que sea difícil enmarcar el problema de decisión del legislador al contemplar legislación específica.[42] La eliminación del derecho, sin embargo, tiene muy poco o ningún efecto en el problema del legislador. La legislación es una actividad instrumental; promulgamos leyes para influenciar el comportamiento. El legislador debe, por lo tanto, contemplar cómo distintos funcionarios públicos y ciudadanos responderán a (al texto de) la promulgación. Estas respuestas, por supuesto, están mediadas por el complejo de preocupaciones que constituyen los protocolos de decisión a los que apuntan los eliminativistas. Es difícil ver sila eliminación del derecho ha alterado el cálculo del legislador.[43]

En resumen, eliminar el concepto de derecho no tiene consecuencias en la toma de decisiones de ningún funcionario público o ciudadano.

40. El concepto de la aplicación deficiente de las normas constitucionales fue introducido por Larry Sager en "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms," 91 *Harvard Law Review* 1212 (1978).

41. Vale la pena señalar que la teoría del derecho de Dworkin rechaza la idea de la aplicación deficiente. Lo hace porque Dworkin identifica el derecho con la producción de los tribunales. Los legisladores parecen no obligados por el derecho. Dicho de otra manera, los legisladores en la teoría de Dworkin se encuentran en la misma posición que los legisladores en el eliminativismo.

42. Murphy, p. 99.

43. Nótese que la legislación moderna típicamente resalta el enfoque eliminativista. La mayoría de las legislaciones simplemente asignan autoridad para la toma de decisiones entre innumerables agencias administrativas, funcionarios ejecutivos y los tribunales.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 32 29/04/2019 16:57:08

6. Dworkin como un Proto-Eliminativista

El positivismo jurídico se basa en la idea de que los jueces, y otros funcionarios públicos, primero determinan lo que requiere el derecho y luego consideran otras razones compensatorias para decidir. Sin embargo, los funcionarios públicos no precisan proceder de esta manera. Ellos pueden simplemente considerar todas las razones que tienen para tomar una decisión sin identificar una como la razón legal. Por supuesto, todas las razones que un individuo ha incluido son aquellas generadas por los "instrumentos jurídicos" producidos por una estructura de gobernanza: las leyes, regulaciones y opiniones judiciales. Sin embargo, no tiene que verse primero lo que requieren estos instrumentos y solo después incorporar otras razones.

De hecho, Dworkin rechaza la descripción jurídica positivista sobre los jueces. Él considera que los jueces incorporan al menos razones morales al decidir y pronunciar el derecho. Como Dworkin además restringe el derecho al razonamiento sobre las disputas que los tribunales resuelven, podríamos considerarlo un proto-eliminativista. Su posición anticipa nuestro argumento de dos maneras.

En primer lugar, Dworkin ha reducido la obligación judicial de dos pasos a uno. El juez consulta a la vez todas las razones que tiene para alcanzar un juicio que abarque todas las razones sobre cómo decidir.[44] No precisa determinar primero lo que requiere la ley y luego preguntarse cómo se consideran otras razones en la decisión "requerida legalmente". Este enfoque elimina el derecho al menos en su sentido débil.

En segundo lugar, la identificación que realiza Dworkin del derecho con las normas requeridas para resolver conflictos en tribunales básicamente libera también a otros funcionarios públicos del concepto doctrinal del derecho. Los funcionarios públicos tienen obligaciones políticas pero no necesariamente "legales" (o "judiciales"). Cada uno de ellos puede actuar sin referirse a un concepto doctrinal del derecho. Dworkin, por ejemplo, rechaza la idea de la aplicación defectuosa por este motivo, las legislaturas no tienen obligaciones legales.

La posición aquí difiere de la de Dworkin en muchos aspectos. La diferencia más obvia es que hace explícita la redundancia de un concepto doctrinal. Consecuentemente, extiende la idea de que una teoría de la adjudicación no necesita primero identificar el derecho y luego determinar qué hacer a otros actores sociales. Cada rol social exige su propia teoría de la decisión; pero ningún rol social debe primero determinar lo que requiere el derecho y luego decidir si otras razones prevalecen sobre ese problema.

44. Es decir, la teoría de la adjudicación de Dworkin incorpora en un solo paso todas las razones que Dworkin cree que el juez tiene. El argumento en las secciones anteriores sugiere que las razones que inciden en la coordinación de muchas instituciones de gobierno dentro de la sociedad son las que el juez también debe considerar.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 33 29/04/2019 16:57:08

Más importante aún, la posición eliminativista presentada aquí separa el concepto doctrinal del derecho del concepto evaluativo del derecho.[45] Desde la perspectiva eliminativista, hay gobernanza y hay buena gobernanza. Un criterio de buena gobernanza es que manifieste o haga real el valor de la legalidad.

Dworkin, por el contrario, colapsa el concepto doctrinal en el concepto evaluativo del derecho. En *Justice for Hedgehogs*, Dworkin ofrece un postulado unificado del valor que, en el último capítulo, sostiene que el derecho es un aspecto del valor moral y político. Este argumento es, sin duda, compatible con la comprensión del concepto evaluativo del derecho

Podríamos entender el concepto doctrinal del derecho de Dworkin como la identificación de una clase de estructuras de gobernanza –aquellas que resuelven disputas de conformidad con el método interpretativo que él identifica en *Law's Empire* como derecho. Además, esta clase de estructuras de gobernanza, afirma Dworkin, exhibirá el valor de la integridad.[46] Nótese, sin embargo, que el concepto doctrinal del derecho de Dworkin está más limitado en su alcance que lo que uno podría haber pensado inicialmente. En primer lugar, como el propio Dworkin señala, se refiere solamente a "derechos que son aplicables si así se lo demanda en una institución política adjudicativa como un tribunal".[47] Por lo tanto, en este respecto, un juez no tiene obligación legal de seguir el *stare decisis* ni un legislador autorización para invocar el artículo V para extender la aplicación de la Decimocuarta Enmienda más allá de lo que impondría un tribunal.

En segundo lugar, el empirismo casual sugiere que pocas estructuras de gobernanza han adoptado el postulado romántico de Dworkin sobre la toma de decisiones judiciales, si es que alguna lo ha hecho. Está claramente inspirada por la práctica del *common law*; pero Dworkin claramente idealiza la práctica actual. Esta idealización deriva directamente de la fusión de los conceptos evaluativos y doctrinales del derecho en uno. Por lo tanto, sugiere que pocos sistemas políticos tienen derecho.

7. Observaciones finales

He defendido una visión eliminativista del concepto doctrinal del derecho. El eliminativismo, como se señaló anteriormente, se presenta en versiones más débiles y más fuertes. El argumento que se presenta aquí apoya más firmemente

45. Dworkin llama al concepto evaluativo "aspiracional" en *Justice for Hedgehogs*, p. 402.

46. Esta afirmación es empírica; es posible que en las estructuras de gobernanza actuales este protocolo de toma de decisiones judiciales fracase en llevar a la realidad la integridad quizás debido a la gran heterogeneidad de puntos de vista morales en el poder judicial.

47. *Justice for Hedgehogs*, pp. 404-5.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 34 29/04/2019 16:57:08

el eliminativismo débil el cual sostiene que, simplemente, podemos prescindir del concepto doctrinal del derecho; podemos decir todo lo que necesitamos decir del "derecho" sin referirnos a un concepto doctrinal. El concepto doctrinal del derecho es reemplazado por un conjunto de protocolos de toma de decisiones, una teoría de la adjudicación, una teoría del asesoramiento, una teoría de la legislación, etc. En cada caso, una teoría de dos etapas que requiere al agente en primer lugar que determine lo que requiere la ley y luego que sopese ese requerimiento contra las otras razones de acción puede ser reemplazada sin pérdida por una teoría de un solo paso que le requiere al agente sopesar todas las razones en el mismo momento. El eliminativismo débil es, por lo tanto, inocuo en gran medida.

Una parte de mi argumento, sin embargo, apoya la versión semi-fuerte del eliminativismo que afirma no solo que podemos prescindir del concepto doctrinal del derecho sino también que es mejor que no haya uno. La reflexión sobre la diferencia entre el proto-eliminativismo de Dworkin y la posición aquí presentada podría sugerir cómo se puede desarrollar un argumento a favor de una versión semi-fuerte del eliminativismo.

Como se señaló en la sección anterior, en *Justice for Hedgehogs*, Dworkin asimila el derecho a la moralidad. De acuerdo a como Waldron formula la posición de Dworkin, el derecho es esa rama de la moralidad pública que aborda la moralidad de ciertos eventos públicos como las políticas adoptadas. Esta caracterización del proyecto de Dworkin suena a un concepto evaluativo más que a un concepto doctrinal del derecho. Dworkin transforma este proyecto evaluativo en un proyecto doctrinal al asumir que la mejor forma de hacer real el valor de la legalidad es que los jueces lo entiendan como condición de verdad para lo que la ley requiere (o, como el eliminativista podría decir, para lo que el juez debe decidir).

Dicho de otra manera, Dworkin asume un juez ideal que, en instituciones ideales, participa del razonamiento moral ideal legal y extra-legalmente. Los jueces ideales en instituciones ideales que persiguen el protocolo de decisión de Dworkin harán realidad el valor de la legalidad (o integridad).

No está claro, sin embargo, qué relevancia tienen estos jueces ideales y las instituciones ideales en el diseño de instituciones de adjudicación o en una teoría de la adjudicación para jueces no ideales. Supongamos que los diseñadores constitucionales están de acuerdo con Dworkin en que las instituciones judiciales deben tener como objetivo la integridad. Sigue siendo una pregunta empírica abierta si una institución transparente puede alcanzar de mejor manera la integridad. En una institución transparente, los actores dentro de la institución persiguen directamente o manifiestan los objetivos que los diseñadores y evaluadores de la institución promueven. En el contexto de Dworkin, los jueces adoptan el razonamiento (legalmente) moral para hacer real el valor de la legalidad. Pero tal transparencia podría no promover de la mejor manera el valor de la legalidad. Podría ser que la mejor manera de hacer real el valor de la legalidad para los jueces

El imperio de Ronald Dworkin.indd 35 29/04/2019 16:57:08

sea decidir de manera formalista. Después de todo, los jueces no son filósofos morales debatiendo en una sala de un seminario. Tampoco los procedimientos judiciales existentes están diseñados obviamente para alcanzar la verdad moral. Nuestras instituciones podrían funcionar mejor si los jueces apuntasen a algo más.

En una institución opaca, las condiciones de verdad de una proposición de derecho podrían no corresponder a aquellas que Dworkin articula. Desde una perspectiva eliminativista, uno no buscaría condiciones de verdad para proposiciones del derecho sino protocolos de decisión para cada agente. Por supuesto, uno querría evaluar estas decisiones y protocolos comparándolos con la moralidad política que incluiría la justicia y el valor de la legalidad. Por este motivo, al eliminativismo le va mejor si prescinde de él debido a que deja en claro la brecha entre instituciones reales que funcionan y nuestros criterios evaluativos.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 36 29/04/2019 16:57:08

La crítica de Dworkin al convencionalismo jurídico y su relevancia*

*Ronaldo Porto Macedo Junior***

1. El convencionalismo jurídico y el desafío dworkiniano

La teoría del derecho es un campo de conocimiento humano marcado por desacuerdos profundos. Una cantidad razonable de los trabajos más relevantes en este campo está dedicado a algunas preguntas clásicas, tales como "¿qué es el derecho?", "¿cuál es la naturaleza del derecho?" y "¿cuál es la naturaleza de la teoría del derecho?". Esas preguntas señalan que una de las dimensiones acerca de nuestros desacuerdos jurídicos se refiere a desacuerdos sobre el mismo concepto de derecho.

Este ensayo apunta a explorar un capítulo especialmente importante en la historia de los debates teóricos relacionados con estas preguntas, que predominaron tanto en la academia angloparlante como en la continental en las últimas décadas. Se ocupa de las reacciones que algunos trabajos teóricos –particularmente los de Ronald Dworkin– dispararon entre los defensores del positivismo jurídico, más notablemente entre los defensores de la tesis de que el derecho tiene exclusivamente fuentes sociales: las tesis de las fuentes sociales.[1] Esos autores,

* Este texto es parte de un libro no publicado titulado *O Direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico* (*El Derecho en desacuerdo: el debate entre el interpretativismo y el convencionalismo jurídico*). Este texto ha sido traducido [N. del T.: del portugués al inglés] por Daniel Murata, a quien estoy profundamente agradecido. Traducción del inglés al español por Emiliano Senes.

** USP y FGV Direito Law School.

1. Así es como yo las llamo, ya que muchas críticas al convencionalismo no fueron hechas por Ronald Dworkin, sino también por muchos teóricos que participaron en el debate. Ver Stavropoulos, Nicos *Objectivity in law*, Oxford: Clarendon, 1996; Stavropoulos, Nicos, "Hart's semantics", en: Coleman, Jules (ed.) *Hart's postscript*: *essays on the postscript to "The concept of law"*, Oxford, Oxford University Press, 2001. pp. 59-98; Perry, Stephen, "Hart on social rules and the foundations of law: liberating the internal point of view", *Fordham Law Review*, Nueva York, v. 75, pp. 1171-209, 2007; Pohlman, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes and utilitarian jurisprudence*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 1984; Perry,

El imperio de Ronald Dworkin.indd 37 29/04/2019 16:57:08

también llamados positivistas metodológicos, apuntaron, al presentar una teoría convencionalista del derecho, a responder lo que llamaré el *desafío dworkiniano*. El desafío consistió fundamentalmente en la crítica de las explicaciones que el positivismo hartiano dio acerca de cómo la regla de reconocimiento se tornó normativa y de su capacidad para generar obligaciones a las autoridades a las cuales sirve como fundamento del derecho y sobre la naturaleza de los desacuerdos y controversias relativas a los fundamentos del derecho en las prácticas legales argumentativas comunes en los tribunales. Estas clases de *desacuerdos teóricos* (sobre los fundamentos del derecho) circunscriben una importante dimensión de nuestros desacuerdos jurídicos. Esto hace que nuestros desacuerdos *sobre el concepto de derecho* influyan sobre nuestros desacuerdos *en el derecho*.

Este ensayo apunta, resumidamente, a exponer cuáles son los rasgos principales de la crítica de Dworkin al convencionalismo, así como las preguntas que fueron brindadas por los convencionalistas. También pretendo mostrar por qué desde mi punto de vista los esfuerzos convencionalistas fracasaron. Considero que fraca-

---

Stephen, "Interpretation and methodology in legal theory", en: Marmor, Andrei (ed.) *Law and interpretation,* Oxford: Clarendon, 1995. pp. 97-135; Finnis, John, "Revolutions and continuity of law", en: Simpson, Brian (ed.) *Oxford studies in jurisprudence*, Oxford, v. 44, pp. 65-69, 1973; Raz, Joseph, *The authority of law*, Oxford, Clarendon, 1979; Perry, Stephen, "Hart's methodological positivism", *Legal Theory*, Oxford, v. 4, pp. 427-467, 1998; Waldron, Jeremy, "Who needs rules of recognition?", en: Adler, Matthew; Himma, Kenneth (eds.) *The rule of recognition and the U.S. Constitution,* Oxford, Oxford University Press, 2009. pp. 327-350; Waldron, Jeremy, "Who needs rules of recognition?", *NYU School of Law*, Public Law Research Paper n. 9-21. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1358477>. Visitado en: 13 ago. 2013; Greenawalt, Kent, "Hart's rule of recognition and the U.S. *Ratio Juris"*, Malden, v. 1, pp. 40-57, 1988; Green, Leslie, "Law, coordination and the common good", *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 3, pp. 299-324, 1983. Green, Leslie, "Authority and convention", *The Philosophical Quarterly*, Oxford, v. 35, n. 141, p. 329-346, oct. 1985, "Special issue: Philosophy and the Law; Coleman", Jules (Ed.) *Hart's Postscript*: essays on the postscript to "The concept of law", Oxford, Oxford University Press, 2001a. Adler, Matthew; Himma, Kenneth (Eds.) *The rule of recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, presentan una amplia gama de posiciones sobre este debate. También comparten críticas al convencionalismo Greenberg, Mark, "How facts make law", en: Hershovitz, Scott, *Exploring law's empire*: the jurisprudence of Ronald Dworkin, Nueva York, Oxford University Press, 2006. pp. 225-264; Zipursky, Benjamin, "Pragmatism, positivism, and the conventionalistic fallacy", en: Campbell, J. Keim; O'rourke, M.; Shier, D. (eds.) *Law and social justice*. Cambridge, MIT Press, 2005. pp. 285-310. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=604584>. Visitado en: 13 ago. 2013; Zipursky, Benjamin, "The model of social facts", en: Coleman, Jules (ed.) *Hart's postscript*: essays on the postscript to "The concept of law", Oxford: Oxford University Press, 2001. pp. 219-270. Bix, Brian; Coleman, Jules, "Legal positivism, and legal authority", *Quinnipiac Law Review*, Hamden, v. 16, pp. 241-254, otoño 1996. Una crítica parcial es propuesta por Himma, Kenneth Einar, "Substance and method in conceptual jurisprudence and legal theory", *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 88, n. 5, pp. 1119-1228, sept. 2002c. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=929281>. Visitado en: 13 ago. 2013, también publicado en Campbell, Joseph Keim; O'rourke, Michael; Shier, David (eds.) *Law and social justice,* Cambridge, MIT Press, 2005 (Topics in contemporary philosophy), pp. 311-326.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 38 29/04/2019 16:57:08

saron en tres formas. Primero, el convencionalismo no ofrece una teoría que dé cuenta de las prácticas interpretativas y de las decisiones judiciales. Al analizar las prácticas legales, el convencionalismo presupone la existencia de convenciones y arbitrariamente niega la existencia de razones y *justificaciones* en situaciones en las cuales las convenciones son mayormente inexistentes. No puede explicar la razón de por qué los jueces siguen buscando las mejores justificaciones incluso cuando no son aparentes. Segundo, la estrategia de buscar convenciones más abstractas o profundas para el convencionalismo (*v.gr.* Andrei Marmor) o de insistir en la idea de que las razones morales sustantivas pueden contingentemente volverse fundamentos del derecho (*v.gr.* Jules Coleman) requiere el retorno de la interpretación y, con él, la negación del positivismo convencionalista. Finalmente, el convencionalismo también fracasa por no presentar una teoría convincente acerca de los fundamentos de la aceptación del uso de la coerción y sobre cómo se forman y cuáles son las obligaciones que los jueces tienen bajo la ley. Para ponerlo en otras palabras, el convencionalismo no exhibe una teoría plausible sobre el deber de obedecer a la autoridad. Al final del día, el convencionalismo falla en responder al *desafío dworkiniano*.

Pero ¿qué deberíamos entender por convencionalismo jurídico? Muchos filósofos han remarcado cómo el concepto de convencionalismo es controvertido y ambiguo.[2] Esto ocurre, en primer lugar, porque asume distintos significados técnicos en diversos campos de conocimiento, tales como la economía, la sociología, la filosofía y la teoría del derecho.[3] En segundo lugar, incluso en el campo

2. Ben-Menahem, Yemima, *Conventionalism: from Poincaré to Quine*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006; Rescorla, Michael, "Convention", en: Zalta, Edward N. (ed.) *The Stanford encyclopedia of philosophy*, Edición primavera 2013. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/convention/>. Visitado en: 7 jul. 2013. Nelson Goodman observa: "Los términos 'convención' y 'convencional' son flagrante e intrincadamente ambiguos. Por un lado, lo convencional es lo ordinario, lo usual, lo tradicional, lo ortodoxo como enfrentado a lo novedoso, lo desviado, lo inesperado, lo heterodoxo. Por el otro, lo convencional es lo artificial, lo inventado, lo opcional, como enfrentado a lo natural, lo fundamental, lo obligatorio", [N. del T.: en el original: "The terms 'convention' and 'conventional' are flagrantly and intricately ambiguous. On the one hand, the conventional is the ordinary, the usual, the traditional, the orthodox as against the novel, the deviant, the unexpected, the heterodox. On the other hand, the conventional is the artificial, the invented, the optional, as against the natural, the fundamental, the mandatory"] Goodman, Nelson. "Just the facts, ma'am!", en: Krausz, Michael (ed.) *Relativism: interpretation and confrontation*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1989, pp. 80-85, p. 80. Ben-Menahem, Yemima, Explanation and description: Wittgenstein on convention, Synthese, Nueva York, v. 115, n. 1, pp. 99-130, 1998. Una discusión del convencionalismo, en la interpretación de Wittgenstein, y del derecho puede hallarse (aunque no concuerdo con el autor en muchos aspectos) en Narváez, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho: una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004 y Sebok, Anthony J. *Finding Wittgenstein at the core of the rule of recognition. Southern Methodist University Law Review*, Dallas, v. 52, pp. 75-110, invierno de 1999.

3. Ver Rescorla, Michael, 2013, p. 2.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 39 29/04/2019 16:57:08

de la teoría del derecho este concepto asume diferentes definiciones, lo que hace difícil identificar si las críticas que un autor hace a otro comparten el mismo significado de convención adoptado por el autor criticado. Adopto la concepción de Gerald Postema, para él, "las convenciones son normas sociales puestas en práctica cuyo funcionamiento como normas depende de que sean practicadas".[4]

La *idea de convención* aparece en muchas formas en la teoría del derecho. Constituyó un concepto central para la teoría legal británica durante el siglo XX a los fines de entender la idea de fuente de derecho, particularmente en derecho internacional. En segundo lugar, en épocas más recientes la convención adquirió nuevamente importancia en el derecho privado, particularmente en estudios relativos a la responsabilidad civil y el derecho comercial.[5] Finalmente, el tema tomó importancia en los debates relativos a la objetividad en la interpretación, ya que para algunos importantes teóricos en el mundo anglosajón, tales como Stanley Fish y Owen Fiss, esta objetividad era directamente dependiente de las convenciones existentes dentro una comunidad de intérpretes.[6] Estos enfoques en el tema de *las convenciones y el derecho* están relacionados con la importancia de *las convenciones en el derecho* y no conciernen (sino indirectamente) al principal objeto de este ensayo, que trata del *derecho como convención* (o las bases convencionalistas del derecho). De acuerdo con este punto de vista, el derecho es un conjunto de reglas sociales que funcionan como soluciones a problemas de coordinación y cooperación social o cuyo funcionamiento es dependiente de prácticas sociales convergentes que les confieren normatividad. Postema denomina a tal forma de convencionalismo, *convencionalismo fundacional*.[7] En este ensayo simplemente lo denominaré *convencionalismo jurídico*. Es sobre dicho convencionalismo que enfocaré mi atención, aunque es posible identificar una importante afinidad entre el *convencionalismo epistémico* (que remite a Owen Fiss y Stanley Fish) y el *convencionalismo fundacional*. Esta definición se distingue a sí misma, desde el comienzo, de lo que es muchas veces también llamado por

4. Postema, Gerald. *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, Nueva York: Springer, 2011a. (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 11), pp. 484-485. [N. del T.: en el original: "conventions are practiced social norms the functioning of which as norms depends on their being practiced"].

5. Ver Hetcher, Steven A., *Norms in a wired world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004; Kelley, Patrick J., *Who decides?: community safety conventions at the heart of tort liability*, Cleveland State Law Review, Cleveland (EE. UU.), v. 38, pp. 315-390, 1990; Trakman, Leon E., *The law merchant: the evolution of commercial law*, Littleton, (EE. UU.); Fred B. Rothman, 1983, en Postema, Gerald, *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, 2011a, p. 484.

6. FISS, Owen M. *Objectivity and interpretation. Faculty Scholarship Series*, paper 1217, 1982. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1217>. Visitado en: 6 sept. 2012; Fiss, Owen M. Conventionalism, Faculty Scholarship Series, paper 1214, 1985. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1214>. Visitado en: 3 sept. 2012.

7. Postema, Gerald, *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, 2011a, p. 484.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 40 29/04/2019 16:57:08

los filósofos del lenguaje como *convencionalismo*, esto es, la cruda tesis semántica conforme la cual las proposiciones acerca del significado de la palabra "derecho", así como las relativas al significado del derecho, son verdaderas debido a lo que la gente *cree* que es el derecho.

El convencionalismo jurídico establece la tesis conforme la cual la naturaleza del derecho y su fuerza normativa están basadas en la práctica social. Un buen ejemplo de esta tesis es la teoría del derecho de Hart, la cual afirma que el derecho está basado en la práctica de los jueces.[8] Es interesante notar que H.L.A. Hart solamente adopta explícitamente y en una forma clara el fundamento convencionalista de su teoría en *Postscript*.[9] El "giro convencionalista" de Hart está históricamente relacionado con las críticas que sufrió por parte de Dworkin, tal vez el primer crítico en subrayar la vulnerabilidad de la teoría del derecho de Hart presentada en *The Concept of Law*, debido a la circularidad existente en la teoría de la obligación jurídica expuesta por Hart. Esta circularidad es resumida en la pregunta central (y fatal) que Dworkin presenta en sus primeras páginas de *Model of Rules I* y es repetida en *Law's Empire* acerca de los fundamentos de la obligación que tienen los jueces de obedecer la ley.[10] ¿Qué significa y dónde nace la obligación de los jueces de aplicar el derecho? Para ponerlo en otras palabras, la circularidad podría ser formulada en la afirmación de que "la autoridad legal

8. Es importante resaltar que algunos teóricos presentan argumentos que distinguen el convencionalismo de la tesis de las fuentes sociales, aunque reconocen que esta distinción no es realizada por Hart ni tampoco es reconocida por Dworkin en la crítica que realiza al convencionalismo. Zipursky, Benjamin, 2001, Postema refiere al hecho de que podría también ser posible identificar otra tradición de convencionalismo fundacional en el pensamiento jurídico anglosajón, asociada a las obras de Lon Fuller. Esto, sin embargo, no será analizado aquí, debido a que el presente trabajo posee propósitos más analíticos que históricos. "En la tradición del derecho común, representada en el reciente siglo por las obras de Lon Fuller, también ha estado a disposición un convencionalismo fundacional más amplio". [N. del T.: en el original: Within the common law tradition, represented in the recent century by the work of Lon Fuller a wider foundational conventionalism has also been available] Postema, Gerald, "Philosophy of the common law", en: Coleman, Jules; Shapiro, Scott (eds.) *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press, 2011b. pp. 588-622, pp. 609-16; Ver también Postema, Gerald, "Conformity, custom, and congruence: rethinking the efficacy of law", en: Kramer, Matthew; Grant, Claire; Colborn, Ben; Hatzistavrou, Antony, *The legacy of Hart*, Oxford, Oxford University Press, 2008b. pp. 45-65.

9. Este punto es también defendido enfáticamente por Dickson, Julie, "Is the rule of recognition really a conventional rule?", *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 27, n. 3, pp. 373-402, 2007.

10. Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 1977a, p. 17; Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge (EE. UU.), Belknap Press, 1986, p. 3. "En tanto es relevante en estas diferentes maneras cómo los jueces resuelven los casos, también es relevante qué es lo que ellos piensan que es el derecho, y cuando están en desacuerdo sobre esto, es relevante qué tipo de desacuerdo están teniendo. ¿Hay un misterio acerca de esto?" [N. del T.: en el original: Since it matters in these different ways how judges decide cases, it also matters what they think the law is, and when they disagree about this, it matters what kind of disagreement they are having. Is there a mystery about that?].

El imperio de Ronald Dworkin.indd 41 29/04/2019 16:57:08

de los actos e instituciones descansa en reglas jurídicas que se la confieren, pero esas reglas jurídicas son capaces de conferir autoridad solo si ya la poseen".[11] Esta crítica fue más tarde reconocida no solo por el mismo Hart (esta es la razón que lo obliga a buscar una respuesta convencionalista), sino también por otros críticos contemporáneos.[12]

Pero ¿por qué razón sería importante presentar los fundamentos del convencionalismo, así como las razones de su fracaso? ¿Cuál es el interés en llevar a cabo tal esfuerzo teórico? Para responder a estas preguntas, es interesante ampliar aún más su alcance y cobertura y agregar otra más: después de todo, ¿por qué la teoría del derecho es importante?

¿Cuál es el rol de la teoría del derecho? Esta pregunta básica ha sido formulada por siglos por muchos filósofos y pensadores jurídicos. La pregunta es, en cierto modo, trivial, porque incluso aquellos que son reticentes a las exageraciones de las sofisticaciones conceptuales reconocen la importancia de algún tipo de sistematización del conocimiento. Además, muchos otros campos del conocimiento hicieron también de la pregunta acerca de su naturaleza y utilidad una cuestión elemental. La pregunta no es, por lo tanto, extravagante. La filosofía, en particular, parece haber hecho de ella el primer problema filosófico.

Las respuestas, sin embargo, están lejos de ser triviales. Es posible distinguir dos grandes grupos de respuestas a esta pregunta: aquellas que discuten su *utilidad teórica* y aquellas que evalúan su *utilidad práctica*. La *utilidad teórica* de la teoría del derecho ha sido discutida por muchos pensadores. Muchos sugieren, a grandes rasgos, que la contribución que una teoría del derecho puede brindar a nuestro conocimiento es el ofrecer una descripción de lo que es correcto y verdadero respecto de qué es derecho.[13] En esta línea de pensamiento, la descripción puede

11. Postema, Gerald, *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world*, 2011a, p. 485. [N. del T.: en el original: "the legal authority of acts or institutions rests on legal rules that confer it, but those legal rules are able to confer authority only if they already have it"].

12. Green, Leslie, "Positivism and conventionalism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 12, pp. 35-52, 1999, p. 36; Shapiro, Scott, "On Hart's way out", en Coleman, Jules (ed.) *Hart's Postscript: essays on the postscript to "The concept of law"*, Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 149-191; Marmor, Andrei, *How law is like chess, Legal Theory*, Oxford, v. 12, pp. 347-371, 2006a; "la autoridad legal es posibilitada por una forma específica de práctica social convencional", [N. del T.: en el original: "legal authority is made possible by a specific kind of conventional social practice"]; Coleman, Jules, *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford, Oxford University, 2001c, p. xvii; Shapiro, Scott, *Legality*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 2011, p. 57 y siguientes.

13. Evidentemente, pueden existir innumerables controversias acerca del concepto de verdad y corrección que deben ser usadas en una teoría del derecho. He discutido algunos de sus problemas y dimensiones en Macedo Junior, Ronaldo Porto, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, San Pablo, Saraiva, 2013a, pp. 66 y siguientes. Un rico y sucinto análisis del tema es también hecho por Michelon Júnior, Cláudio, "Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito", *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2004, pp. 60 y siguientes. En lo que sigue, intento analizar cómo el concepto de verdad es también central para comprender

El imperio de Ronald Dworkin.indd 42 29/04/2019 16:57:08

ser concebida, por ejemplo, como un intento de ofrecer una ciencia positivista del derecho.[14] En este sentido, una teoría del derecho es útil porque nos permite saber qué caracteriza a la práctica social usualmente descripta como derecho, como el ejemplo en el que un sociólogo puede describir cuál es la práctica del fútbol o la realización de una huelga. La utilidad teórica sería medida por la capacidad de ofrecer una descripción correcta y verdadera de una determinada práctica.

También es posible considerar cuál sería la utilidad práctica de la teoría del derecho. En este caso, sería posible pensar en las ventajas que el conocimiento teórico sobre el derecho podría brindar a nuestras acciones prácticas en el mundo. Un ejemplo del tipo de respuesta que podríamos dar a esta clase de pregunta sería: la teoría del derecho funciona como una suerte de laboratorio conceptual que alimenta la dogmática jurídica con categorías útiles para resolver conflictos jurídicos. La teoría del derecho mantendría aquí con la dogmática jurídica (entendida como un tipo de conocimiento tecnológico) una relación análoga a aquella entre la física teórica y la ingeniería civil.[15] La primera sería útil en la formulación de los conceptos centrales requeridos por la tecnología de construir cosas. La conexión entre la teoría y la práctica estaría entonces establecida de un *modo indirecto*, en la medida en que sería importante para la elaboración de sistemas de pensamiento que fueran útiles para nuestras acciones prácticas.

Es posible también ofrecer otro tipo de respuesta. Podríamos preguntar si las respuestas brindadas por quienes practican el derecho a la pregunta teórica "qué es derecho" son relevantes para la práctica legal. En el caso de una respuesta positiva, tendríamos un *vínculo directo* entre la teoría del derecho y la práctica legal. El tema es controvertido, especialmente entre los teóricos del derecho. Incluso aunque podría ser plausible imaginar que el sentido común tiende a considerar el conocimiento teórico del derecho como muy relevante para la práctica legal, muchos filósofos del derecho han cuestionado, al menos parcialmente, tal punto de vista. Richard Posner, por ejemplo, ha producido varios artículos señalando los límites de la utilidad que las consideraciones teórico-legales pueden tener para los practicantes.[16] Por razones similares, Joseph Raz también ha enfatizado

---

la relación entre las relevancias teóricas y prácticas de la teoría del derecho.

14. Kelsen, Hans, *Teoria pura do direito*, Tradução de João Baptista Machado, San Pablo, Martins Fontes, 1999, p. 1.

15. Ver Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmatica jurídica*, Madrid, Centro di Estúdios Constitucionales, 1983; Ferraz Júnior, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4ta. ed., San Pablo, Atlas, 2003. Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2da. ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

16. Desarrollo tal argumento, así como presento una interpretación del giro pragmático de Richard Posner, en Macedo Junior, Ronaldo Porto, "Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo", en: Pádua Lima, Maria Lucia (org.). *Direito e economia: 30 anos de Brasil*, San Pablo, Saraiva, 2012b. pp. 260-281. v. 1. Ver también la bibliografía allí mencionada, especialmente Posner, Richard, "A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law", *Hofstra Law Review*, Hempstead (EE. UU.),

El imperio de Ronald Dworkin.indd 43 29/04/2019 16:57:08

que el interés de la teoría del derecho en la práctica jurídica sería evidente solo en un nivel básico y elemental.[17]

Ronald Dworkin y otros intentaron mostrar que la respuesta que damos a la pregunta "¿qué es derecho?" es crucial para nuestras prácticas jurídicascentrales. Para Dworkin, muchos de los desacuerdos que encontramos en las típicas prácticas argumentativas de los tribunales involucran lo que él llama *desacuerdos teóricos*, esto es, desacuerdos entre proposiciones jurídicas cuya verdad depende del significado atribuido al derecho. Este tipo de desacuerdo es importante tanto desde un punto de vista práctico como desde un punto de vista teórico "descriptivo".

¿Cuál es la estructura de los desacuerdos teóricos? ¿Cómo se expresan? ¿Cuál es su naturaleza? En primer lugar, es importante notar que los desacuerdos que encontramos en las prácticas legales se expresan a sí mismos por argumentos. El derecho es, por esta misma razón, esencialmente una práctica argumentativa. Cualquier decisión legal que ignore esta característica relevante de sus prácticas se estaría desviando significativamente de lo que socialmente concebimos y reconocemos como derecho. Los abogados, al defender a sus clientes, buscan presentar la mejor justificación para sus reclamos en el Poder Judicial. También los jueces, en sus esfuerzos argumentativos, actúan intencionalmente orientados para presentar la mejor interpretación legal y en esto reconocen *su obligación como jueces*.

Un ejemplo puede hacer más evidente la idea. Imaginemos un sistema de atribución de recompensas, sanciones y consecuencias coercitivas organizadas como un sorteo aleatorio. En este sistema de atribución, hay reglas, procedimientos y consecuencias a ser aplicados coercitivamente. Supongamos también que en un determinado sorteo X la conducta de *robar un banco* es escogida y el resultado aleatorio aplicado es "cumplir doce años de prisión". Todo resulta similar a nuestro sistema de justicia. En otro sorteo de este tipo, sin embargo, supongamos que la conducta de *ayudar a una anciana a cruzar la calle* es asociada con "cumplir cuatro años de prisión". O supongamos también que la conducta

v. 9, pp. 775-794, 1980-1981; Posner, Richard, "Against constitutional theory", *New York University Law Review*, Nueva York, v. 73, pp. 1-22, abr. 8a; Posner, Richard, "Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin", *Arizona State Law Journal*, Tempe (EE. UU.), v. 29, pp. 377-388, 1997; Posner, Richard, *Law, pragmatism and democracy*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 2005; Posner, Richard, "Pragmatic adjudication", *Cardozo Law Review*, Nueva York, v. 18, pp. 1-20, 1996-1997. Las críticas principales de Dworkin contra Posner en relación con su "giro pragmático" se encuentran en Dworkin, Ronald, "In praise of theory", en: Dworkin, Ronald, *Justice in robes*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 2006d. p. 49-74. Ver también Posner, Richard, 1998a; Posner, Richard, 1997; Dworkin, Ronald, "Darwin's new bulldog", en: Dworkin, Ronald, *Justice in robes*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 2006a. pp. 75-104; Posner, Richard, "The problematics of moral and legal theory", *Harvard Law Review*, Cambridge (EE. UU.), v. 111, pp. 1637-1716, 1998b.

17. Ver Raz, Joseph, "Two views of the nature of the theory of law: a partial comparison", *Legal Theory*, Oxford, v. 4, n. 3, pp. 249-282, 1998b; Shapiro, Scott, 2011, pp. 368 y siguientes.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 44 29/04/2019 16:57:08

de *evitar el pago de impuestos* es asociada al premio de cien mil dólares. La rareza que el ejemplo trae recae en el hecho de que el derecho no es meramente un sistema de reglas para la atribución de recompensas, sanciones y consecuencias coercitivas. El derecho es también un sistema que demanda que tales procedimientos estén justificados de acuerdo a un esquema plausible de justicia. Es este esquema el que está ausente en el ejemplo, lo que nos permite ver por qué no tendría sentido llamarlo un sistema jurídico. Un sistema jurídico no puede ser una lotería de sanciones y recompensas.

En segundo lugar, también es importante notar que esos desacuerdos se forman a través de *proposiciones jurídicas*, esto es, de declaraciones o reclamos sobre lo que el derecho otorga, permite o prohíbe.[18] Estas proposiciones jurídicas, como cualesquiera otras proposiciones, son *bipolares*, poseen un valor de verdad que puede ser verdadero o falso.[19] Las proposiciones son, como fuera dicho por Platón en *El Sofista,*[20] comparables a una flecha disparada por un arco. Puede acertar o errar al blanco. Esto es lo que constituye la bipolaridad. La proposición jurídica puede ser verdadera o falsa y, como la flecha, puede acertar o errar al blanco. ¿Cuáles son las condiciones que permiten que una proposición jurídica sea bipolar? ¿En cuáles condiciones podemos decir que una proposición que afirma un derecho es verdadera?

Tomemos un ejemplo. La proposición jurídica "es verdad que en Brasil los conductores no pueden ir más rápido de 300km/h porque la ley lo prohíbe" tiene un valor de verdad verdadero. Esto significa, desde un punto de vista lógico, que también podría ser falso. Sin embargo, es verdadero porque imaginamos que satisface las condiciones de verdad. Podemos imaginar, por ejemplo, que la existencia de una ley válida publicada en el Boletín Oficial que prohíbe a la gente manejar más rápido que 120 km/h en autopistas nacionales satisface la condición de verdad de la proposición. Dworkin llama a esta condición de verdad de las proposiciones jurídicas los *fundamentos del derecho*.[21]

18. Dworkin, Ronald, *Law's empire*, 1986, p. 4.

19. Santos, L. H. L. "A essência da proposição e a essência do mundo", en: Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus*, San Pablo, Edusp, 1993; Dworkin, Ronald, "On interpretation and objectivity", en: Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 1985c. pp. 167-180; Dworkin, Ronald, "Indeterminacy and law", en: Guest, Stephen; Freeman, Michael (orgs.) *Positivism today*, Dartmouth, Dartmouth, 1996a. pp. 1-11. (Issues in Law and Society Series).

20. Platão, "O sofista", en: Platão, *Diálogos*, San Pablo, Nova Cultural, 2000; Aristóteles, "De interpretatione", en: Agioni, L. (org.) *Ontologia e predicação em Aristóteles*, Tradução de L. Agioni, Campinas, Unicamp, 2000; Santos, L. H. L., "A harmonia esencial", en: Novaes, A. (org.). *A crise da razão*, -San Pablo, Companhia das Letras, 1996, pp. 437-456. Aristóteles, en *De interpretatione*, sostiene que "no toda frase es declarativa, sino solo aquella en que se pretende decir lo verdadero y lo falso". [N. del T.: en el original: "nem toda frase é declarativa, mas apenas aquela em que ocorre pretender dizer o verdadeiro e o falso"] Aristóteles, 2000, cap. 4, 16b 33.

21. Dworkin, Ronald, *Law's empire*, 1986, p. 4.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 45 29/04/2019 16:57:08

Dworkin también afirma que las proposiciones jurídicas pueden expresar desacuerdos de muchos tipos. Algunos desacuerdos pueden hacer referencia no a los fundamentos del derecho, sino cuestionar si las condiciones son satisfechas en un caso particular. Los *desacuerdos empíricos* son de tal tipo. Podemos, por ejemplo, acordar que si hay una ley que prohíbe a la gente manejar más rápido que 120 km/h en las autopistas, el acto de manejar a 300 km/h viola la ley. Sin embargo, no podríamos llegar a un acuerdo respecto de la existencia de esa ley. Alguien podría considerar que tal ley fue revocada o anulada. Podríamos también, en un caso particular, estar en desacuerdo sobre cuál era la velocidad a la que una persona estaba manejando. Estos desacuerdos empíricos son muy comunes en los tribunales y no presentan desafíos para la teoría del derecho. Los *desacuerdos teóricos*, sin embargo, representan un importante desafío para la teoría del derecho. Dos ejemplos diferentes que Dworkin usa en dos diferentes obras pueden ayudarnos a comprender las razones de esto.

2. Casos paradigmáticos de desacuerdo teórico

Scott Shapiro llama la atención sobre el hecho de que Dworkin, en el texto de *Law's Empire*, sustituye el ejemplo paradigmático utilizado para ilustrar su argumento acerca de las controversias teóricas.[22] Si en los artículos "Model of Rules I" y "Model of Rules II" él recurrió a un análisis del famoso caso *Elmer,*[23] en el cual la validez de un testamento hecho a favor de un nieto que asesinó a su propio abuelo fue discutida, en *Law's Empire* el caso *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill* (por ello referido como el *caso TVA*)[24] aborda el punto principal. Esto es así porque ilustra en un modo más claro el argumento de Dworkin acerca

22. Shapiro, Scott, "The Hart Dworkin debate: a short guide for the perplexed", University of Michigan Public Law, Working Paper n. 77, Feb. 2007b. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=968657>. Visitado en: 20 ago. 2012. Republicado en Hershovitz, Scott (Ed.) *Exploring "Law's empire": the jurisprudence of Ronald Dworkin*, Nueva York, Oxford University Press, 2006. Aunque Dworkin no abandona el caso Elmer en su argumentación (Dworkin, Ronald, *Law's empire*, 1986, pp. 15-20), es cierto que TVA v. Hill no podría recibir las mismas respuestas teóricas que los positivistas podrían dar en el caso Elmer, refutando así la interpretación de Dworkin. En este sentido, TVA v. Hill es más difícil de refutar y expone con gran claridad la fuerza del argumento de Dworkin.

23. También conocido como el caso Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 1889, citado en Dworkin, Ronald, "Is there really no right answer in hard cases?", University of New York Law Review, Nueva York, v. 53, p. 1-32, 1978, p. 23, y también en Dworkin, Ronald, *Law's empire*, 1986, p. 13, y en Macedo Junior, Ronaldo Porto, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direitocontemporânea*, 2013a, p. 188 y siguientes.

24. 103 Tennessee Valley Authority v. Hill, 437 US 153 1978.32, citado por Dworkin en Dworkin, Ronald, *Law's empire*, 1986, p. 20-23.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 46 29/04/2019 16:57:08

de la relevancia práctica de los desacuerdos teóricos, y con ello de la teoría del derecho en sí misma.

El caso es bien conocido e involucra una demanda presentada para detener la construcción de una represa en Tennessee, ya que pondría en peligro la supervivencia de una especie de pez (llamado *pez flechero*) protegido por la *Endangered Species Act* de 1973. Luego de numerosas batallas judiciales, el caso fue llevado a la Corte Suprema de Estados Unidos y suscitó discrepancias entre los argumentos jurídicos sostenidos por dos de sus más notorios miembros.

De un lado, el juez Burger, al expresar su voto, admitió que la ley que protegía al animal era válida, ponderó que la interrupción de la construcción causaría una pérdida de alrededor de 100 millones de dólares y concluyó que su *obligación como juez* era aplicar la ley y garantizar la efectividad de las leyes *válidas*, suspendiendo así la construcción. Del otro lado, el juez Powell disintió, aunque estuvo de acuerdo con la evidencia empírica y el concepto de validez jurídica de Burger. También estuvo de acuerdo con Burger al aceptar que la obligación de un juez es la aplicación de la ley (y no su invención), pero defendió una *concepción* distinta del derecho (de la legalidad). Para Powell, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como la argumentación, en un cierto sentido moral, que ellos invocaban debían también ser reconocidos como fundamentos del derecho. Teniendo esto en cuenta, argumentó a favor de la continuidad de la construcción de la represa.

En *Justice in Robes* (2006), Dworkin presenta un nuevo ejemplo para una vez más enfatizar la naturaleza y relevancia de los desacuerdos teóricos.[25] En este caso imaginario, la Sra. Sorensen es víctima de efectos colaterales causados por una droga para el corazón (llamada *Inventum*) cuyos negligentes productores no habían descubierto antes de colocar la droga en el mercado. Ella presentó una demanda reclamando compensación contra todos los productores que vendieron Inventum durante el tiempo que la consumió, ya que no tenía forma de probar de cuáles de ellos la había comprado. Su alegato apuntó a cargar contra los productores en la misma proporción de su participación en la cuota de mercado.

Los abogados de los demandados respondieron, alegando que la actora no podía probar la responsabilidad individual de cada compañía, razón por la cual no tenía derecho a ninguna compensación. Para Dworkin, "ambas partes hacen afirmaciones acerca de lo que el derecho es, no de lo que debería ser. Ninguna

25. El caso es descrito en dos artículos en *Justice in robes*: Dworkin, Ronald, "Law and morals", en: Dworkin, Ronald, *Justice in robes*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 2006f. p. 7-9; Dworkin, Ronald, "Hart's postscript and the character of political philosophy", en: Dworkin, Ronald, *Justice in robes*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 2006c. pp. 140-186, pp. 143-145. Dworkin nota que casos reales de derecho norteamericano involucran este tipo de cuestiones relativas a la responsabilidad en función de las cuotas de mercado; por ejemplo, el caso Sindell v. Abbott Labs. 607 P2d, 924, 935-38 1980, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, y los casos allí mencionados.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 47 29/04/2019 16:57:08

sugieretampoco que los jueces que atienden el caso ignoren el derecho y decidan en su favor basados en que eso es lo que la justicia requiere".[26] De esta forma concluye: "[s]i nosotros mismos queremos tener una visión respecto de cuál de las afirmaciones de las partes es correcta (si es que alguna lo es), debemos decidir efectivamente qué es el derecho en la jurisdicción de la Sra. Sorensen".[27] Esto resalta la naturaleza teórica de este desacuerdo.

Incluso si pudiéramos afirmar que la doctrina jurídica tiene una respuesta a tal cuestión, aun encontraríamos distintas teorías acerca de qué es el derecho. Algunas de ellas podrían sostener que el derecho corresponde a lo que los tribunales han decidido en el pasado, privilegiando así la interpretación más tradicional, a favor de los productores del *Inventum*. Otros podrían apelar a la mejor formulación del principio de responsabilidad civil, aunque tal vez no explícita, totalmente reconocida o bien formalizada y teorizada por los tribunales. En este caso, el conflicto no se trataría solo acerca de teorías rivales sobre los fundamentos del derecho, sino también sobre la *mejor manera de identificar tales fundamentos*, lo que involucra una disputa metodológica.

Si aceptáramos el argumento de que los fundamentos del derecho son *exclusivamente* sociales, tal y como los convencionalistas como Hart afirman, entonces estaríamos obligados a concluir que el reclamo de la Sra. Sorensen debería ser rechazado. Después de todo, como señala Dworkin, para Hart "la existencia y el contenido del derecho pueden ser identificados por referencia a las fuentes sociales del derecho (por ejemplo, la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales) sin referencia a la moralidad excepto allí donde el mismo derecho así identificado ha incorporado criterios morales para su identificación".[28]

Del otro lado, si aceptamos la idea de que, junto con los fundamentos sociales, también la mejor interpretación del principio moral de responsabilidad (con su posible valor de verdad dependiente de la existencia de la *mejor justificación* como su fundamento) debería ser considerada un fundamento del derecho, podríamos ser llevados a la conclusión de que la Sra. Sorensen tiene derecho a una compensación en la forma en que ella la reclama. Por esta razón, el juez que no decidió en su favor estaría cometiendo un *error jurídico*. Para comprender el ejemplo, no es importante saber si ella tenía razón o no, sino solo señalar la circunstancia y condición del significado de la proposición jurídica que afirma ser verdadero que ella tiene un derecho a la compensación. Estos ejemplos son útiles porque relevan

26. Dworkin, Ronald, *Justice in robes*, Cambridge (EE. UU.), Harvard University Press, 2006e, p. 8. [N. del T.: en el original: "Both sides make claims about what this law is, not what it ought to be. Neither proposes that the judges who hear the case ignore the law and rule in their favor on the grimed that that is what justice requires"].

27. Dworkin, Ronald, *Justice in robes*, 2006e, p. 8. [N. del T.: en el original: "If we ourselves are to have a view about which side's claims (if either side's) are right, we must ourselves decide what the law in Mrs. Sorenson's jurisdiction actually is"].

28. Dworkin, Ronald, *Hart's postscript and the character of political philosophy*, 2006c, p. 144.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 48 29/04/2019 16:57:08

en un modo claro el tipo de argumento que subyace al *desafío dworkiniano*. Es importante notar que buenos ejemplos como esos pueden ser encontrados en todas las jurisdicciones modernas, incluido Brasil.[29]

Un caso de gran repercusión en Brasil que puede ser visto como un ejemplo similar a TVA es la sentencia del *Habeas Corpus* 82424-2, también conocido como el *caso Ellwanger*, resuelto por el Supremo Tribunal Federal de Brasil. En este caso, para ponerlo brevemente, se discutió si la publicación, por parte del Sr. Ellwanger, de libros antisemitas que violaban la ley de crímenes raciales sería condición suficiente para su condena, teniendo en cuenta el principio constitucional de libertad de expresión. Para la mayoría del tribunal, prevaleció el argumento basado en la tesis de que el referido principio podía ser restringido por la legislación penal. Algunos jueces aplicaron el principio de proporcionalidad para calificar el significado que debería ser otorgado al principio de libertad de expresión y arribaron a conclusiones divergentes. Así, por ejemplo, el juez Marco Aurelio afirmó: "así como protegemos el derecho individual a expresar ideas libremente, incluso cuando parezcan absurdas o radicales, también es defendida la libertad de cualquier otro para manifestar su opinión, incluso cuando fuera indignante para el pensamiento oficial o el mayoritario".[30] De otro lado, el juez Gilmar Mendes Ferreira argumentó: "la libertad de expresión no se configura como absoluta en nuestro texto Constitucional",[31] porque hay reservas, por ejemplo, relativas a la libertad de información, que deberían ser usadas en una forma compatible con el derecho a la imagen, al honor y a la vida privada (Constitución de Brasil, artículo 5, X). En este argumento, Mendes sostuvo que el significado mismo del principio moral debería ser interpretado teniendo en cuenta su conexión con una más amplia red de valores y principios: "del mismo modo, no es posible dar primacía a la libertad de expresión, en el contexto de una sociedad pluralista, frente a otros valores como la igualdad y la dignidad humana. Por ello el texto constitucional de 1988 ha erigido, de una forma clara e inequívoca, al racismo como un crimen imprescriptible e inafianzable" (Constitución de Brasil, artículo 5, XLII), además de haber determinado que la ley establecerá otras formas de represión de las manifestaciones discriminatorias (Constitución de Brasil, artículo 5, XLI)".[32]

29. Ver Lafer, Celso, "O caso Ellwanger: anti-semitismo como prática de racismo", en: Lafer, Celso, *A internacionalização dos direitos humanos*, San Pablo, Manole, 2005. pp. 33-122.

30. En el original: "à medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário".

31. En el original: "a liberdade de expressão não se afigura absoluta no nosso texto constitucional".

32. En el original: "Da mesma forma, não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de

El imperio de Ronald Dworkin.indd 49 29/04/2019 16:57:09

Aun, por otro lado, otras argumentaciones insistieron en la tesis de las fuentes sociales, sosteniendo que los fundamentos del derecho que regirían el correcto significado de la decisión deberían ser la legislación válida (la ley penal) y los principios postulados por el orden constitucional convencionalmente entendido.

Casos similares al de la Sra. Sorensen también han sido presentados ante el Poder Judicial brasileño involucrando la responsabilidad en función de la cuota de mercado, por ejemplo, en la industria tabacalera y de cadenas de comida rápida en relación, respectivamente, con enfermedades pulmonares y obesidad.[33] Lo que realmente importa, sin embargo, no es resaltar las semejanzas con la cuestión discutida, sino la naturaleza teórica de los desacuerdos involucrados. Además, la cuestión teórica que ellos, como casos ejemplares, presentan con especial claridad y distinción se encuentra presente con enorme frecuencia en incontables casos controversiales en nuestros tribunales. Lo que puede pasar, no obstante, en este vasto despliegue de casos, es que el punto que he estado resaltando (los desacuerdos teóricos) puede estar encubierto o mal sistematizado.

3. Un esquema conceptual provisorio

Estos son ejemplos paradigmáticos de desacuerdos teóricos. Lo que está siendo discutido en ellos es el concepto mismo de derecho que debería servir como condición de verdad para la proposición jurídica. Lo que está en discusión es la respuesta que fue dada a la pregunta "¿qué es el derecho?" y es la teoría del derecho quien la responde. Por medio de estos ejemplos es posible visualizar un significado, entre otros, por el cual la teoría del derecho posee, al menos a primera vista, una relevancia práctica, incluso cuando los jueces no tienen la conciencia filosófica de ello. ¿Es realmente así? Hagamos una abstracción más en este punto.

La crítica de Dworkin al convencionalismo depende de muchas categorías que fueron desarrolladas en la filosofía de la lógica y del lenguaje contemporáneas. Basta con pensar en su análisis del funcionamiento del lenguaje moral, el

ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI)".

33. La misma tesis que vemos en el ejemplo imaginario de Dworkin puede ser hallada en la *Ação Civil Pública* (Acción Civil Pública) 583.00.2007.206840-1, presentada por el fiscal João Lopes Guimarães Jr., en el año 2007, en San Pablo. En esta demanda, se discute la responsabilidad global y proporcional de las industrias tabacaleras Phillip Morris y Souza Cruz, de conformidad con sus respectivas cuotas de mercado, por los daños causados a consumidores y al Estado, debido a las pérdidas sufridas por el *Sistema Único de Saúde* (Sistema Público de Salud) en razón de gastos derivados de pacientes cuyo problema de salud fue causado o agravado por el consumo de tabaco.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 50 29/04/2019 16:57:09

concepto de bipolaridad, la crítica al representacionismo,[34] la concepción verificacionista del conocimiento (admitida por una parte del positivismo lógico), así como también en la idea de un análisis de la gramática lógica del lenguaje, tema que es presupuesto en todas las filosofías del lenguaje y que fue llevado pioneramente al centro de la filosofía jurídicapor Hart. Antes de analizar con más detalle el significado de tales categorías para la teoría del derecho, me parece un buen momento para presentar un esquema conceptual provisorio que ayudará al lector a comprender los argumentos centrales de este trabajo.

Muchos teóricos comparan el derecho con un sistema de reglas convencionales para la coordinación de la vida social, tal como la lengua que usamos para comunicarnos entre nosotros. La lengua portuguesa se constituyó por prácticas sociales que fijaron ciertas palabras y reglas para designar objetos, ideas y deseos. Lo que constituye las reglas de unalengua, entonces, es el grupo de reglas convencionales que informan cuáles son los usos adecuados del discurso "en ese idioma".

La gramática de la lengua portuguesa establece las reglas que determinan la forma correcta de hablar portugués. Así, podemos decir que, en la proposición "es verdad que, de acuerdo con el idioma portugués, no está autorizado decir 'Yo *vamos* a estudiar derecho mañana'", la condición de verdad viene dada por la regla social, una convención lingüística que fija la regla que permite la evaluación de la oración como incorrecta. Es interesante notar que no es necesario consentir o concordar con esa regla para, *de una perspectiva externa*, reconocer que la expresión es incorrecta, de acuerdo con el idioma portugués. Es suficiente saber que es incorrecto, es suficiente el conocimiento de las convenciones del idioma portugués.

La comparación del derecho con convenciones que definen una lengua permite a algunos teóricos afirmar que las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas funcionan de un modo similar a las proposiciones del lenguaje. Lo que permitiría decir cuál es el valor de verdad de una proposición jurídica sería la existencia de una *fuente social*, una convención, como su fundamento. En el caso del derecho, una *regla de reconocimiento* funcionaría como el criterio que permitiría reconocer qué es una *regla jurídica*. En este sentido, podríamos sostener que conducir a 300 km/h viola la ley brasileña porque existe una regla válida basada, en última instancia, en una *regla de reconocimiento* convencional. Esta regla sería el criterio para comprobar la verdad de una proposición.

Esta estrategia explicativa permitiría también decir que, al afirmar que no existe en Brasil un derecho a conducir a 300 km/h, estoy formulando una proposición cuya condición de verdad depende exclusivamente de la existencia de un *estado de cosas* (*Sachverhalt*) en el mundo, esto es, de una convención social fundadora. Mi juicio proposicional puede, entonces, ser neutral y puramente descriptivo. El

34. Sobre la idea de verdad como correspondencia y el rol del lenguaje, ver Hacking, Ian, *Por que a linguagem interessa à filosofia*, San Pablo, Edunesp, 1999.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 51 29/04/2019 16:57:09

mismo razonamiento me permitiría decir que lo que hace incorrecto decir "Yo *vamos* a estudiar derecho" es la existencia de otro estado de cosas en el mundo, una convención del idioma portugués. Dworkin llama a este tipo de concepción de condición de verdad invocada en estos ejemplos *concepción puramente fáctica.*[35]

Una variación de esta concepción de convención social puede ser pensada a través del ejemplo del ajedrez, también muy utilizado por los teóricos del derecho.[36] Podríamos imaginar que el ajedrez no es una convención que emerge directamente para resolver problemas de coordinación y cooperación en una sociedad determinada, sino simplemente como una *convención constitutiva* que constituye una práctica que no existía previamente.

Podríamos también imaginar que lo que hace verdadera a la proposición "en ajedrez no podemos mover el caballo en diagonal" es el hecho de que existe una convención que constituyó al ajedrez y fijó las reglas que no permiten realizar tal movimiento. En este caso, una vez más, podríamos decir que no necesitamos aprobar o estar de acuerdo con las reglas del ajedrez para saber cuáles son los movimientos correctos y autorizados en el juego.

Aparentemente este modelo presenta un gran potencial explicativo y nos permite mantenernos dentro de una tradición epistemológica bien definida que sostiene que una ciencia descriptiva del derecho no necesita ni debería ser *evaluativa en un sentido moral*. Esto es, para hacer una teoría descriptiva del derecho no hay necesidad de evaluar al derecho moralmente.[37] De una forma análoga, para describir al idioma portugués no es necesario juzgarlo bello o feo.

Pensemos en un nuevo ejemplo. Dos juristas brasileños pueden estar en desacuerdo sobre el valor de verdad de la siguiente proposición: "*la gente homosexual tiene un derecho* al matrimonio de acuerdo con la ley brasileña". Algunos podrían sostener que es falso, porque el matrimonio es, por convención, una relación *more uxorio* entre personas de diferente sexo. Para mantener esa posición, sería suficiente observar las prácticas previas de identificación de qué es el matrimonio para concluir que es una institución heterosexual. Sin embargo, si fuera el significado de matrimonio lo que estuviera en disputa en los tribunales de diversas jurisdicciones internacionales hoy en día, sería difícil incluso comprender cómo tal disputa sería posible o inteligible. Después de todo, el objeto mismo del desacuerdo refiere al concepto de matrimonio. El concepto es el centro del desacuerdo precisamente por su carácter valorativo y no puramente convencional.

35. Dworkin, Ronald, *Law's empire*, 1986, pp. 6-11.

36. Macedo Junior, Ronaldo Porto, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, 2013a, p. 328, pp. 91 y siguientes.

37. Un balance del debate contemporáneo relacionado con esta cuestión es presentado por Dickson, Julie, *Evaluation and legal theory*, Oxford, Hart, 2001, p. 104. Dickson llama directamente evaluativo a lo que yo he llamado aquí evaluativo en un sentido moral. Examiné en detalle la cuestión en Macedo Junior, Ronaldo Porto, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, 2013a, pp. 130 y siguientes.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 52 29/04/2019 16:57:09

En la esfera de las disputas legales, el concepto de matrimonio es un *concepto interpretativo*, no convencional.

Podríamos imaginar que, como ocurrió en los casos TVA y Sorensen mencionados anteriormente, el desacuerdo entre aquellos que sostienen que los homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio es también teórico. Esto es así porque uno de ellos puede entender que el fundamento del derecho es fijado por *convenciones sociales*, sean como aquellas del idioma portugués, o sean como aquellas del ajedrez, mientras que otra persona puede entender que el fundamento del derecho depende de su *corrección moral*. ¿Qué tipo de desacuerdo tenemos en el segundo caso?

El desacuerdo sería ciertamente teórico, en la medida que involucra una disputa sobre los fundamentos del derecho y confrontaría diferentes teorías sobre qué es el derecho. Sería también una disputa entre *dos tipos de teorías*. Una de ellas tendría como condición de verdad para sus proposiciones la existencia de un cierto *estado de cosas* en el mundo (convencionalistas), mientras que la otra teoría dependería de una *teoría de la corrección moral*. ¿Mas no podría también la corrección moral ser entendida de acuerdo con los patrones convencionalistas? En teoría, eso podría ocurrir.[38] Pero ¿sería necesario que lo fuera? Y, más que eso, ¿es esta posible comprensión convencionalista de la corrección moral el caso predominante en los desacuerdos jurídicos teóricos cotidianos en los tribunales?

Imaginemos ahora un "ajedrez argumentativo", cuyas reglas fueran levemente diferentes de aquellas del ajedrez practicado por los jugadores de ajedrez en campeonatos oficiales y regulados por la Federación Internacional de Ajedrez (*Fédération Internationale des Échecs – FIDE*). Las particularidades de esta modalidad de juego son algo familiar para nosotros especialmente en contextos domésticos. Las reglas básicas de este "ajedrez argumentativo" son muy similares a las del ajedrez jugado en campeonatos. Está el tablero cuadrado, las piezas que se mueven de la misma manera, etc.[39] En el "ajedrez argumentativo", una

38. En este caso, podríamos imaginar una teoría historicista o una teoría que comprende el patrón de lo que es moralmente correcto como dependiente de lo que es aceptado como relevante en un período específico o adoptado por la "comunidad de intérpretes" (para usar la expresión de Santley Fish) como correcto, en el mismo modo en que adoptamos nuestros criterios del uso correcto del idioma portugués.

39. No importa aquí saber si aún sería un juego de ajedrez. Seguramente, no obstante que el juego guardaría muchas semejanzas con el ajedrez oficial (FIDE), diferiría en este carácter argumentativo. Hart se pregunta si un barco con alas sería aún un barco y nota: "Algumas vezes, a diferença entre o caso-padrão nítido ou paradigma, relativamente ao uso de uma expressão, e os casos discutíveis é apenas uma questão de grau. Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valesse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático. Por vezes, o desvio do caso-padrão não é uma simples questão de grau, mas surge quando o caso-padrão é de facto um complexo de elementos normalmente concomitantes mas distintos, algum ou alguns dos quais podem faltar nos casos abertos a

El imperio de Ronald Dworkin.indd 53 29/04/2019 16:57:09

diferencia es relevante: la determinación del significado de las reglas depende de las prácticas argumentativas desarrolladas por los jugadores y sus simpatizantes. Además de ello, las reglas de este juego deberían apuntar a lograr el propósito central de garantizar un "juego justo". Imaginemos un adolescente de 17 años con un alto nivel de pericia en el ajedrez jugando contra un niño de 10 años con menos experiencia en esta extraordinaria modalidad de "ajedrez". Los jugadores deciden jugar una serie de veinte partidas bajo los entusiastas y participativos ojos de sus familias, amigos y simpatizantes. En este juego se establece también que, tomando en consideración la diferencia de edad y habilidades entre los jugadores, alguna suerte de "compensación" en las reglas debe ser propuesta para garantizar una *partida justa*.

Podríamos imaginar que en las primeras partidas el adolescente comienza a jugar en desventaja, sin sus torres y un alfil, para proporcionar un *equilibrio lúdico* en la actividad. Imaginemos también que el juego se desarrolla sin grandes contratiempos hasta el final de la quinta partida, que termina con la cuarta victoria consecutiva del niño pequeño. En este momento, un primer desacuerdo surge entre jugadores y simpatizantes, un desacuerdo acerca de las reglas que deben regular la continuidad del juego. Los simpatizantes del adolescente insisten en que el respeto de las reglas del juego demanda un cambio en el criterio de la compensación que fuera utilizado hasta ese punto, atenuando la ventaja contra él, de una forma que se respete el principio general del equilibrio lúdico que guió el inicio de la partida. Ellos *argumentan* que la regla de ese juego de ajedrez requiere que la ventaja sea reducida a medida que la habilidad del jugador más joven aumenta. Afirman que este es el mejor modo de entender la regla que regula ese tipo de juego.

---

disputa. Um barco voador é um 'navio'? Ainda se trata de xadrez, se o jogo é disputado sem rainhas? Tais perguntas podem ser instrutivas, porque nos obrigam a reflectir sobre a nossa concepção da composição do caso-padrão e a torná-la explícita". Hart, H.L.A., *O conceito de direito*, 3era. ed. traducida por A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1994a, pp. 8-9. [N. del T.: "A veces la diferencia entre el caso típico claro, o paradigma, del uso de una expresión, y los casos discutibles, es solo una cuestión de grado. Un hombre con un cráneo reluciente es claramente calvo; otro que tiene un hirsuta melena, claramente no lo es; pero la cuestión de si es calvo un tercer hombre que tiene una mata de cabellos aquí y otra allá podría ser discutida interminablemente, si se la considerara importante, o si dependiera de ella alguna decisión práctica. A veces la desviación respecto del caso típico no es una mera cuestión de grado, sino que surge cuando el caso típico es de hecho un complejo de elementos normalmente concomitantes pero distintos, alguno o algunos de los cuales pueden faltar en los casos debatibles. ¿Es un bote volador un "buque"? ¿Podemos seguir hablando de "ajedrez" si decidimos jugar sin la reina"? Tales cuestiones pueden ser instructivas porque nos obligan a reflexionar, haciéndola explícita, sobre nuestra concepción de la composición del caso típico", Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 3era. ed., Traducción de Genaro Carrió: Abeledo Perrot, 2009, p. 5]. En el ejemplo aquí discutido, seguramente el ajedrez argumentativo seguiría una gramática diferente de aquella del ajedrez de la FIDE. De manera similar, Hart hace su análisis comparativo entre el "juego del arbitrio del tanteador" y un "juego normal". Hart, H.L.A., *O conceito de direito*, 1994a, pp. 153-156.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 54 29/04/2019 16:57:09

En este ajedrez argumentativo, los simpatizantes del joven niño no se quedan callados; ellos argumentan que la correcta comprensión de las reglas del juego requiere que las compensaciones sean mantenidas por más tiempo y que las sucesivas victorias del niño sean resultado de su especial talento como jugador y no debido a una "excesiva" compensación que lo favorecería. Para unos el equilibrio debería tener en consideración el criterio de *igualdad* en la experiencia de juego, mientras que para otros lo que debe ser considerado es el equilibrio concreto en los resultados obtenidos por los jugadores. De un lado, está la afirmación de que la prueba del equilibrio viene dada por el número de victorias, del otro lado, está la afirmación de que las habilidades ajedrecísticas del niño más joven no deberían ser anuladas, de modo tal que se asegurara la igualdad en los resultados, porque eso ofendería el principio lúdico básico de que "debería ganar el mejor".

Imaginemos que los argumentos se sofisticaran y las justificaciones basadas en prácticas competitivas compartidas por esa familia fueran recuperadas e interpretadas. Supongamos que ambas partes acuerdan que la regla de la partida de ajedrez debe ser *justa*, estando en desacuerdo solamente respecto de la concepción que mejor representa la "justicia". ¿Qué podría hacer *verdadero* el argumento sostenido por el adolescente y sus simpatizantes acerca de que la remoción de sus tres piezas viola las reglas del *ajedrez argumentativo*?

Es cierto que podríamos entender que todo esto no es más que un juego en el cual la práctica misma de discutir sería entendida como una mera retórica lúdica. Pero esto estaría modificando el ejemplo en una de sus características esenciales. En él debemos presumir que el desacuerdo es genuino y que los jugadores y sus simpatizantes pueden entender el significado de lo que sus oponentes dicen sin, no obstante, estar de acuerdo con ellos. ¿Cuál podría ser el significado de una argumentación que apela a la *justicia* como la base para la normatividad de un juego?

Es importante hacer aquí una observación acerca del significado del *lenguaje moral*.[40] Cuando usamos el lenguaje moral, podríamos estar diciendo cosas distintas. Podemos ser solo enfáticos, podemos estar haciendo referencia a una moralidad convencional o podemos estar haciendo un uso normativo-prescriptivo del lenguaje moral. Pensemos en algunos ejemplos banales.

Imaginemos que alguien se jacta de ser un gran experto del café y dice a su amigo que acaba de echarle azúcar al expreso: "¡es absolutamente erróneo e inaceptable echar azúcar a un café!". En situaciones normales entenderíamos esta afirmación como una expresión de *énfasis* en la exhibición del gusto personal de disfrutar el café puro. A pesar de las apariencias morales de la expresión, debería ser entendida como una mera manifestación de preferencias personales. Si el autor

40. En lo que sigue, utilizo el concepto de lenguaje moral presentado por R.M. Hare, aunque no necesariamente adopto sus conclusiones acerca de cuál es su gramática. Hare, R.M., *The language of morals*, Oxford, (EE. UU.), Oxford University Press, 1991.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 55 29/04/2019 16:57:09

insistiere, sin intenciones irónicas, que es en efecto objetivamente equivocado y moralmente inaceptable beber café con azúcar, empezaríamos a cuestionar su salud mental. Esto es así porque no imaginamos objetividad (o al menos el mismo tipo de objetividad) en la preferencia de un sabor para beber café.

También hay otra posibilidad. El autor de la expresión podría referirse a un criterio convencionalmente adoptado entre los "*gourmets* del café" acerca del mejor modo de consumirlo. En este caso, las condiciones de verdad de su expresión harían referencia a un *hecho convencional en el mundo*, esto es, a un determinado acuerdo entre los especialistas acerca del mejor modo de beber café. Esta comunidad de intérpretes del café fijaría un modo correcto de consumirlo.[41] Situaciones muy similares son comunes en las comunidades de enólogos que acostumbran establecer numerosos criterios convencionales para definir la calidad de un determinado vino. Un ejemplo de eso es el famoso *ranking* de vinos desarrollado por el famoso enólogo Robert Parker, que hoy seduce a seguidores alrededor del mundo.[42] Podríamos tal vez imaginar que para un determinado grupo el valor del vino puede asumir una dimensión sagrada y religiosa. Esto es ciertamente posible, aunque improbable, pero también alteraría *esencialmente* el ejemplo que estoy analizando.

Imaginemos ahora que una persona dice a otra: "¡la práctica de la esclavitud es inapropiada!". ¿Cómo podemos interpretar esta proposición? Una primera posibilidad, tal vez la más improbable en el uso común, sería que la persona está, al igual que en la observación acerca del café con azúcar, expresando una preferencia. Ella estaba siendo enfática al decir que "no le gusta la esclavitud", así como "tampoco le gusta el café con azúcar". Esto es ciertamente posible.

Otra posibilidad sería que esta persona estuviera haciendo referencia al hecho de que la esclavitud es considerada inapropiada por la *moral convencional* predominante en el país y el tiempo en el que ella vive. En este caso, para que la proposición sea verdadera, es suficiente con que exista este *hecho convencional* en el mundo en el que ha sido pronunciada. Es importante notar que, si tal criterio de verdad para la proposición fuera aceptado, también sería posible sostener que la proposición no es verdadera en un contexto en el cual la moralidad convencional no considera a la esclavitud inmoral e inapropiada. En este sentido, uno podría afirmar que la esclavitud es inapropiada e inaceptable hoy, pero era correcta y aceptable y acorde con el criterio de corrección moral prevaleciente en la Antigua Roma.

También hay una tercera alternativa, de acuerdo con la cual el significado de la proposición no tendría su valor de verdad garantizado por la existencia de una

41. El argumento que presento aquí en forma simple es expuesto por Fish, Stanley, "Working on the chain gang: interpretation in the law and in litterary criticism", en: Mitchell, W.J. Thomas (ed.) *The politics of interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, 1983, pp. 271-286.
42. Ver la publicación de Wine Advocate. Disponible en: <https://www.erobertparker.com/entrance.aspx>. Visitada en: 28 ago. 2013.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 56 29/04/2019 16:57:09

convención, sino por estar *justificada por las mejores razones*. Aquí, la proposición tendría la pretensión de ser verdadera incluso estando en desacuerdo con la moralidad convencional. En este caso, la proposición intentaría afirmar que la esclavitud era inapropiada e inaceptable incluso en la Antigua Roma, a pesar de la aprobación por parte de la moralidad convencional. Este modo de uso del lenguaje moral posee un manifiesto carácter normativo-prescriptivo. Requiere, como una condición de significado e inteligibilidad, de que seamos capaces de compartir razones que pudieran convertirla en verdadera.[43] Para que tenga sentido no es necesario que estemos de acuerdo con ella. Sin embargo, es necesario que seamos capaces de compartir los criterios que generan su valor de verdad.

Explicar el significado presupone comprender las condiciones de verdad de las prácticas discursivas que las caracterizan y constituyen. Después de todo, para describir qué se intenta decir con "la esclavitud es inapropiada" ¿no es necesario señalar cuáles son las condiciones del significado de la proposición? ¿Qué le otorgaría significado para que no fuera interpretada como un mero sinsentido, una proposición hecha por el Sombrerero Loco de *Alicia en el país de las Maravillas*? Si quiero entender qué significan, necesito describir sus condiciones de verdad (y su sentido), ya que intentan afirmar una verdad.

Este tipo de expresión del lenguaje moral requiere que no nos ubiquemos a nosotros mismos completamente fuera de (y externamente a) sus criterios de significado y verdad. Para entender lo que alguien quiere significar cuando dice que la esclavitud es inapropiada, en este sentido normativo, es necesario que esté dentro del *juego de lenguaje* y del mundo en el cual esto es dicho.

Si retomamos el ejemplo imaginario del *ajedrez argumentativo*, podemos preguntarnos si es posible describir el significado de las prácticas de los agentes desde un punto de vista completamente externo. Tal vez es posible explicar la *acción de mover las piezas* desde un punto de vista externo, sociológico, siempre y cuando también fuera tomado en cuenta el significado interno del agente que sigue las reglas del juego. Siempre y cuando sus acciones sean entendidas como teniendo en cuenta las reglas del juego de ajedrez. Sin embargo, ¿es posible asumir un punto de vista externo similar al describir el significado de las prácticas argumentativas en disputa? Pero en este caso, ¿no son ellas asimismo constitutivas del juego? Cuando imaginamos que los agentes están utilizando argumentos cuyo significado es normativo-prescriptivo –así como cuando invocan conceptos de justicia, igualdad y "juego justo"– solo podemos describirlos si somos capaces al mismo tiempo de expresar sus condiciones de significado y verdad. No es posible describir este ajedrez argumentativo sin adoptar una posición que es de alguna manera interna al juego en sí mismo. Esto es, no es posible para nosotros

43. Dworkin, Ronald, *Law's empire*, 1986, p. 83. "Las prácticas relativas a la interpretación y la moralidad le dan a estas afirmaciones todo el significado que necesitan o podrían tener" [N. del T.: en el original: "The practices of interpretation and morality give theseclaims all the meaning they need or could have"].

El imperio de Ronald Dworkin.indd 57 29/04/2019 16:57:09

situarnos por fuera de las condiciones mismas de significado de los argumentos y justificaciones que involucra y describe. Incluso cuando no estamos jugando directamente el juego, tenemos que compartir un mundo (*forma de vida*), un conjunto de prácticas, como condiciones para entender el juego. No podemos ser externos a él si queremos entenderlo.

¿Es el lenguaje de la argumentación jurídica similar en sus condiciones de verdad y significado, al significado normativo-prescriptivo aquí presentado? ¿Es posible explicar las prácticas argumentativas a través de criterios convencionales de significado y verdad? ¿Es el derecho similar a un idioma, a un juego de ajedrez (regulado por la FIDE) o a un "ajedrez argumentativo"? El lector puede haberse dado cuenta a esta altura que mis convicciones son críticas con las respuestas a estas preguntas ofrecidas por el convencionalismo jurídico.

Intento mostrar cómo el convencionalismo jurídico se presenta a sí mismo como una importante faceta del pensamiento jurídico contemporáneo. Su relevancia viene dada tanto por su potencial explicativo como por las consecuencias que genera en las prácticas legales, no solo de los abogados que aprecian la filosofía, sino de todos ellos, en tanto comparten muchas presuposiciones del convencionalismo incluso cuando no son conscientes de ello.

Desde mi punto de vista, el desafío dworkiniano no ha sido convincentemente resuelto por las respuestas ofrecidas por los convencionalistas. Por supuesto, se requiere un análisis más profundo para justificar esta conclusión. Algunas versiones sofisticadas del convencionalismo jurídico intentaron responder al desafío dworkiniano. Andrei Marmor, Jules Coleman, Scott Shapiro, entre otros, pusieron mucha energía y talento intelectual para superar estas difíciles cuestiones teóricas. Mi intención aquí fue solamente ofrecer un breve e incompleto resumen de muchas preguntas y desafíos metodológicos que deberían ser enfrentados por aquellos que decidieran replicar a las críticas de Dworkin. A pesar de sus posibles éxitos, es claro que el desafío lanzado por este gran autor impuso una nueva agenda al debate jurídico contemporáneo. La grandeza de un autor no es exclusivamente medida por la corrección de sus ideas acerca de ciertos problemas, sino también por su capacidad de ayudarnos a darnos cuenta de la existencia de nuevas preguntas y problemas. El impacto de Dworkin en la teoría del derecho contemporánea es ilustrativo de ambas.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 58 29/04/2019 16:57:09

Reformulación de la pretensión de corrección desde la tesis de la respuesta correcta*

*Laura Clérico** y Martín Aldao****

1. Introducción

Tanto Dworkin como Alexy comparten lo que podríamos llamar un enfoque fenomenológico del derecho. En otras palabras, la voluntad de traer la teoría jurídica de vuelta hacia el mundo real desde la esfera abstracta construida por el positivismo,[1] orientando su ámbito de aplicación a la práctica jurídica real, pero al mismo tiempo tratando de mantener la consistencia con las afirmaciones teóricas fundamentales.[2] De esta manera ambos, desde diferentes caminos, llegaron a la encrucijada entre la moral y el derecho, al margen de la autopista del positivismo. Ambos, sin embargo, tomaron distintas direcciones, Alexy hacia la puesta en funcionamiento de la forma de resolver conflictos de derechos (la metodología de la proporcionalidad y de la formalización a través del uso de fórmulas matemáticas) y Dworkin hacia la literatura y las metáforas. *En esta presentación intentaremos mostrar cómo ambas teorías podrían ayudarse la una a la otra a obtener no solo una adecuada comprensión del derecho, sino también una mejor comprensión de sí mismas.*

Ahora, a modo de advertencia, debemos señalar que este no es un análisis erudito de las teoría de Dworkin y Alexy,[3] sino una reconstrucción de algunas

* Borrador redactado para la Conferencia sobre el Legado de Ronald Dworkin, Universidad de Buenos Aires, 7 y 8 de mayo de 2015. Queremos agradecer a los organizadores por su paciencia, y a Jan R. Sieckmann y Federico L. De Fazio por sus comentarios al manuscrito. Traducido por Víctor Elías.

** Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, Investigadora CONICET, desde 2014 DAAD- Profesor visitante de Derechos Humanos y Derecho Constitucional Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Erlangen / Núremberg, Alemania.

*** Investigador designado. I.I. "A.L. Gioja", Facultad de Derecho de la UBA.

1. A los fines de reivindicar para el derecho el estatus disciplina científica.

2. Que las distingue de C.L.S. y el Realismo Jurídico.

3. Ello estaría en contradicción con la perspectiva fenomenológica que creemos que es fundamental para ambos teóricos.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 59 29/04/2019 16:57:09

de sus tesis fundamentales, desarrolladas en el trascurso de la enseñanza de jurisprudencia en materia de derechos humanos, por lo que pedimos disculpas de antemano si otros elementos de su marco teórico no son debidamente considerados.

2. Reformulación de la pretensión de corrección

La teoría de la pretensión de corrección[4] de Alexy fue desarrollada a los fines de abordar la cuestión del concepto del derecho, más precisamente para fundamentar la tesis no-positivista. Nuestra perspectiva es considerablemente distinta. Queremos conectarla con el proceso de adjudicación. Este no es el aspecto principal de la tesis de corrección de Alexy, aunque él fue consciente de su potencial desde el primer momento. Agregaremos que este potencial es bastante relevante en el proceso de adjudicación en los Estados constitucionales; es decir, en aquellas constituciones y tratados de derechos humanos donde las normas no solo se estructuran como reglas sino también como principios.

La tesis de la pretensión de corrección fue "considerablemente embrionaria" en la *Teoría de la Argumentación Jurídica*.[5] Por un lado, según sostenía, ya que se relacionaba con la argumentación y la toma de decisiones jurídicas, "y no con el derecho como tal". Por el otro, podríamos agregar, por qué el modelo de normas en la *Teoría de la Argumentación Jurídica* era un modelo de reglas y, por lo tanto, un modelo de adjudicación en términos de subsunción, los principios jugaban un rol marginal, únicamente como un tipo de argumento, pero no como un tipo de estructura normativa. Este fue el tema de su segundo libro: *La Teoría de los Derechos Constitucionales*.[6] Sin embargo, a los fines de dejar en claro nuestra postura, saltaremos a su tercer trabajo.

En *El Argumento desde la Injusticia, una Respuesta al Positivismo Jurídico*,[7] defendió una teoría no-positivista del concepto del derecho, basada en la necesaria relación entre la validez jurídica y la corrección del discurso moral. Desarrolló tres argumentos bajo la perspectiva del participante: la pretensión de corrección, el argumento de la injusticia extrema y la diferencia entre reglas y principios.[8]La

4. Respecto de distintos usos y ambigüedades de la pretensión de corrección en Alexy, ver Sieckmann, J., J.-R., (2014), *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 55-98, también Nava Tovar, A., (2015), La *institutcionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos, pp. 252-255.

5. Alexy, R., (1978), *Theorie der juristischen Argumentation*, 3ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1991.

6. Alexy, R., (1994), *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1994.

7. Alexy, R. (2010c), *The argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, O.U.P.

8. Siendo la última un puente entre la pretensión de corrección y el argumento de la injusticia extrema.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 60 29/04/2019 16:57:09

perspectiva del participante y el primer argumento son importantes para sostener nuestra postura.

La primera de ellas dicta: no puede jugarse un partido sin participantes. La perspectiva del participante en el juego del derecho es necesaria. ¿Qué significa desde la perspectiva del participante jugar el juego del derecho? Incluso si la respuesta dependiera del rol que se toma (el abogado, el juez, el legislador) el punto clave es si buscamos la respuesta correcta en vez de aquella que nos fuera dada (lo que te pondría en un rol de observador). Pero pongámonos en la perspectiva del participante desde el rol del juez. Si jugamos conforme a las pautas del derecho, debemos entonces justificar nuestra decisión. Y si no tenemos un argumento jurídico claro y explícito, aun así debemos tomar una decisión y justificarla como el resultado de un proceso argumentativo (proceso discursivo). Alexy admitió que la tesis de la separación entre la moral discursiva y el derecho es correcta desde la perspectiva del observador, pero no desde la perspectiva del participante. No necesitamos entrar en detalles sobre este punto, siendo que aquí él está pensando en la relación entre la perspectiva del participante[9] y la tesis de la corrección desde el punto de vista del derecho en su conjunto y no desde el propio proceso de adjudicación. En las palabras textuales de Alexy se refleja claramente que está pensando en el derecho en su conjunto: la tesis de la corrección afirma que el "derecho" plantea una petición en este sentido, y esto incluye una demanda de corrección moral. La versión sofisticada de la pretensión de corrección tiene lugar en general para el derecho como tal. Aunque este planteo es muy útil para entender la interpretación jurídica como una empresa conjunta, como trataremos de demostrar en la segunda parte de esta presentación, tal versión no se da en los casos concretos y se encuentra relacionada con la perspectiva del participante, lo que ha llevado a muchos críticos a descartar la teoría de Alexy como una regresión al Derecho Natural.

En su primer trabajo, la *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Alexy sostuvo la tesis de que la argumentación en el derecho es una empresa de la argumentación racional si tal práctica se concibe como un discurso práctico. Es decir, la frase "la promoción del derecho a la salud de los niños a través de la vacunación obligatoria es obligatoria" es correcta si es el resultado de un discurso práctico. Esto es, si se puede justificar con la mayor racionalidad posible teniendo en cuenta todos los argumentos jurídicos relevantes relacionados con el texto de las normas, los

9. Paula Gaido trabajó los problemas de la perspectiva del participante de Alexy no relacionados con el caso concreto sino con derecho en general. Gaido, P. (2012), "Some Problems with Robert Alexy's Account of Legal Validity: The Relevance of the Participant's Perspective", *Ratio Juris*, 25: 381–392. doi: 10.1111/j.1467-9337.2012.00519.x, (con la tesis de que la consideración de la validez jurídica de Alexy carece de apoyo suficiente, vio a través de los anteojos del compromiso metodológico de Alexy: no es plausible sostener simultáneamente que la perspectiva del participante tiene un privilegio conceptual en la explicación de la naturaleza del derecho, que el discurso jurídico es un caso especial de la práctica discursiva general, y que las consideraciones injustas pueden ser normas legalmente válidas).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 61 29/04/2019 16:57:09

precedentes y doctrina, y no solo los argumentos morales. En su tercer trabajo, *La Teoría de los Derechos Constitucionales*, formuló la tesis de que los derechos deben concebirse como reglas y como principios, al igual que el primer Dworkin, es decir, el de *Los Derechos en Serio*[10] y ensayos relacionados. Esto es instrumental para resolver los problemas de la aplicación de los derechos. Las reglas son órdenes definitivas, los requisitos son principios de optimización. La forma de aplicar los derechos como reglas es el famoso proceso de subsunción. La manera de aplicar los derechos como principios es el test de proporcionalidad. En el primer paso, nos preguntamos si la medida infractora del derecho es adecuada para la consecución de un fin público legítimo (test de idoneidad). En el segundo paso, nos preguntamos si el Estado podría haber conseguido el objetivo deseado empleando medidas menos restrictivas de los derechos en cuestión. Se trata de preguntarse si la infracción al derecho podría evitarse o no (test de necesidad). Por último, el tercer paso indaga sobre la relación y la justificación de la intensidad de la interferencia en un derecho y la importancia de la satisfacción del otro derecho en contradicción (test de proporcionalidad en sentido estricto).[11] Estos tres (sub) tests permiten conocer si la infracción de un derecho se justifica en razón del derecho vigente. Se han postulado varias objeciones de todo tipo contra la racionalidad de la proporcionalidad. Es imposible discutir todas ellas en esta presentación.[12]A los fines de nuestro trabajo consideraremos la objeción de indeterminación contra el proceso de ponderación (implicado en de test de proporcionalidad en sentido estricto).

El aspecto principal en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto consiste en examinar la justificación por la cual se selecciona el derecho en conflicto que debe ser restringido. Esta idea se resume en la ley de ponderación de Alexy: "Cuanto mayor sea el nivel de insatisfacción, o de detrimento, de un principio, mayor aún deberá ser la importancia de satisfacer el otro".[13] Se han planteado muchas críticas en contra de esta postura –entre otras–, que la ponderación es una mera estructura formal que no nos indica cómo determinar la intensidad de la restricción de los derechos o su peso. Ha habido muchos intentos por debilitar la objeción de indeterminación.[14] La respuesta de Alexy es formal: su fórmula del peso. Él sostiene que es posible hacer juicios racionales de los tres elementos de la ley de ponderación, esto es: la intensidad de la injerencia, la importancia de satisfacer el derecho en contradicción, y la relación entre ambos. A tales fines

10. Dworkin, R. (1980), *Taking Rights Seriousl y*, Cambridge, H.U.P.

11. Sobre el test de proporcionalidad con interferencia del derecho que es producida por omisión o insuficiencia (*Untermassverbot*), Arango, 2001; Clérico (2007) y (2011).

12. Ver una clasificación de las objeciones en: Alexy (2010); Bernal Pulido, (2006); Klatt/ Meister (2012); Clérico (2001, 2014).

13. Ver Alexy, (1994), p.146.

14. Ver Clérico, L. (2015), "Rethinking proportionality to address the indeterminacy objection".

El imperio de Ronald Dworkin.indd 62 29/04/2019 16:57:09

desarrolló la fórmula del peso. En su versión simplificada la fórmula del peso contiene la intensidad de la injerencia, la importancia de satisfacer el principio en contradicción y, finalmente, el peso concreto del principio cuya restricción se está analizando.[15] La clave se encuentra en la escala de restricción de los derechos. Este aspecto es altamente reconstructivo: se basa en las decisiones de los tribunales que examinan la justificación de un conflicto de derechos. Las decisiones judiciales muchas veces hacen referencia a interferencias o restricciones de derechos leves, moderadas o graves. Por lo tanto, puede identificarse una escala de graduación que se desprende del escrutinio de los procesos relacionados con la restricción de derechos: "leve", "moderada" y "grave".[16] La escala en cuestión se utiliza para ayudar a determinar la intensidad de la injerencia. Lo mismo se emplea con respecto a las razones que compiten por la importancia de satisfacer el derecho que el Estado está dispuesto a promover. Por ejemplo, fumar trae severos riesgos a la salud; por lo tanto, el peso de las razones que justifican la injerencia (la obligación de los productores de tabaco de exponer en sus productos advertencias respecto de los riesgos para la salud) es alto. El resultado del test de proporcionalidad realizado por la Corte Federal Constitucional es "claro", la obligación de poner advertencias no viola el derecho a la libertad de acción de la industria del tabaco.[17]

La creación de una escala tríadica es solo un paso para proporcionar una respuesta a la objeción de la irracionalidad. El segundo paso es más bien formal. Se trata de mostrar que las clasificaciones de la intensidad de la injerencia sobre un derecho se pueden implantar en un sistema inferencial. Esta es la última prueba, y para Alexy se encuentra aparejada con lo alcanzado a través de la formalización del método de la subsunción: en el caso de subsunción, el sistema de inferencia puede ser presentado a través de un esquema deductivo, conocido como la "justificación interna", creado con la ayuda de la lógica proposicional, predicativa y deontológica. Este test final de ponderación es logrado, por Alexy, a través del esquema de la fórmula del peso. Es decir, el otro lado del esquema deductivo.[18]

La fórmula del peso demuestra que el peso específico de los principios es relativo. Esto se hace definiendo el peso específico como un cociente entre la intensidad de la injerencia en el derecho restringido y la importancia actual del principio en colisión. El uso de cocientes implica el uso de números. Desde una perspectiva dedicada al ejercicio del derecho constitucional, se ha objetado que los números no se utilizan para ponderar y que harían imposible la aplicación del test. Para responder a esta objeción práctica, se dice que el uso de los números

15. Ver Alexy, (2003), pp.783-791.

16. Ver Alexy, (2010) y Kyritsis 2014.

17. BVerfGE 95, 173 (187). Estas reconstrucciones han recibido sendas críticas, Sieckmann (2009; 2014); Guibourg (2010), entre otros.

18. Alexy (2003b), p.448.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 63 29/04/2019 16:57:09

no se encuentra dirigido al operador que realiza la ponderación. Al determinar la intensidad de la restricción de un derecho, el uso de montos en números podría ser descartado. La respuesta de Alexy a dicha objeción claramente demuestra que su estrategia es formal: intenta desarrollar una formalización de la ponderación.[19]

El tercer y último paso en su respuesta a la objeción de irracionalidad lo lleva de vuelta a un escenario menos formal. Está fuertemente conectado con la teoría de la argumentación jurídica. Todo esquema inferencial depende, principalmente, en responder si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas. Las premisas comprendidas en la fórmula del peso se encuentran expresadas en montos en números. Estos son plausibles si son sustentados mediante un razonamiento. Un razonamiento como tal consiste en la afirmación de que la advertencia contenida en las etiquetas de los paquetes de cigarrillos sobre las consecuencias del consumo de tabaco para la salud implica una violación leve a la libertad de acción de la industria. Tal afirmación plantea una pretensión de corrección, lo que podría ser justificado en un discurso. Por lo tanto, en este caso el Tribunal Constitucional justifica la categorización basándose en la evidencia que demuestra que fumar puede traer graves riesgos para la salud. El punto clave es la posibilidad de asignar los argumentos sobre la restricción de los derechos en conflicto en cualquiera de las celdas de la escala. Esta tarea no siempre es sencilla. Alexy reconoce que puede derivar en una larga cadena de argumentos. Él no ignora que la clasificación resultante pueda abrirse a debate, como sucede a menudo y parece ser costumbre en la práctica del derecho constitucional. Sin embargo, la discusión no implica irracionalidad; de ser así, no solo la ponderación, sino también la argumentación jurídica como tal serían mayormente irracionales. Según Alexy, la discusión sobre el marco[20] de la categorización de las intensidades implica realizar afirmaciones y, por lo tanto, implica su corrección y la presentación de las razones involucradas

19. Por otra parte, para seguir produciendo contra-argumentos utiliza la subsunción como una metáfora: "Las formas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la subsunción no se utilizan en la argumentación jurídica; sin embargo, esto no cambia el hecho de que estas son el mejor medio para hacer efectiva la estructura inferencial para la aplicación de las reglas. Lo mismo es aplicable para representar la estructura inferencial para la aplicación de los principios con ayuda de los números, que se utilizan como variables en la fórmula del peso". Lo mismo podría decirse de las formas lógicas usadas para expresar la estructura de la ponderación, como Alexy.

20. A su vez, para responder a la objeción de inconmensurabilidad, Alexy sostiene que la categorización está asegurada en ambos lados de la ponderación *si el discurso* se lleva a cabo desde la perspectiva común: el punto de vista de la Constitución (Alexy, 2010; Álvarez, 2011). Una vez más esta distribución es discutible. El hecho de que las partes debatan sobre si la restricción es leve o moderada revela que la escala está siendo utilizada como un patrón de discusión común, como señala Da Silva (2011: 276); Sartor (2012); Borowski (2013). Este es el nivel abstracto de la "perspectiva común. Por lo tanto, la escala no es la medida común para "determinar" el peso de los principios pertinentes, sino más bien la medida común que nos permite discutir el peso de los principios. La escala no determina el "valor de cada variable", sino más bien desde donde puede ser discutida.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 64 29/04/2019 16:57:09

en el debate. Esto, concluye Alexy, aunque no es comparable a lo demostrable, no deja de ser un tipo de racionalidad.

Resumidamente, la ponderación es una forma de argumentación, como una estructura formal que carece de sustancia,[21] como una forma clara de determinar lo que debe ser justificado,[22] como un "microscopio".[23] Cuando se justifica la categorización, pueden ser empleados todo tipo de argumentos, esto repite la conexión entre la ponderación y la teoría del discurso jurídico racional. Aquí se observa la estrategia argumentativa de Alexy para dar vuelta la objeción de irracionalidad planteada, especialmente contra los fines de la ponderación.[24] Alexy adopta la postura de que esta es una declaración que requiere justificación; aquí yace la relación con el discurso y la pretensión de corrección.

Recientemente, Alexy sostuvo abiertamente la conexión entre la tesis de la proporcionalidad y la tesis de corrección, cuando abordó, por un lado, algunas objeciones en contra de la ponderación, y por el otro, sostuvo la necesidad de la tesis de la proporcionalidad. Él planteó: "la pretensión de corrección, necesariamente conectada con la revisión constitucional, requiere que la decisión del tribunal constitucional sea lo más racional posible".[25] Siendo ese el caso, entonces la pretensión de corrección de las soluciones jurídicas –como pretensión de justiciabilidad–, debe ser revisada. La pregunta es: ¿qué significa "lo más racional posible" cuando se tiene que resolver un caso sobre un conflicto de derechos desde la perspectiva del participante? Para hacer frente a esta pregunta, pensamos que la teoría de Alexy puede aprender algo de la teoría de Dworkin. Desde la perspectiva del participante no es suficiente decir que la pretensión de corrección es solo una idea reguladora.[26] Se requiere elegir la mejor justificación de la solución en ese caso en particular. La "única respuesta correcta" aparece como la mejor respuesta justificada. Aquí nos interesa un punto bastante inexplorado: el proceso de aplicación de los derechos como un proceso de justificación (tesis de corrección) reconsiderado desde la perspectiva del participante, y eso es lo que nos lleva a la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin.

En lugar de rastrear la moralidad en las teorías éticas complejas, Dworkin nos presenta casos jurídicos reales que muestran de una manera mucho más intuitiva el vínculo entre la corrección y el derecho. Esto se debe a que lo que es

21. Su teoría permite la discusión sobre la restricción de derechos aunque aquellos que la cuestionan pueden tener diferentes conceptos materiales de los derechos. Ver Alexy 2010, p.123.

22. Ver Barak 173, 164; Borowski (2013); Stone Sweet/Matthews (2008) p. 39; Klatt/Meister, (2012).

23. Ver Alexy, R. (1995), p. 13-

24. En otro trabajo, Clérico L. (2015) sostuvo la insuficiencia de la respuesta formal para hacer frente a la objeción de indeterminación y desarrolló una respuesta intermedia.

25. Alexy (2014) p.14.

26. Alexy, Postscript (Nachwort), en: *Theorie der Juristischen Argumentation*, Frankfurt, (1994), p. 414.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 65 29/04/2019 16:57:09

una afirmación teórica según Alexy,[27] es decir, la relevancia de la perspectiva del participante para comprender la necesidad de dar cuenta de posiciones morales/racionales en la práctica jurídica, es el punto de partida de la obra de Dworkin.

3. La reformulación de la Tesis de la Respuesta Correcta

En *Casos difíciles*,[28] Dworkin establece una distinción entre los argumentos de principio y los argumentos de política con el fin de apoyar la tesis de los derechos y entender adecuadamente el papel de las legislaturas y los tribunales. Mientras que las primeras suelen actuar desde una base orientada a la política, los últimos deben tener siempre en cuenta los principios.[29] A través de la resolución de casos difíciles, los tribunales no actúan como legislaturas, sino que aplican mandatos jurídicos de un orden superior a los promulgados por el poder legislativo. [30]Por lo tanto, el juez Hércules debe desarrollar una teoría de la Constitución, una teoría de la interpretación de la ley e incluso una teoría sobre cómo deben interpretarse los precedentes: el juez debe tratar a la ley como un tejido sin costuras, comprobando cada decisión sobre lo que Dworkin llama ordenamientos verticales y horizontales.[31] Esto es, de hecho, lo que el público en general espera de los jueces, a no ser que consideremos la rama legislativa como superior al estado de derecho.

Asimismo, en *¿Pueden los derechos ser controvertidos?* Dworkin muestra de una manera muy intuitiva porqué la pretensión de corrección es esencial para la argumentación, sin recurrir a las rigurosas 22 normas y 6 formas de argumentos del discurso práctico general y a la justificación "pragmático-trascendental".[32] Para ponerlo en términos de Alexy, en cualquier caso difícil hay dos resultados posibles, ninguno de los cuales pareciera ser la solución "natural". Lo que Dworkin señala es que incluso una decisión 'dividida' "es una decisión que autoproclama ser *la* solución correcta".[33]

27. Ver también Habermas (1993).
28. Dworkin, R. (1980) capítulo 4.
29. Dworkin, ob. cit. p. 85.
30. Cabe destacar que a través de esta línea de argumentación Dworkin en realidad cuestiona a la democracia representativa (como gobierno elegido) como la reducción equivocada de la democracia (como autonomía del pueblo), según lo establecido por Sieyes con el fin de apoyar a los poderes de la Asamblea Nacional durante la Revolución Francesa y que luego se extendió a casi todos los Estados modernos.
31. Dworkin, R, ob. cit. p. 117.
32. Alexy, R. (1978).
33. Dworkin, R. (1980), p. 285.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 66 29/04/2019 16:57:09

En *La Ley como Interpretación*,[34] Dworkin incorpora a la literatura con el fin de entender la función y los límites de la interpretación jurídica con la introducción de la Hipótesis Estética. Como fuera propuesto por R. Arango,[35] esto podría ser visto como una respuesta a la cuestión positivista de la discreción judicial en términos de interpretación, y también como un marco conceptual para comprender adecuadamente la naturaleza del Juez Hércules. La hipótesis estética es, de hecho, una metáfora útil para comprender la flexibilidad relativa de la interpretación de la ley que realizan los jueces, que incluye tanto limitaciones y libertades, y también para entender por qué cada sentencia en particular se basa en lo que el juez entiende que es la mejor realización de los principios morales profesados por el sistema jurídico.

Sin embargo, creemos que este es un paso en la dirección equivocada por varias razones. En primer lugar, el carácter obligatorio del derecho parece bastante más fuerte que la naturaleza (para nada) obligatoria de la literatura y, por lo tanto, parece absolutamente contrario a la intuición explicar lo que hace un juez en este sentido. En segundo lugar, este enfoque, de hecho, nos lleva más allá de la práctica jurídica real, ya que la adjudicación no es vista por el público como una cuestión de inspiración, sino de justificación: lo que esperan los ciudadanos de un juez, sobre todo cuando rechaza sus demandas,[36] es más que razones plausibles. Lo que la metáfora de la novela colectiva no puede demostrar es que cuando el escritor elige un cierto camino para el desarrollo de la trama, al mismo tiempo cierra otros caminos, que podrían ser peores, tan buenos, o incluso mejores que el camino tomado. Como demuestra la novela/experimento argentina *Rayuela*, de Julio Cortázar, incluso un trabajo terminado puede leerse de distintas maneras, ninguna de las cuales es de por sí mejor que la otras, simplemente son diferentes. Por otro lado, a menos que tomemos el camino escéptico, el derecho pareciera funcionar de manera muy distinta, porque, contrario a las novelas, éste puede, y debe, ser constantemente reescrito/corregido.

La aproximación estética de Dworkin al razonamiento jurídico no tiene en cuenta el principio moral más fundamental implicado en las instituciones jurídicas democráticas, que es la imparcialidad. En este sentido, la forma más alta de objetividad -al menos en Estados democráticos- que un ciudadano puede pretender de cualquier norma jurídica (es decir, leyes, disposiciones administrativas y resoluciones judiciales) es una consideración razonable de todos los argumentos[37] planteados. En otras palabras, los argumentos que sostienen la decisión dictada

34. Ver Dworkin (1982), también "How Law is like Literature", en *A Matter of Principle*, y *Law`s Empire.*

35. Ver Arango (1999).

36. Y, como muestra R. Toulmin en su reconstrucción del razonamiento natural, el desafío que se plantea a partir de los conflictos es lo que hace relevante la justificación.

37. Que incluye, en diversos grados de intensidad, el texto de la ley, las intenciones del legislador, la coherencia del sistema jurídico en su conjunto, la justa consideración de los hechos, etc.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 67 29/04/2019 16:57:09

por el tribunal deben resistir el escrutinio público. Ir más allá implicaría una reivindicación de un privilegio moral o político para el reclamante, lo que a su vez haría ineficaz el principio de la igualdad política compartida (o legitimación) entre los involucrados en ese sistema jurídico determinado.[38] Pero, por supuesto, surge otra cuestión: ¿qué debe entenderse por "justa consideración"? Es en este punto en que el camino tomado por R. Alexy parece más intuitivo que el elegido por R. Dworkin.[39]

A la luz de esto, la empresa del derecho es similar, aunque mucho más limitada, a la de la ciencia que a la de la literatura. Mientras que los científicos presentan sus hipótesis sobre la naturaleza para que sean revisadas por sus pares (contra-verificación por iguales), los jueces y legisladores, en una democracia, presentan sus interpretaciones de lo que debe considerarse bueno o malo a una contra-verificación abierta, lo que de hecho convierte al público general en su par. Más aún, las normas –especialmente en la era de la globalización de los Derechos Humanos– comparten una pretensión de universalidad similar a la de las afirmaciones científicas (no en términos de un conjunto objetivo de valores o verdades, sino en términos de un proceso de verificación compartido, abierto e imparcial, de ahí el principio de un país un voto de la Asamblea General de las Naciones Unidas). Como una hipótesis científica, tanto las leyes como sentencias podrían ser consideradas como realizaciones *prima facie* válidas de los principios morales contenidos en el sistema legal, pero siempre sujetas a la refutación mediante los canales y procedimientos "adecuados/idóneos", es decir, la sustitución de las leyes por el poder legislativo, la revisión constitucional por el poder judicial o un cambio de políticas mediante un giro electoral del poder ejecutivo. La apertura y el buen funcionamiento de estos canales con el fin de permitir una traducción más transparente de los intereses del público en las instituciones del Estado es lo que define la justicia o injusticia, de la misma manera en que un acceso libre y abierto a las publicaciones periódicas revisadas por pares otorga legitimidad a la hipótesis científica.[40] Por otra parte, esta manera integral de representar la creación, revisión y aplicación de las normas nos permite afirmar la superioridad ética de la democracia en comparación con otros regímenes políticos sin recurrir a un conjunto fijo de valores sustantivos, y de este modo evitar el callejón sin salida que significa un "choque de culturas" y también para comprender el papel

38. Ver Habermas (1993) para un fundamento ético de la democracia deliberativa y Sieckmann (2012) para la traducción de esta estructura a la argumentación jurídica.

39. Sin embargo, cabe señalar que Dworkin es consciente de este problema, ya que justifica las soluciones del Juez Hércules que se oponen a la moral popular no sobre la base de la propia moral de Hércules, sino al mostrar que la moral de la comunidad no es coherente en este tema. Ver Dworkin (1980), p.126.

40. Por supuesto, hay que señalar que las revistas científicas han recorrido un largo camino desde la época de la Ilustración, y son hoy mucho más complejas que esta simple reconstrucción (véase el desarrollo del Factor H, la privatización de las revistas, las tasas de publicación y, por supuesto, el impacto de los factores geopolíticos en las agendas científicas).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 68 29/04/2019 16:57:10

de las protestas, revueltas e incluso las revoluciones sin rechazar las instituciones representativas tradicionales en su conjunto.

Esto nos lleva a otro gran problema de la hipótesis estética: que está más preocupada por el empresario que por la empresa en sí misma, probablemente porque Dworkin, mientras la desarrollaba, estaba más preocupado por el punto de vista de los jueces que por todo el proceso político implicado en la vida real de los sistemas jurídicos. Esto, que era una ventaja al considerar las implicaciones morales de la adjudicación jurídica, resultó ser un problema al momento de considerar el sistema jurídico en su conjunto.

En los Estados constitucionales son frecuentes los conflictos de derechos.[41] Por ejemplo, la promoción de un derecho (el derecho a la salud de los niños) llevada a cabo a través de una acción (una medida estatal que impone la vacunación obligatoria de los niños), es interpretada como una restricción de otro derecho (el derecho de los padres a determinar cómo cuidar de la salud de sus niños). La colisión puede resolverse aplicando el test de proporcionalidad. Es bien sabido que este test se utiliza para determinar si las interferencias en los derechos constitucionales son permisibles, es decir, si se encuentran suficientemente justificadas.[42] Permite explicar parte de la práctica sobre cómo se resuelven los conflictos de derechos en los Estados constitucionales.[43] Nuestra idea no es entrar en detalles sobre la tesis de la proporcionalidad. La usamos como ejemplo para sostener que el proceso de adjudicación de derechos es mejor reconstruido como un proceso de justificación, en vez de un proceso para revelar soluciones. En este punto la teoría de Alexy tiene más potencial para reconstruir la práctica de adjudicación de los derechos humanos. En *¿Es posible la Democracia aquí?*, Dworkin rechaza explícitamente el uso de la ponderación para resolver conflictos de derechos. En lugar de ello, considera que se trata "de una cuestión muy distinta, que es lo que requiere la moralidad".[44] La *Teoría de los Derechos Constitucionales* de Alexy reconoce que los argumentos morales juegan un papel clave en la ponderación. Sostenemos que en este punto ambas teorías se ocupan de diferentes objetivos. La teoría de Dworkin implica un regreso a la filosofía moral; está a la espera de una teoría única que resuelva todos los casos desde un nivel muy abstracto.[45] La *Teoría de los Derechos Constitucionales* de

41. No consideramos aquí la distinción entre los diferentes tipos de colisiones o conflictos. Véase, por ejemplo., Zucca, Álvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (2011).

42. Ver Aguiló Regla, J. (2000: 129): "... todo se vuelve más claro si hemos de abordar el método jurídico no como un método para encontrar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para justificar soluciones; ...el teóricamente llamado *problema del método legal no es otro que la racionalidad de las soluciones legales*" (énfasis añadido).

43. Stone Sweet, A.; Mathews, J. (2008), "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", en: *Columbia Journal of Transnational Law* 47, pp. 72-164.

44. Ver Dworkin 2006, p. 27. Para una comparación entre ambos autores, ver Beade, G. (2013).

45. De Fazio, Federico; Aldao, Martín, (2015), "Los derechos sociales fundamentales en Carlos S. Nino. Una línea fértil para la metodología jurídica", en *Doxa*: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 38, Alicante, en prensa.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 69 29/04/2019 16:57:10

Alexy es estructural. Su preocupación es desarrollar una metodología para resolver los conflictos de derechos. Es por ello que utiliza la metáfora del microscopio para referirse a la función de la fórmula del peso en lugar de un dios: lo que Alexy está desarrollando es un instrumento de precisión para resolver el problema planteado por la noción inteligente pero abstracta de la "integridad del derecho". Esta es la razón por la que para Alexy la ponderación, en el marco del test de proporcionalidad, es una etapa falibilista ineludible.[46]

4. Conclusión

Aunque rigurosa y teóricamente perfecta, la reconstrucción de la pretensión de corrección de la ley dentro del marco general de la racionalidad de Alexy se ha vuelto en su contra, lo que ha llevado a muchos académicos (tanto opositores como adeptos) a colocarlo en el panteón del Derecho Natural. Es por esto que pensamos que puede aprender algo del enfoque más intuitivo que ofrece Dworkin a la práctica jurídica real. Sin embargo, la idealización de los jueces de Dworkin se ha vuelto también en su contra, llevando a muchos académicos a descartar su trabajo como una exageración de lo que un operador legal podría lograr realmente. Es por esta razón quela preocupación de Alexy respecto de la justificación racional de los resultados del razonamiento de los jueces, en el marco de todo el sistema democrático, es una manera mucho más adecuada para comprender la Tesis de la Respuesta Correcta, reemplazando al Juez Hércules por la Jueza Hipatia de Alejandría.

5. Bibliografía

Aguiló Regla, J. (2000) *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel.

Álvarez, S. (2011) "Dilemas constitucionales, conflictos morales y soluciones jurídicas", en Zucca (*et. al.*) *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales, Madrid*, Marcial Pons, Madrid.

Aldao, M. (2011) "La ponderación en el contexto del estado democrático de derecho: Del del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales"", en: Beade, Gustavo y Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. Externado, pp. 467-484.

46. Alexy, R., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1995, p. 69.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 70 29/04/2019 16:57:10

Alexy, R. (1978) *Theorie der juristischen Argumentation*, 3ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991.
— (1994) *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1994.
— (1995) "Die Logische Analyse juristischer Entscheidungen", en: *Recht, Vernunft, Diskurs. Studienzur Rechtphilosophie*, Frankfurt/Main, Suhrkamp.
— (2003a) "Die Gewichtsformel", en Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, eds. J. Jickeli, P. Kreutz y D. Reuter, Berlín, de Gruyter, Berlin, 771-792.
— (2003b) "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", en *Ratio Juris* 16, 433-449.
— (2010a) *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad hoc, Buenos Aires.
— (2010b) "Two or Three?", *ARSP*, N° 119, pp. 9-18.
— (2010c) *The argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, O.U.P. Oxford.
— (2011) "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad (DFPP)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (2011), 11-29.
— (2014) "Constitutional Rights and Proportionality", en *Revus*, no. 22.
Arango, R. (1999) *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
— (2001) *Der Begriff der Sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, Baden-Baden.
Barack, A. (2012) *Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press.
Beade, G. (2013) "Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes", en *Rechttheorie*, vol.44, no 3, pp.371-393.
Bernal Pulido, C. (2003) *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEC.
— (2006) "The Rationality of Balancing", en *ARSP* 92, 195-208.
Bomhoff, J. (2008) "Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31, No. 2, 2008; TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law No. 2008/5.
Borowski, M. (2013) "On apples and oranges", en *German Law Journal*, no.13.
Bulygin, E. (1993) Alexy und das Richtigkeitsargument", en Festschrift f. W. Krawietz, 1993, 19-24.
— (2000) "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris* 13, 133-142.
Clérico, L. (2001) *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos (Clérico, L., 2009, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 71 29/04/2019 16:57:10

— (2007) "Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot": en Sieckmann (ed), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 151-178. [Clérico, L., "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en: Sieckmann, J. (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, Colección Filosofía y Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 169-205.]

— (2009) "Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesund-heitsrechts"; en: Clérico y Sieckmann (ed.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, pp. 151-164.

— (2011) "Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad", inen: Clérico, Sieckmann, Oliver Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Ed. Comares, 2011, pp. 177-198.

— (2015) "Rethinking Proportionality to address the indeterminacy objection", en *About Alexy and his Theory of Law*, Elsevier.

De Fazio, F. y Aldao, M. (2015) "Los derechos sociales fundamentales en Carlos S. Nino. Una línea fértil para la metodología jurídica", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no 38, Alicante, en prensa.

De Silva, V. (2011) "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision" 31 *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 276.

Dworkin, R. (1980) *Taking Rights Seriously*, Cambridge, H.U.P..

— (1982) "Law as interpretation", en *Critical Inquiry*, vol. 9. No.1.

— (1986) *A matter of Principle*, Cambridge, H.U.P.

— (1988) *Law's Empire*, Cambridge, H.U.P.

— (2006) *Is Democracy Possible here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, P.U.P.

Gaido, P. (2011) *Las pretensiones normativas del derecho*, Madrid, Marcial Pons, Madrid.

— (2012) "Some Problems with Robert Alexy's Account of Legal Validity: The Relevance of the Participant's Perspective", *Ratio Juris*, 25: 381–392. doi: 10.1111/j.1467-9337.2012.00519.x

Guibourg, R. (2010) "On Alexy's Weighing Formula", en J. Sieckmann (ed.), *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, ARSP. 124, 145-159.

Habermas, J. (1992) *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp (Habermas, J., (1998) *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta).

— (1993) *Justification and application: remarks on discourse ethics*, Cambridge, MIT-Press.

Hirschberg, L. (1981) *Der Grundsatz der Verhälnimässigkeit*, Göttingen.

Jansen, N. (1997) "Die Abwägung von Grundrechten", en *Der Staat* 36, 27-54.

Klatt, M. y Schmidt, J. (2010) *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tubinga, Mohr, 2010.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 72 29/04/2019 16:57:10

Klatt, M. y Meister, M. (2012) "Proportionality –a benefit to human rights? Remarks on the ICON controversy", *Int J Constitutional Law.* 2012; 10:687-708.
Kyritsis, D. (2014) "Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine", *Oxford J Legal Studies, January 13.*
Martínez Zorrilla, D. (2007) *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Barcelona, Marcial Pons.
Möller, K. (2007) "Balancing and thestructure of constitutionalrights", I•CON, 5, 3, 2007, 453-468 (en Beade y Clérico, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011).
— (2012) *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
Nava Tovar, A. (2015) *La institutcionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*, México, Anthropos.
Sartor, G. (2012) "Defeasibility in legal reasoning", en Ferrer Beltran (et.al.) *The logic of legal requirements: Essays on defeasibility*, Oxford, O.U.P.
Schauer, F. (2014) "Proportionality and the Question of Weight", en Huscroft; Miller, Webber, *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification*, Cambridge, *Reasoning*. Cambridge Univ. Press, 173-185.
Schlink, B. (1976) *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín.
— (2001) "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", en P. Badura, P. y H. Dreier (ed.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, t. 2, Tubinga, Mohr.
Sieckmann, J.-R. (1995a) "Zur Struktur und Begründung von Abwägungsurteilen", en *Rechtstheorie* 26, 45-69 (trad. cast. en: *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
— (1997) "Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell", en en *ARSP* 83, 14-37 (trad. cast. en: *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,).
— (2002) "Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung", en *Der Staat* 41, 385-405.
— (2006) *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
— (2010) "Balancing, Optimisation, and Alexy's 'Weight Formula'", en J. Sieckmann, J. (ed.) *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, ARSP Beih. 124, 103-119.
— (2012) *The Logic of Autonomy*, Oxford, Hart, Oxford.
— (2014) *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
Stone Sweet, A. y Mathews, J. (2008) "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", en *Columbia Journal of Transnational Law* 47, 2008, pp. 72-164.
Zucca, Álvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (ed.) (2011), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 73 29/04/2019 16:57:10

Una obsesión por la unidad*

*Martín D. Farrell***

1. Una táctica recurrente

Existe un rasgo recurrente en la obra de Dworkin que no ha recibido la atención que merece y que consiste en su obsesión por la unidad.[1] Cuando es de esperar que dos conceptos, principios o valores, por ejemplo, entren en conflicto, y ese conflicto puede potencialmente afectar a la teoría de Dworkin sobre un tema, normalmente recurre a una misma táctica: negar ese conflicto sosteniendo que sus conceptos, principios o valores supuestamente en colisión son, en realidad, una misma cosa; por lo tanto –desde luego– el conflicto deviene impensable.

Sin afirmar que he logrado una lista completa, he identificado tres instancias de esta técnica que abordaré cronológicamente: a) el intento de igualar la libertad con la igualdad; b) el intento de igualar la ética con la meta-ética y c) el intento de igualar el derecho con la moral. Dado que Dworkin ha realizado una contribución significativa a la filosofía política, moral y jurídica, no sorprende que la primera instancia haya ocurrido en el ámbito de la filosofía política, la segunda dentro del ámbito de la filosofía moral y la tercera dentro del ámbito de la filosofía del derecho. Considero que ninguna de ellas ha sido exitosa.

* Traducido por Andrea P. Pesaresi.

** Universidad de Buenos Aires.

1. Este rasgo puede verse, por ejemplo, en la frase inicial de *Justicia para Erizos*: "Este libro defiende una gran y vieja tesis filosófica: la unidad del valor". Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, p.1. En adelante, JFH.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 75 29/04/2019 16:57:10

2. La Libertad y la Igualdad

En el año 1981, Dworkin publicó dos artículos sobre la igualdad en *Philosophy and Public Affairs*; el primero de ambos atacaba la noción de igualdad de bienestar, mientras que el segundo defendía la noción de igualdad de recursos. Una objeción obvia surgió casi inmediatamente después: ¿en qué medida la igualdad de recursos afecta la libertad? Estrictamente hablando, la objeción ya había sido planteada por Robert Nozick en 1974[2] cuando notó que cualquier molde económico perturba la libertad.

Dworkin abordó esta objeción en un artículo publicado en 1987 en el *Iowa Law Review* en el cual, creo que por primera vez, adoptó esta estrategia curiosa: afirmar que la igualdad no afecta la libertad porque son una misma cosa, ya que la libertad es un aspecto de la igualdad y es necesaria para la igualdad.[3] Su argumento es complejo; por esto, lo recrearé en forma moderada.

Tanto la palabra "libertad" como la palabra "igualdad" pueden ser utilizadas en dos sentidos distintos: descriptivamente, es decir sin denotar apoyo ni crítica, y normativamente, expresando la idea que apoyamos.[4] Dworkin tiene razón en sostener que un debate significativo sobre el tema debe concentrarse en una aceptación normativa de ambos términos. Si utilizamos la palabra libertad en su sentido descriptivo, sin defenderlo, podríamos, por ejemplo, asignarle deliberadamente, a nuestro antojo, características que podrían en apariencia hacerla colisionar con la noción de igualdad. Pero no debemos exagerar este riesgo; porque si este significado fuese adoptado de forma *demasiado* caprichosa, difícilmente contaría como descriptivo.

Con una audacia considerable, Dworkin afirma que si la libertad y la igualdad fuesen dos ideas separadas y existiera un conflicto genuino entre las dos, la libertad no prevalecería. Sin embargo, si examinamos su afirmación más de cerca, no resulta tan audaz en la medida en que él parece estar pensando que la libertad entra en conflicto con el *concepto* de igualdad, al que entiende como igual dignidad y respeto. Ninguna sociedad aceptaría el resultado de tener que dar menos consideración y respeto a algunos para asegurar un mayor grado de libertad a otros. Pero ese no sería necesariamente el caso si, en cambio, la libertad conflictuara con una cierta *concepción* de la igualdad, como la igualdad de recursos, que es la concepción acogida por Dworkin. Cabe señalar también, desde el principio, que Dworkin está interesado en la concepción negativa de la libertad; es decir, la libertad como ausencia de restricciones legales.[5]

2. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell, 1974.

3. Citando la versión en Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000, pp. 121/122. En adelante, SV.

4. SV, pp. 125/126.

5. SV, pp. 120, 128 y 130.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 76 29/04/2019 16:57:10

Dworkin identifica dos estrategias posibles para reconciliar la libertad con la igualdad: una está basada en el interés, mientras que la otra es constitutiva (es decir, determinante). La estrategia basada en el interés utiliza la noción de los intereses del agente para determinar una distribución ideal de los recursos; dado que algunas libertades están instrumentalmente conectadas con la satisfacción de ciertos intereses, su protección implica establecer –y respetar– el derecho a tales libertades. En cambio, la estrategia constitutiva incorpora a la libertad, desde el comienzo, dentro de la estructura de la igualdad misma; ya que la libertad aparece en la definición misma de la distribución ideal.[6]

Al principio parecía que Dworkin iba a emplear la estrategia basada en el interés, dado que sostiene que la estrategia constitutiva es tan dogmática como improductiva. Sin embargo, cree que la estrategia basada en el interés carece de sentido respecto de la igualdad de recursos, ya que la propia definición de igualdad de recursos respecto de la distribución equitativa debe incluir la enumeración de las libertades específicas que son esenciales a la igualdad. De este modo, finalmente emplea la estrategia constitutiva y sostiene que de la propia definición de distribución equitativa deriva una concepción atractiva de la libertad, donde la libertad y la igualdad no pueden entrar en conflicto.[7]

Sin embargo, la estrategia constitutiva enfrenta inmediatamente un riesgo serio, ya que la armonía entre la libertad y la igualdad es obtenida por definición y es, por lo tanto, puramente analítica e incluso circular.[8] Dworkin ve esta dificultad y se propone construir un argumento que pueda sustentar esta definición. El argumento en cuestión comienza por obtener el concepto de igualdad, que exige igual consideración para todos. Desde este punto de partida, Dworkin tiene el objetivo de concluir que la mejor concepción que puede resultar de tal concepto es la de igualdad de recursos, obtenida mediante la subasta de todos los bienes disponibles, que es, por supuesto, el método que emplea. Para salvar la distancia entre el concepto en sí y su propia concepción de este, Dworkin recurre a un principio al que se refiere como el "Principio de Abstracción", que establece una fuerte presunción a favor de la libertad de elección: la distribución ideal solo es posible cuando las personas son jurídicamente libres de actuar como desean, con la excepción de las restricciones necesarias para proteger la seguridad de los individuos y de la propiedad. Este principio es el trasfondo de la distribución equitativa.

El Principio de Abstracción es perfectamente viable (especialmente para un liberal). Antes de utilizar nuestros recursos para adquirirlos bienes subastados, debemos saber primero qué podremos hacer con ellos; cuanto menos podamos hacer con ellos, menos valiosos serán para nosotros. Aunque el Principio de Abstracción establece una presunción legala favor de la libertad de elección,

6. SV, pp. 134/135.
7. SV, pp. 137, 143 y 146.
8. SV, p. 147.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 77 29/04/2019 16:57:10

esa elección obviamente no puede incluir el daño no consentido a otros o a su propiedad, de lo cual se desprende el Principio de Seguridad, que prohíbe tal daño.[9] Esto también es perfectamente viable porque para hacer algo con nuestros recursos, debemos estar protegidos contra las acciones destructivas de los demás.

Hasta este punto, la idea de Dworkin parece factible. Está claro que, a menos que las personas tengan la libertad de utilizar sus recursos como les parezca conveniente, que puedan alcanzar acuerdos de cooperación con otros, y que puedan intentar convencer a otros del valor de sus acciones, no pueden ser consideradas responsables por sus elecciones particulares.[10] El primer desafío, sin embargo, surge inmediatamente después de eso, bajo la formade otro principio que limita el Principio de Abstracción, y que es conocido como Principio de Corrección. Supongamos que yo adquiriese un terreno en la subasta de Dworkin y me propusiese construir una casa sobre ese terreno. Aunque todos mis vecinos han construido casas tradicionales, yo decido, en cambio, construir una casa moderna, cúbica, de vidrio. Como existe un consenso generalizado entre mis vecinos de que yo estoy arruinando el barrio, el subastador ha tomado la precaución de prohibir la construcción de casas que generen una disrupción.[11] No hay nada malo en el objetivo de contribuir a la existencia de barrios homogéneos, desde luego, pero es difícil comprender el Principio de Corrección en otros términos que no sea una restricción a mi libertad; en este caso, mi libertad de construir mi casa acorde a mi estilo preferido. En otro ejemplo de su obsesión por la unidad, sin embargo, Dworkin no ve al Principio de Corrección como una restricción del Principio de Abstracción, sino como un aspecto de este. En lo personal, simplemente no puedo verlo de ese modo y Dworkin no presenta argumentos suficientes para ilustrarlo.

El Principio de Abstracción requiere de aclaración adicional, pero en mi opinión no es allí donde radica el problema. La personalidad de los agentes no es fija. Sus convicciones y preferencias están sujetas al cambio, y estos cambios deben ser accesibles y estar protegidos bajo el Principio de Autenticidad. Aunque no considero objetable al principio en sí, su alcance es demasiado amplio considerando que cubre todo desdela libertad religiosa hasta la libertad de expresión.[12] Es razonable preguntarse, imagino, si estas libertades son esenciales para realizar una subasta que resulte en laigualdad de recursos. También imagino que la respuesta natural a esa pregunta sería que la base de estas libertades debe hallarse en otra parte, y no necesariamente dentro del concepto de igualdad con el que estamos trabajando.

Además, esto no es todo lo que hay para decir sobre los principios. Dado que Dworkin cree que la subasta requiere la protección previa de los individuos que

9. SV, p. 152.

10. Cf. Arthurripstein, "Liberty and Equality", en Arthur Ripstein (ed.), Ronald Dworkin, Cambridge University Press, 2007, p. 97.

11. SV, p. 158.

12. SV, p. 160.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 78 29/04/2019 16:57:10

están sujetos a prejuicios sistemáticos y sufren serias desventajas como resultado de ese prejuicio, la tarea se traslada al Principio de Independencia.[13] Este es un buen ejemplo para ilustrar los desafíos que enfrenta el enfoque de Dworkin. Por un lado, todos los liberales simpatizan con la noción de condenar cualquier prejuicio, sea racial o religioso, por ejemplo. Por otro lado, sin embargo, ¿quién se atrevería a sostener que la subasta no puede ser realizada en presencia de tal prejuicio? La subasta no es un buen punto de partida para condenar ese prejuicio; lo cual, nuevamente, parece indicar que tal vez la libertad y la igualdad no son la misma cosa.

A partir de este punto, el argumento de Dworkin se torna aún más complejo porque, hasta ahora, estábamos analizando un mundo ideal con subastas imaginarias. Sin embargo, de aquí en adelante, estamos obligados a entrar en el mundo real. Mientras que en un mundo ideal los bienes subastados no tienen dueño, en el mundo real son producidos por alguien que está generalmente en posesión de ellos. Dworkin rechaza correctamente la idea de incrementar la igualdad prohibiendo a los ricos que adopten ciertas decisiones, como recurrir a la medicina privada, por ejemplo. En vez de ello, introduce un nuevo concepto y un nuevo principio. El concepto es el del "déficit de libertad", que consiste en una pérdida de poder –en virtud de una restricción legal– para hacer algo o tener acceso a algoque podríamos hacer o a lo que podríamos acceder si la distribución de los recursos fuese aceptable. Una comunidad victimiza a sus miembros cuando los somete a déficits de libertad; y esto, a su vez, nos lleva a un nuevo principio, el Principio de Victimización. El principio en cuestión sostiene que no se viola la libertad cuando no se victimiza a nadie; sin embargo, sostiene a la vez que puede mejorarse laigualdad cuando se victimiza a alguien. Con mayor confianza y entusiasmo de lo que amerita la vaguedad del principio, Dworkin cree haber ayudado a identificar una serie de medidas que el gobierno puede legítimamente adoptar para intentar distribuir los recursos de la comunidad, eliminando parte –aunque no el total– de las ventajas que algunas personas tienen sobre otras en virtud de un poder económico que no tenían bajo una distribución aceptable.[14] Esta es toda la guía que recibimos hacia el final del camino.

El artículo de Dworkin concluye con una insistencia en esta tesis central: la libertad y la igualdad no son virtudes independientes, sino aspectos del mismo ideal de asociación política, aspectos de la misma virtud política.[15]

Como hemos visto, su argumento es largo, arduo, tortuoso y complicado. Es parcialmente aceptable: los recursos no significan nada si no sabemos qué podemos hacer con ellos. El Principio de Abstracción es factible; el Principio de Autenticidad es demasiado amplio; el Principio de Corrección parece restringir la libertad; es difícil extraer el Principio de Independencia de la idea deigualdad

13. SV, p. 161.
14. SV, p. 175.
15. SV, p. 182.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 79 29/04/2019 16:57:10

y el Principio de Victimización parece excesivamente ambiguo. Para un esfuerzo tan grande, el resultado es bastante pobre.

Pero nada más podría esperarse, porque la libertad y la igualdad son dos cosas diferentes y unirlas en una única definición indudablemente llevaría a resultados contraintuitivos. La igualdad requiere de un mínimo de libertad, que está contenida en la versión inicial del Principio de Abstracción, pero sus extensiones y accesorios son claramente *ad hoc*: es una coincidencia milagrosa que la subasta lleve precisamente a cada libertad de la que se ocupa Dworkin. Comenzamos con una subasta y milagrosamente terminamos en el Estado liberal. Este intento recuerda a los esfuerzos de algunos pensadores políticos en derivar una serie de derechosde la noción de democracia, en lugar de admitir que la democracia es simplemente una regla de la mayoría y que los derechos que anhelan proteger son derechos liberales, con lo cual lo que deberían defender no es la democracia en sí misma, sino la democracia liberal.

Sería afortunado para la libertad y la igualdad que fuesen un mismo valor; porque si lo fueran, podríamos someterlas a la estrategia de maximización. Pero no es el caso. Si, en el mundo real, yo debo pagar un impuesto que disminuye mis ingresos y mi riqueza, puede que no tenga la posibilidad de cuestionarlo en términos de igualdad, pero puede que sí sea capaz de cuestionarlo sobre la base de que afecta mi libertad para elegir mi proyecto de vida. Si la libertad significa, hasta cierto punto, poder hacer lo que queremos, y si hay personas que no deseanser como otras personas en algunos aspectos, entonces la igualdades incompatible con la clase de libertad en cuestión.[16] No estoy insinuando, desde luego, que la igualdad no debería prevalecer en el conflicto; lo que digo es que existe un conflicto.

Dworkin intenta hacer demasiado abstracta la idea deigualdad. Cree, por ejemplo, que la subasta es una condición suficiente para todas las libertades que podamos desear. Afortunadamente, se abstuvo de sostener –al menos en forma explícita– que es también una condición necesaria. Isaiah Berlin realizó una interpretación mucho más intuitiva y de sentido común cuando afirmó que:

> Para evitar la desigualdad flagrante o el sufrimiento generalizado estoy dispuesto a sacrificar parte de, o toda, mi libertad: podré hacerlo voluntaria y libremente; pero es libertad que estoy resignando en aras de la justicia o la igualdad [...]. Todo es lo que es: la libertad es libertad, no igualdad, ni imparcialidad o justicia [...].[17]

Aparentemente en este caso, el zorro lo vio mucho más claramente que el erizo.

16. Jan Narveson, "Liberty and Equality - A Question of Balance", en Tibor Machan (ed.), *Liberty and Equality*, Hoover Institution Press, 2002, p. 44.

17. Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1968, pp. 4-5.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 80 29/04/2019 16:57:10

3. Ética y Meta-ética

Supongamos que alguien le dijera que existe algo llamado meta-lenguaje que es independiente del lenguaje. Cuando usted indaga más, se le dice que el meta-lenguaje no puede ser independiente del lenguaje, porque está sujeto a las palabras del lenguaje natural. Este sería un argumento muy malo, desde luego, porque usted podría responder que las mismas palabras pueden ser usadas de diferentes maneras, a veces para hablar sobre el mundo y otras veces para hablar sobre el propio lenguaje. Supongamos ahora que alguien le dijese que no existe una meta-matemática porque no puede evitar usar conceptos matemáticos, como los números. Este es también un muy mal argumento porque lo que hace la meta-matemática, por ejemplo, es discutir sobre la naturaleza de los números, con perspectivas tan disímiles como las de Platón y Bertrand Russell. Afirmar que lo antedicho es idéntico al argumento de Dworkin respecto de la relación entre la ética y la meta-ética implica caricaturizar el argumento; sin embargo, no es tan diferente porque, como veremos, consiste en decir que para poder hablar de moralidad, debemos recurrir a juicios morales.[18] Esto trae a la mente la pregunta planteada por Shafer-Landau: ¿qué es tan especial sobre la moralidad para que sea inmune a confirmación o dudas de segundo orden?[19]

Antes de adentrarme en el argumento de Dworkin,[20] me gustaría mencionar un aspecto general en el que estoy de acuerdo con él. Muchos filósofos cometen el error de tomar una afirmación verdadera, cambiar su contexto, y arribar a una conclusión falsa. Creo que es correcto afirmar que el concepto de verdad no tiene aplicación ética, pero no se sigue de ello que no tenga aplicación científica, dado que la ciencia tiene un ámbito completamente diferente. A la inversa, creo que es correcto decir que hay afirmaciones verdaderas en la ciencia, pero de ello no se deduce que existan afirmaciones verdaderas en la ética. Por lo tanto, concuerdo completamente con Dworkin en que es posible hablar de verdades en la ciencia; no obstante, estoy en desacuerdo con él en que sea posible hablar de verdades en la ética.

Pasemos ahora al argumento central de Dworkin. Él cree que el escepticismo (que reduciré aquí a la ética sobre las bases de lo que expliqué más arriba) toma

18. Existe incluso un argumento contra Dworkin y a favor de la posibilidad de la meta-ética que recurre al meta-lenguaje. Consideremos esta afirmación moral: "la afirmación 'Yo debo comprar eso'". Ahora consideremos la afirmación: "la afirmación 'Yo debo comprar eso' tiene cuatro palabras". La primera oración califica como una afirmación moral sustantiva, mientras que la segunda no. Cf. Daniel Star, "Moral Skepticism for Foxes", Boston University Law Review, vol. 90, p. 500.

19. Russ Shafer-Landau, "Truth and Metaethics: The Possibility of Metaethics", Boston University Law Review, vol. 90, p. 481.

20. Revelado por primera vez en "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", Philosophy and Public Affairs, vol. 25, number 2. En adelante, OAT.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 81 29/04/2019 16:57:10

dos formas: una es interna con respecto al dominio donde es aplicada y la otra es externa con respecto a lo mismo. La primera, aplicada a la moralidad, debe presuponer al menos la veracidad de un juicio moral; la segunda no hace esa presunción y en su lugar permanece fuera del ámbito de la moralidad, adoptando un punto de vista que Dworkin describe como Arquimedeano.[21] Cree que la única versión admisible del escepticismo es la interna. Porque la meta-ética se propone hablar de la ética desde fuera de su ámbito, es decir desde el punto de vista Arquimedeano, su perspectiva es inadmisible: no existe una meta-ética como algo diferente de la ética.

Dworkin describe correctamente al escepticismo externo cuando afirma que este no aborda directamente juicios morales sustantivos, sino más bien opiniones sobre esos juicios; los escépticos no cuestionan las convicciones morales en sí mismas, sino en realidad su carácter objetivo, y ese carácter objetivo no es parte de la moralidad sustantiva.[22]

Dworkin cree que el escepticismo se basa en dos afirmaciones: la neutralidad y la austeridad; ninguna de las cuales lo sustenta con éxito, tornándolo, por ende, inadmisible.

Miremos más de cerca las ideas de neutralidad y austeridad. La primera consisteen tomar una posición respecto delos juicios morales sustantivos; afirmar, por ejemplo, que la moralidad es objetivano significa adoptar una posición sobre si el aborto es moral o inmoral. ¿Cómo reacciona Dworkin a la presunción de neutralidad? Nos pide que supongamos que, luego de exponer su visión sustantiva sobre el aborto, alguien agregase que su opinión sobre el aborto es moralmente verdadera, objetivamente verdadera, moralmente necesaria. Luego sostiene que estas afirmaciones son juicios morales positivos, es decir que aclaran o enfatizan la afirmación original.[23]

Esto me resulta extraño. Supongamos que Juan dice que el aborto es inmoral y esta afirmación es objetivamente verdadera, mientras que Pedro dice que el aborto es inmoral y esa afirmación es una expresión de sus sentimientos. Según Dworkin, la ética de Juan es diferente de la de Pedro porque ambos han clarificado, y enfatizado, su juicio de forma diferente; esto es extraño, sin embargo, porque ambos están expresando exactamente la misma visión ética sobre el aborto, ya que ambos lo consideran inmoral. Tal vez sería mucho menos extraño sostener que Juan y Pedro tienen la misma visión ética, pero distintas visiones meta-éticas.

O imaginemos a una persona que está expresando proposiciones morales sinceras pero niega que cualquiera que supiera todos los hechos no morales del caso y tuviese un razonamiento instrumental impecable pudiera estar de acuerdo con ella. En cambio, cree que esos observadores ideales finalmente estarían de

21. OAT, pp. 88/89.
22. OAT, pp. 92/93.
23. OAT, pp. 96/97.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 82 29/04/2019 16:57:10

acuerdo sobre las afirmaciones físicas y matemáticas, y eso es precisamente lo que hace a estas proposiciones objetivamente verdaderas. Esta persona no está sosteniendo que los supuestos fundamentales del pensamiento moral son erróneos; es escéptica, por supuesto, pero su escepticismo no es interno.[24]

Dworkin cree que la noción de que existen propiedades morales en el universo predica que ciertas acciones son verdaderamente injustas, y que algunas personas son verdaderamente buenas, y que todo esto equivale a una proposición moral interna.Esto suena extraño, porque *es* extraño. Si yo afirmo que Juan es una buena persona porque posee las propiedades *x*, *y* y *z,* estoy formulando una proposición moral interna. Sin embargo, si agrego que existen hechos en el universo con los que puede ser contrastada esta proposición, eso no es una proposición moral interna, sino una proposición sobre la moralidad. El error de Dworkin podría ser el siguiente: cree que la afirmación "la proposición de que el aborto está mal tiene correlación con un hecho" es solo otra manera de decir que el aborto es malo.[25] Esto parece reproducir la postura de Tarski de que "la proposición 'la nieve es blanca' es verdadera, si y solo si, la nieve es en efecto blanca". En realidad, sin embargo, Tarski está sosteniendo algo radicalmente diferente que Dworkin. Tarski está contrastando la proposición con algo que excede su ámbito, es decir, con la realidad. La primera parte de su afirmación se expresa a través del metalenguaje y la segunda a través del lenguaje. Esto es precisamente lo que Dworkin está tratando de evitar hacer respecto de la ética y la meta-ética.

Uno de los blancos favoritos de Dworkin es el expresivismo ético, que sostiene que los juicios morales son meras expresiones de aprobación o desaprobación de parte de aquellos que las emiten. La crítica de Dworkin[26] consiste en recordarnos que la gente común no adhiere al expresivismo, y cree en su lugar que hay algo de cierto en los juicios morales que es independiente de la actitud; por lo tanto, el expresivismo no puede esperar que estas personas adhieran a su teoría. Dos cosas vienen a la mente aquí. Primero, el expresivismo está al tanto de lo que piensan las personas comunes, y no cree que su meta-ética describa las actitudes de las personas comunes. Segundo, aún si el expresivismo falla como posición meta-ética, no se sigue de ello que no exista una meta-ética, o incluso una meta-ética escéptica, de la cual hay otras variantes, como el subjetivismo moral.

El siguiente objetivo de Dworkin es la teoría de Mackie, que cree que respeta la idea de austeridad, pero no de la neutralidad. La austeridad se propone combatir la tesis de la objetividad de los valores usando argumentos no morales. Dworkin rechaza la idea de que la diversidad moral demuestra que los valores no son objetivos resaltando que la popularidad de una opinión moral no es prueba de su veracidad y que el alcance de la diversidad ha sido exagerado. Al mismo

24. Shafer-Landau, cit., pp. 493/494.
25. OAT, pp. 100 y 103.
26. OAT, p. 109.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 83 29/04/2019 16:57:10

tiempo objeta el argumento de Mackie sobre la "rareza" de los valores morales en relación con su carácter motivante, y defiende, en su lugar, un punto de vista externalista en términos de fundamentos morales.[27] Nuevamente, dos cosas vienen a la mente aquí. Primero, Dworkin confunde el ámbito del ataque de Mackie contra la moralidad del sentido común. Mackie no está criticando la ética de la moralidad del sentido común (principios sustantivos), sino más bien su meta-ética. No cuestiona si alguien puede sostener que el aborto es inmoral, sino si se puede sostener que el aborto es objetivamente inmoral; sin embargo, al contrario de lo que Dworkin cree, Mackie no habría violado la precaución de neutralidad (y ciertamente no la precaución de austeridad). Segundo, nuevamente, aún si la visión de Mackie fuera defectuosa, esto no es suficiente para demostrar que la meta-ética es imposible.

Para concluir su ataque al escepticismo externo, Dworkin insiste en que la moralidad es una dimensión independiente de nuestra experiencia, que ejerce su propia soberanía; si tenemos dudas sobre esto, debemos recurrir a nuestro juicio moralpara saber si son justificadas. La frase final de su ataque es la siguiente: si la moralidad debe ser destruida, debe presidir sobresu propia destrucción.[28] El autor que criticaba duramente a sus adversarios, especialmente a Mackie, por usar metáforas en lugar de argumentos, concluye su crítica con nada menos que una metáfora.

Como he afirmado al comienzo de esta sección, Dworkin acepta la posibilidad del escepticismo interno, pero lo que dice sobre él excede el ámbito de este artículo; lo que estoy interesado en demostrar aquí es su error respecto de la imposibilidad del escepticismo externo. El ambicioso objetivo de Dworkin es notable, ya que se propone establecer la imposibilidad de la meta-ética sin prestar ninguna atención a los argumentos de los escépticos, en lugar de responder a sus diferentes argumentos que finalmente producen distintas clases de escepticismo.

En su obra de 1996, Dworkin caracterizó al escepticismo, como hemos visto, sobre la base de dos características: neutralidad y austeridad. Sin embargo, en *Justicia para Erizos*, introdujo explícitamente dos variantes del escepticismo externo: escepticismo de error y de naturaleza. Los escépticos externos de error sostienen que todos los juicios morales son falsos, mientras que los escépticos externos de naturaleza sostienen que no son ni verdaderos ni falsos, y que es erróneo considerarlos como descripciones de cualquier cosa.[29] No estoy particularmente interesado en esta distinción, ya que mi objetivo es demostrar la posibilidad de alguna forma de escepticismo externo, independientemente de qué forma tome (aunque prefiero el escepticismo de naturaleza). Por lo tanto, cabe notar que Michael Smith ya ha demostrado que ambas formas de escepticismo son posibles.

27. OAT, pp. 93 y 113.
28. OAT, p. 128.
29. JFH, p. 32.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 84 29/04/2019 16:57:10

Comencemos por el escepticismo de error. Este tipo de escepticismo externo sostiene que el mundo no contiene características morales, y esto no necesariamente se asemeja a una ilusión. Dworkin profesa que los escépticos externos de error siempre deben basarse en una afirmación moral sustantiva; pero Smith pregunta, ¿cuál es el punto de vista moral sustantivo sostenido por quien está convencido de que la idea de una propiedad objetivamente prescriptiva es incoherente? El argumento del escéptico de error, como revela Smith, no presupone ninguna veracidad de la proposición moral.[30]

Veamos ahora el caso del escéptico externo de naturaleza. Dworkin piensa que esta clase de escepticismo no puede rechazar los argumentos morales mediante argumentos que son, al mismo tiempo, pertinentes e independientes. Smith responde que los escépticos solo son escépticos sobre la afirmación de que los juicios morales expresan verdades o falsedades del mismo tipo que las verdades o falsedades que manifestamos cuando expresamos creencias que no están constituidas por deseos sobre cuestiones de hecho que no son morales. Y esta posición respeta las precauciones de pertinencia e independencia.[31]

Smith está en lo cierto. Cuando el escepticismo moral sostiene que los juicios morales no son verdaderos ni falsos, lo que dice es que no son susceptibles de ser verdaderos ni falsos por correspondencia; y que la verdad, por razones de coherencia, puede ser una condición necesaria para una teoría moral sólida, pero no es una condición suficiente para ella. Por supuesto, los escépticos no objetan que se utilice el concepto de verdad en la moral en cualquier otro sentido.[32]

Por otro lado, alguien podría objetar que dado que estoy concentrándome en la obra de 1996, he excluido el argumento principal de Dworkin contra la posibilidad de la meta-ética en *Justicia para Erizos*. ¿Cuál es ese argumento? El principio de Hume, al que Dworkin describe de la siguiente manera:[33] ninguna serie de proposiciones sobre cómo es el mundo, como hecho científico o metafísico, puede tener éxito como argumento en sí mismo respecto de una conclusión sobre cómo debería ser sin recurrir a un juicio de valor que está escondido en sus lagunas. Dworkin afirma que este principio parece una verdad evidente, y yo podría estar de acuerdo con él,[34] pero ¿cuál es el alcance del principio? Cuando Hume afirma que un "deber ser" no puede derivarse de un "ser" en un caso particular, lo que tiene en mente es el razonamiento deductivo. La meta-ética con certeza no es un caso de razonamiento deductivo, por lo cual el principio no aplica. ¿Por qué

30. Michael Smith, "Dworkin on External Skepticism", *Boston University Law Review*, vol. 90, pp. 512 y 514.

31. Smith, cit., p. 519.

32. Cf. Martin D. Farrell, "El alcance (acotado) del escepticismo moral", *Análisis Filosófico*, vol. XXXIII, número 1.

33. JFH, p. 44.

34. Aunque no todos estarían de acuerdo, por supuesto. Cf. Crítica de James Dreier en "Meta-Ethics and Normative Commitment", *Philosophical Issues* 12, p. 244-246.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 85 29/04/2019 16:57:10

Hume cuestionaría la posibilidad de describir un sistema normativo, mediante proposiciones que describen lo que es, compuestas por proposiciones sobre el deber ser? La ciencia jurídica lo hace todo el tiempo.

La meta-ética, en conclusión, parece seguir gozando de buena salud.

4. Derecho y moral

El positivismo ideológico es una doctrina que floreció en tiempos antiguos y sostenía que la moral es parte del derecho como una subespecie de este: nada podía ser considerado moral si no era primero parte del derecho. Creón fue un positivista ideológico, por lo cual estaba genuinamente perplejo ante la negativa de Antígona a obedecer órdenes por motivos morales. "¿Cómo podría cualquier cosa contraria al derecho ser moral?", se preguntaba Creón.

El último de los positivistas ideológicos, Thomas Hobbes, defendía las mismas ideas en el siglo XVII; después de Hobbes, es difícil encontrar un positivista ideológico. Tiene sentido que no haya ninguno, porque la doctrina impide a la moral cumplir su función de evaluar, e impactar sobre, el derecho. Si cualquier cosa contenida en una norma jurídica es por lo tanto moral, entonces las leyes de Nüremberg de 1935 son morales. Si estas leyes fueron efectivamente derecho ha sido, y continua siendo, objeto de mucha discusión; sin embargo, los únicos que alguna vez sostuvieron que eran morales fueron los líderes nazis. No obstante, esta sería una conclusión inevitable si adhiriésemos al positivismo ideológico.

Pero mientras el positivismo ideológico desapareció en el siglo XVII, en el siglo XXI apareció su opuesto: el moralismo ideológico, que sostiene que el derecho es parte de la moral y no es independiente de ella. ¿Quién podría defender esta extraña teoría?

Alguien que estuviese obsesionado con la unidad, claro: Ronald Dworkin. Nótese cuán radical es su propuesta desde el comienzo: los teóricos del derecho natural –clásico o contemporáneo– defienden la idea de que el contenido del derecho debe ser consistente con el contenido de la moral, pero la versión del derecho natural de Dworkin lleva esto un paso más adelante al sostener que el derecho es parte de la moral, que el derecho es un subconjunto de la moral.

Esta tesis aparece en el capítulo 19 de *Justicia para Erizos*. Dworkin comienza por estudiar la idea de que el derecho y la moral son dos conjuntos de normas diferentes. De allí derivan dos teorías que aplican esta noción separadamente: mientras el positivismo jurídico sostiene una independencia absoluta entre ambos sistemas, lo que Dworkin llama interpretativismo (y yo llamaría derecho natural) niega tal independencia y supone que el derecho no solamente está compuesto de normas sino también de principios que proveen la justificación moral de

El imperio de Ronald Dworkin.indd 86 29/04/2019 16:57:10

esas reglas. Esta segunda posición es precisamente la que Dworkin defendió al principio de su carrera académica, aunque ahora sostiene, en cambio, que ambas posiciones comparten el mismo defecto: si el derecho y la moral son entendidos como sistemas diferentes, entonces no hay ningún punto de vista neutral para resolver el problema de su conexión. Entonces, como podemos ver, una cosa es afirmar, como hizo Dworkin al principio, que hay una intrincada conexión entre el derecho y la moral[35] y otra diferente es sostener, como hizo Dworkin después, que el derecho y la moral son la misma cosa.

Ahora Dworkin afirma que debemos tratar al derecho como una parte de la moral política, como una rama o subdivisión de ella. Para diferenciarlo del resto de la moral política, Dworkin recurre al fenómeno de la institucionalización[36], al que ve como característico de las sociedades con separación de poderes. Esto, al mismo tiempo, lo lleva a distinguir entre dos tipos de derechos políticos: legislativos y jurídicos. Los primeros son derechos no exigibles, que deben esperar hasta que los caprichos de la política decidan que es su momento de ser cumplidos, mientras que los segundos son derechos exigibles, y podemos recurrir al sistema judicial para su cumplimiento. Los derechos jurídicos son derechos políticos, pero de una clase especial, ya que su cumplimiento puede ser exigido a pedido de las partes interesadas. (405/407) Dworkin cree que incluso algunos derechos constitucionales –los vinculados a los asuntos internacionales, por ejemplo– deben ser entendidos como derechos políticos, pero no jurídicos.[37]

No tengo problemas con la distinción entre los derechos exigibles y no exigibles, pero no creo que requiera eliminar la distinción entre el derecho y la moral. La Constitución argentina establece que los casos penales deben ser juzgados ante un jurado, pero sería ridículo que alguien que ha cometido un delito cuestionase su pena sobre la base de carecer de un juicio por jurados. Puedo exigir, en cambio, que mi inquilino cumpla con los deberes estipulados en nuestro contrato, porque mi derecho, en este caso, es exigible, mientras que el derecho reclamado por quien cometió el delito no lo es. Sin embargo, no veo de qué forma se relaciona esto con la conexión entre el derecho y la moral.

Si vemos al derecho como una rama de la moralidad política, entonces inmediatamente nos topamos con la necesidad de diferenciar entre derechos jurídicos y otros derechos políticos; y aquí es donde Dworkin enfrenta una dificultad que no logra superar. Toma dos ejemplos y señala diferencias entre ellos que, sin embargo, no parecen ameritar soluciones diferentes: la ley sobre esclavos fugitivos y los edictos nazis. En el primer caso, el Congreso de los Estados Unidos emitió,

35. JFH, pp. 401-404.

36. Hay quienes creen que el proceso de institucionalización debería llevar a Dworkin a la conclusión opuesta, es decir, a admitir que el derecho y la moral son dos sistemas diferentes. Cf. Hugo Baxter, "Dworkin's 'One System' Conception of Law and Morality", *Boston University Law Review*, vol. 90, pp. 861-862.

37. JFH, pp. 405-407.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 87 29/04/2019 16:57:10

antes de la Guerra Civil, una ley obligando a los funcionarios en estados libres a devolver a los esclavos fugitivos a sus dueños. ¿Qué debían hacer los funcionarios en estos casos? ¿Tenían los jueces la obligación política de fallar a favor de los dueños de esclavos? Por un lado, el Congreso de los Estados Unidos era una institución política legítima, que estaba a favor de los dueños de esclavos; por otro lado, había un argumento moral a favor de los derechos humanos. Desde un punto de vista moral, Dworkin cree que la ley no debería haber sido aplicada.

Pero ¿cómo debería plantearse esta solución en términos jurídicos? Dworkin ofreció dos alternativas: la primera era sostener que la ley que afectaba a los esclavos fugitivos era válida, pero demasiado injusta para ser aplicada; la segunda consistía en decir que la ley era demasiado injusta para ser válida.

Dworkin prefiere la primera alternativa, sosteniendo que los jueces enfrentaban un dilema moral al aplicar la ley sobre esclavos fugitivos. Pero si la moral es parte del derecho, ¿cómo es posible que una norma válida dentro del sistema sea, al mismo tiempo, (moralmente) injusta?

En el segundo caso de Dworkin –los edictos nazis– él cree que esos edictos ni siquiera creaban derechos *prima facie*, porque el régimen nazi era completamente ilegítimo; por lo tanto, los edictos no constituían derecho y los jueces no enfrentaban ningún dilema moral ante tales edictos, solo cuestiones prudenciales.[38]

Pero en este caso, la supuesta pertenencia del derecho al ámbito de la moral no cumple ninguna función para distinguir entre estos dos ejemplos, ya que la ley concerniente a los esclavos fugitivos era tan inmoral como la de los edictos nazis. Lo que sí cumple un papel para diferenciar entre ellos es otra cosa: si la norma en cuestión es parte de un sistema que es generalmente visto como justo (en los Estados Unidos) o generalmente visto como injusto (en la Alemania nazi). Y, por otra parte, Dworkin no nos dice qué eran entonces los edictos nazis, siendo que piensa que no eran derecho.

Esto ciertamente no es un defecto menor. Waldron, por ejemplo, admite que –según Dworkin– los jueces que enfrentan un caso difícil tienen que desentrañar qué es lo que exige la moral y a veces fracasan, sea porque sus cálculos morales son descuidados o sus convicciones morales erradas. ¿Esto cuenta igualmente como derecho? La respuesta de Waldron es poco clara: aunque el derecho es una rama de la moral, no se sigue de ello que el derecho exija la perfección moralo que nunca sea moralmente desafortunado. ¿Existen ramas de la moral que contienen principios moralmente desafortunados? Waldron tampoco es de mucha ayuda con el problema de los edictos nazis. Sostiene que los procesos a través de los cuales fueron sancionados estos edictos no pretendían ser morales frente a los ciudadanos alemanes; por lo tanto, no es necesario cuestionar si eran derecho.[39]

38. JFH, pp. 410-411.

39. Jeremy Waldron, "Jurisprudence for Hedgehogs", *NYU School of Law*, Public Research Paper, pp. 21, 23 y 26.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 88 29/04/2019 16:57:10

Pero creo que sí necesitamos hacernos esa pregunta por al menos dos razones: a) si no son derecho entonces la pregunta sobre su naturaleza sigue sin respuesta: ¿qué son?; b) lo que sugiere Waldron es que los edictos en cuestión no requerían de obediencia moral, y esto es aceptable para cualquier positivista jurídico que defienda la distinción entre el derecho y la moral. Por consiguiente, ¿hasta qué punto la afirmación de Waldron sobre los edictos defiende específicamente la tesis de Dworkin?

El resultado de esta particular obsesión por la unidad consiste aquí en que Dworkin cree que debemos luchar por transformar a la Constitución en algo que merezca la aprobación de nuestro sentido de la moral, no porque debamos equiparar el derecho a la moral, sino porque esto es lo que el propio derecho, entendido correctamente, exige de nosotros.[40] El defecto de esta postura refleja el defecto del positivismo ideológico. El positivismo ideológico impedía a la moral controlar, evaluar e influenciar el derecho, mientras que el moralismo ideológico de Dworkin impide al derecho reforzar a la moral en casos que requieren la aplicación de sanciones legales. Afortunadamente, sus esfuerzos fracasaron: la idea de la unidad del derecho y la moral daña tanto a la filosofía del derecho como a la filosofía moral.

5. Conclusión

¿Qué significa todo esto? En primer lugar, significa principalmente que los tres intentos por lograr la unidad fracasaron. Comencemos por la distinción entre la libertad y la igualdad. Sería muy conveniente que ambas constituyeran el mismo valor, porque entonces sería aplicable la estrategia de la maximización. Dworkin cuestiona si la igualdad es un valor, ¿pero no puede la libertad ser sometida a la misma pregunta? Creo que es absolutamente concebible que alguien realice declaraciones en nombre de la libertad sin mencionar a la igualdad en ellas. Es perfectamente legítimo considerar la libertad como un valor intrínseco, es decir, un valor en sí mismo, mientras que Dworkin –en el mejor de los casos– la reduce a un valor instrumental, un instrumento para hacer valerla igualdad de recursos obtenidaa través de la subasta. El resultado es desalentador para los liberales.

Esta es una estrategia reiterada y deliberada. En *Justicia para Erizos*, por ejemplo, Dworkin afirma que "[l]a estructura y nivel de impuestos vigentes pueden invadir la libertad si son injustos –si no muestran igual interés y respeto por todos–".[41] Pero luego, como señala Kramer, para Dworkin los problemas delibertad son problemas de injusticia: la libertad no tiene relevancia o peso

40. JFH, pp. 415.
41. JFH, pp. 375.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 89 29/04/2019 16:57:11

político, y su significado depende del valor justicia.[42] Lo que propone Dworkin es una libertad devaluada.

Veamos la distinción entre ética y meta-ética. El utilitarismo sostiene como un principio supremo, por ejemplo, que la felicidad es el único valor y esta es sin duda una afirmación ética. Pero ¿cómo puede describirse este principio? Bentham lo veía como subjetivo, Mill como objetivo. Esta discrepancia no puede ser interpretada como ocurrida dentro del ámbito de la ética, porque ambos estaban defendiendo el mismo principio. Adicionalmente, Bentham lo entendía como un principio analítico y Mill como un principio sintético; por lo tanto, la discrepancia no puede, por las mismas razones expresadas antes, ser interpretada como una discusión en un plano ético. La razón es simple: ambas son discusiones meta-éticas.

A lo largo de toda su carrera, Dworkin siempre supuso, sin molestarse demasiado en probarlo, que estos valores eran objetivos. Los autores que cuestionan el objetivismo –como Mackie, por ejemplo– representaban un desafío para él; uno que se proponía eliminar drásticamente, eliminando a la meta-ética como disciplina. Esta fue una jugada radical, para la cual no logró presentar argumentos sólidos.

Concluyamos con la distinción entre el derecho y la moral. Dworkin fue, desde el principio, un teórico del derecho natural; por entonces, era el enemigo declarado del positivismo jurídico, al que identificaba con Hart, ya que no estaba familiarizado con las obras de Kelsen. Con su tercer intento por la unidad, logró un objetivo ideal: si el derecho es parte de la moral, entonces el derecho natural es no solo cierto, sino analíticamente verdadero, mientras que el positivismo es contradictorio. ¡Qué resultado conveniente!

Sin embargo, estamos obligados a ser escépticos. Si el derecho es un subconjunto de la moral, entonces necesariamente debemos preguntar: ¿qué moral? ¿Deontológica o consecuencialista, por ejemplo? O, tomando una postura herética y suponiendo que la meta-ética no existe: ¿objetiva o subjetiva? Y si el derecho es un subconjunto de la filosofía política, necesariamente debemos preguntar: ¿qué filosofía política? ¿Marxista, liberal, comunitaria o feminista, por ejemplo? *Justicia para Erizos* no dice nada respecto de estos problemas, y muchos otros.

Debo confesar que me sentí un poco incómodo mientras escribía este artículo por tener que decirle a los lectores lo que ya saben: que la libertad no es igualdad, que la ética no es meta-ética y que el derecho no es moral. ¿Por qué desperdiciar el tiempo del lector y el mío? Mi excusa es que un gran filósofo con argumentos muy sofisticados afirmó lo contrario. Pero esos argumentos eran también implausibles y contraintuitivos; y por ende precisaban de aclaración. Por lo tanto, me gustaría pensar que todo esto ha sido más que una mera pérdida de tiempo.

42. Matthew H. Kramer, "Working on the Inside: Ronald Dworkin's Moral Philosophy", University of Cambridge, Legal Studies Research Paper Series, 2012, p. 14.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 90 29/04/2019 16:57:11

Tres autores y cuatro metáforas*

*Martín Böhmer***

Si alguien, que es argentino, habla sobre metáforas, incluso si su tema no es la literatura sino el derecho, es inevitable que se refiera a Borges. En mi caso he utilizado su literatura en diversas ocasiones y este trabajo añadirá un elemento más a la serie.

En la primera parte del siglo pasado Borges se planteó la pregunta que muchos habían tratado de responder: ¿Qué es ser un escritor argentino? La pregunta era una instancia de una pregunta más amplia: la cuestión de la identidad argentina en general. La identidad de un país gobernado por Buenos Aires, que había logrado la increíble tarea de crear, casi ex nihilo, un Estado nacional y una economía en funcionamiento que crecía rápidamente y que recibió una afluencia de inmigrantes que constituirían la mitad de la población del país. La generación gobernante advirtió sorprendida y ofuscada que la promesa de sus padres conllevaba una condición implícita que no se estaba cumpliendo. Los fundadores les habían prometido que gobernarían sobre una sociedad más grande y más diversa, pero nadie les había dicho cómo hacer frente a la heterogeneidad, y menos aún que deberían lidiar con los anarquistas, socialistas, comunistas y sindicalistas que se mezclaban entre los campesinos y los obreros que huían del hambre europeo. Se les había prometido prosperidad, no convulsión.

De esa sorpresa entonces surgió la pregunta: ¿qué es ser argentino? Y a partir de esa pregunta general, otras: ¿cuál es el idioma de los argentinos, ¿qué es la literatura argentina? y finalmente la pregunta de Borges: ¿qué es ser un escritor argentino? Su primera respuesta fue negar la que algunos ya habían intentado: que la literatura argentina es la literatura de la pampa. Es decir, poemas, cuentos, ensayos, novelas pobladas de vacas, de caballos y de gauchos. Borges no estaba de acuerdo. Para él, ésa era literatura extranjera en escenarios argentinos y, como le gustaba decir, no hay camellos en el Corán. El libro que define la cultura árabe

* Traducido por Juan Nascimbene.

** Universidad de Buenos Aires.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 91 29/04/2019 16:57:11

no necesita insistir en hacer explícito lo que se asume en la práctica. Los camellos son parte de un trasfondo que debe ser dejado sin especificar.[1]

Entonces, ¿cuál es el trasfondo de la Argentina? ¿Dentro de qué tradición podemos escribir con el fin de ser identificados como argentinos? Vamos a escuchar la respuesta de Borges:

> ¿Cuál es la tradición argentina? Creo que podemos contestar fácilmente y que no hay problema en esa pregunta. Creo que nuestra tradición es toda la cultura occidental, y creo también que tenemos derecho a esa tradición, mayor que el que pueden tener los habitantes de una u otra nación occidental.[2]

¡Toda la tradición occidental! En efecto, estuvo aquí desde que los conquistadores españoles pusieron pie en el Río de la Plata, y luego se amplía con la llegada de los inmigrantes. Cualquier cosa que escribimos es nuestra: una novela francesa, una breve historia de misterio norteamericana, un poema persa, incluso el Quijote.[3] Y ya que somos extraños a toda tradición, ya que estamos lejos de ambos continentes, en la orilla, no ya en Europa y no del todo en América Latina, estamos condenados a la libertad. Toda cosa que escribimos es nuestra. O tal vez, diciéndolo con más cautela: todo lo que Borges escribió era suyo, era literatura de Borges, y por lo tanto literatura argentina que finalmente, se hizo universal.[4]

El francés, el norteamericano y el persa no eran tan libres como nosotros. Escribir una novela después de Flaubert, implicaba escribir à la Flaubert o en contra suya. Flaubert se convirtió en el trasfondo de lo que significaba escribir novela francesa si uno es un escritor francés. La tradición nos une, ofrece un estilo, una comprensión del ser, una identidad. La otra posibilidad es la nada, la pampa que llamamos desierto, la ausencia de la civilización, la barbarie, el silencio.[5]

Pero hay una tercera posibilidad. Los argentinos, según Borges, tienen derecho a la tradición occidental, pueden producir cualquier literatura occidental y escribir de cualquier forma que deseen debido justamente a que viven en los bordes.

1. La idea de trasfondo (*background*) se encuentra en, entre otros: Wittgenstein, Ludwig, *On Certainty*. Ed. G.E.M. Anscombe, G.H. von Wright. Oxford, Blackwell, 1974; Dreyfus, H., *Ser-en-el-mundo, comentario a la División I de Ser y Tiempo de Martin Heidegger*, Santiago de Chile, Editorial Cuatro Vientos, 1996. Dreyfus, H., ed. *Husserl, Intentionality and Cognitive Science*. Cambridge, MA: Mit Press, 1982; Dreyfus H., *What Computers Still Can't Do: A Critique of Artificial Reason*. Cambridge, MA: Mit Press 1992; Dreyfus H., *Intelligence without Representations. Merleau-Ponty's Critique of Mental Representation. Phenomenology and the Cognitive Sciences* 1 (4): 367–383. 2002; John R. Searle, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization* (Nueva York, Oxford University Press, 2010); Pierre Bourdieu, *The Logic of Practice*, trans. Richard Nice (Stanford, California: Stanford University Press, 1990).

2. Borges, Jorge Luis, "El escritor argentino y la tradición", en *Discusión*, 1932.

3. Borges, Jorge Luis, "Pierre Menard, autor del Quijote", en *Ficciones*, 1944.

4. Sarlo, Beatriz, *Borges, un escritor en las orillas*, Barcelona, Ariel, 1993.

5. Dreyfus, Hubert L, "Hiedegger on Art", en *A Companion to Heidegger*, editado por: Hubert l. Dreyfus and Mark a. Wrathall, Part III, 25, Blackwell, 2004.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 92 29/04/2019 16:57:11

Porque, a pesar de que tenemos todo el derecho que viene con ser propietarios de la cultura occidental, somos ajenos a ella, estamos lejos de su centro, estamos en las orillas. Lo que a su vez nos ofrece horizontes de libertad impensados para quienes forman parte del centro.

En lo que sigue voy a tratar de mostrar cómo este enfoque puede resultar productivo para la teoría del derecho, y la forma en la que puede iluminar la relación entre un profesor de derecho inglés y dos de sus alumnos más brillantes, un estadounidense y un argentino.

Hace unos meses, "Discretion"[6] (D), un artículo escrito por H. L. A. Hart en 1956, fue descubierto en la biblioteca de Harvard. El artículo reflejaba la difícil tarea que el profesor Hart se había impuesto: encontrar un espacio entre el realismo y el formalismo jurídico, o como lo describió con posterioridad, entre la pesadilla y el noble sueño. En su artículo, trató de clarificar su idea acerca de lo que entendía por decisiones jurídicas gobernadas por la discreción. Para él una decisión discreta ocupaun espacio entre una decisón tomada a partir de un capricho, discrecional (la pesadilla), y otra dictada por reglas (el noble sueño).[7]

Su empresa era importante. En ese momento de la historia, y muchos argumentarían que aun hoy, la teoría del derecho estaba luchando por definir su lugar entre esos dos polos, sin una tercera posición disponible. Una decisión jurídica era para unos el producto de la arbitrariedad del poder absoluto, una instancia de la ley del Cadí,[8] o para otros la consecuencia jurídica necesaria en un razonamiento lógico. El realismo y el formalismo fueron esos dos polos. Interesantemente, nadie admitiría pertenecer a ninguno de los dos. A pesar de que los más radicales entre ellos, como por ejemplo Jerome Frank entre los realistas y Chistopher Columbus Langdell en el lado formalista, entrarían en la imaginación general como ejemplos de esas posiciones, muchos pensaron que esas dos perspectivas eran meramente hombres de paja, objetivos para una crítica fácil. No obstante, los dos polos todavía generan mucha atracción, por lo menos la necesaria para la utilización de otra metáfora: esa que afirma que la teoría jurídica navega entre el Escila y el Caribdis de estas dos actitudes frente a las decisiones judiciales y que debería también, como el barco mítico, tratar de evitarlas, a riesgo de hundirse.[9]

6. Hart, H. L. A., *Discretion*, 127 HARV. L. REV. 652 (2013). Las traducciones de este trabajo han sido realizadas por el autor.

7. Hart: "Me parece entonces que la discreción ocupa un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por un capricho puramente personal o momentáneo y aquellas que se toman para dar efecto a métodos claros de alcanzar metas claras o para conformarse a reglas cuya aplicación a un caso particular resulta obvio". *ob. cit,* 658.

8. Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echevarría, J. Roum Parella, E. Imaz, E. García Máynez, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 732 y ss.

9. Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1998: "El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio", p. 183.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 93 29/04/2019 16:57:11

El descubrimiento de (D) fue importante por muchas razones (ilumina la famosa visita de Hart a los EE. UU., sus relaciones con los miembros de la Escuela Procesal, y en particular con Lon Fuller), pero sobre todo porque brinda nuevos significados a "El Concepto de Derecho"[10] (ECD), que fuera publicado algunos años después. Y dado que (ECD) fue esencial para las teorías de Dworkin y Nino, podemos jugar con el impacto de (D) en las lecturas de (ECD) y ver hacia dónde nos lleva.

(ECD) fue considerado como el texto positivista por antonomasia. En América Latina también fue leído como una mejora a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. La comparación entre la Norma Hipotética Fundamental y la Regla de Reconocimiento es una pregunta típica de examen en las Facultades de Derecho de América Latina. (ECD) es leído, por lo tanto, como el texto que brinda una descripción positivista clara del sistema jurídico, de cualquier sistema jurídico, y la regla de reconocimiento se entiende como su concepto central.

La metáfora sobre la que trabaja es la del Tótem. Se encuentra en Hart cuando afirma:

> La forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos una "regla de reconocimiento" ("rule of recognition"). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que este ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurreen el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad.[11]

Así surge el Tótem, un monumento público construido en una aldea con el fin de que la comunidad encuentre fácilmente las reglas del sistema. Es el criterio unívoco que identifica la ley. La metáfora, sin embargo, es engañosa. Puede ser parte de la razón por la cual (ECD) se malinterpreta como si propusiera una tesis del pedigrí,[12] la posición que sostiene que la ley debe ser identificada con independencia de los valores morales y tomando solo en cuenta lo que se encuentra en el Tótem. También sugiere con mucha facilidad una tesis de discrecionalidad[13] en el sentido de que un conflicto que no se resuelve mediante

10. Ob. cit., Nota 9 *supra*.

11. Ob. cit., p. 117.

12. Shapiro, Scott J., "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed" (5 de marzo de 2007). Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=968657 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657.

13. Ídem.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 94 29/04/2019 16:57:11

las reglas que se encuentran en el tótem, se deja a la discrecionalidad (la mera voluntad) de la persona que ha sido asignada para decidir a través de la regla de adjudicación. Lo mismo ocurre con la tesis dela obligación,[14] la contrapartida de la tesis de la discrecionalidad: si no hay una norma jurídica no existe obligación jurídica ninguna.

Esta manera de leer Hart, una lectura que debemos a Dworkin, se tomó prestada de manera natural en América Latina[15] y en un sentido que presta credibilidad a lo que Carlos Nino llama "positivismo ideológico", la idea de que un juez debe decidir solamente utilizando reglas jurídicas positivas (y al formalismo, ya que si debe es porque puede). Esa fue una de las razones por la cual la llegada de la teoría de Dworkin a nuestras costas, criticando lo que parecía ser en Hart positivismo ideológico y formalismo, fuera considerada una reaparición de la teoría del derecho natural, teoría de los principios mediante.

Una mala interpretación de la metáfora del Tótem había ganado la batalla. Fue una pena, ya que (ECD) rechaza expresamente la lectura fácil de la regla de reconocimiento como un conjunto de proposiciones que alguien puede tallar en un Tótem y en menor medida como un conjunto de frases que cualquiera puede leer en él. De hecho Hart afirma a continuación de la cita anterior:

> No hay duda de que como cuestión histórica este paso del mundo prejurídico al jurídico puede ser cumplido en etapas distinguibles, la primera de las cuales es la mera reducción a escritura de las reglas hasta ese momento no escritas. Este no es en sí el paso crucial aunque es muy importante. Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como *revestida de autoridad* esdecir como la forma *propia* ("proper" en el original en inglés, es decir "correcta, adecuada") de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla de identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.[16]

¿Cuál es ese reconocimiento que Hart afirma que resulta crucial, qué tipo de habilidad es, qué tipo de disposición? Hart en la introducción a (ECD) niega que sea simplemente la identificación de un significado o la búsqueda del significado de un texto inscripto en un Tótem:

> A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva; porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan

14. Ídem.

15. López Medina, D.E., *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

16. Ob. cit., nota 9 *supra*, p. 118.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 95 29/04/2019 16:57:11

> luz sobre estas, es falsa. Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que estas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa.[17]

Me parece desconcertante que Hart se adhiriera luego a la interpretación que los demás hacen de su libro, principalmente a la de Dworkin, como se refleja en su famoso debate. ¿Por qué no persiguió el "examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que estas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa"? ¿Por qué no aprovechar las ideas de Wittgenstein sobre el lenguaje como una práctica,[18] por qué no dar seguimiento a la idea de "usos estándar", por qué no basarse en la idea del contexto social, que no es otra que la de "trasfondo" que no solo otros, como Wittgenstein, habían trabajado sino que también él mismo lo hizo en este mismo libro?[19]

Aquí es donde (D) es muy útil para dar un nuevo significado a (ECD). De hecho, es un ejemplo interesante de re-significación, un documento que fue escrito con anterioridad al libro, pero que solo se pudo leer mucho después de que empezamos a discutir el libro. La discusión acerca de la discreción que este documento recién descubierto promueve es notablemente diferente de la discusión que la tesis de la discreción (como ejercicio de la mera voluntad cuando no

17. Ob. cit. nota 9 supra, pp. XI y XII.

18. Ver nota 1 *supra*. Pero no puedo dejar de transcribir el siguiente párrafo: "...Mary Warnock lo recuerda (a Hart) 'agarrando a Geoffrey (Warnock) y diciendo, "¡Me quedé despierto toda la noche! ¡Me quedé despierto toda la noche! No puedo pensar en otra cosa"', luego de leer *Investigaciones Filosóficas*. Y más tarde en su vida, durante una conversación con un colega más joven se refirió a Investigaciones Filosóficas como 'nuestra biblia'". Nicola Lacey, *A life of H.L.A. Hart the nightmare and the noble dream*, Nueva York, Oxford University Press, 2004. La traducción es del autor.

19. En efecto, Hart afirma: "Los enunciados de validez jurídica de reglas particulares, hechos en la vida cotidiana de un sistema por jueces, abogados o ciudadanos ordinarios, llevan consigo, en verdad, ciertas presuposiciones. Son enunciados internos de derecho que expresan el punto de vista de quienesaceptan la regla de reconocimiento del sistema, y, como tales, dejan sin expresar mucho que podría ser expresado en enunciados externos de hecho acerca del sistema. *Lo que queda así sin expresar forma el trasfondo o contexto normal de los enunciados de validez jurídica, y se dice, por tal razón, que es "presupuesto" por ellos.* Pero es importante ver cuáles son precisamente estas cuestiones presupuestas, y no oscurecer su carácter. Ellas consisten en dos cosas. Primero, cuando alguien afirma seriamente la validez de una determinada regla de derecho, por ejemplo, una ley, usa una regla de reconocimiento que acepta como adecuada para identificar el derecho. En segundo lugar, ocurre que esta regla de reconocimiento, en términos de la cual aprecia la validez de una ley particular, no solamente es aceptada por él, sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema. Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones". (énfasis agregado) Ob. cit., pp. 134-135.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 96 29/04/2019 16:57:11

hay reglas que determinan claramente a la decisión) ha generado en la historia de la teoría del derecho. Sigue siendo un misterio por qué Hart no tomó este otro camino, ¿por qué no volvió a echar mano de (D) para dar más densidad a (ECD)?[20]

Para explicar los usos de de la noción de "discreción" en el lenguaje natural Hart afirma en (D) que:

> La discreción es después de todo, el nombre de una virtud intelectual: es un casi sinónimo de sabiduría práctica o de sagacidad o de prudencia; consiste en el poder de discernir o distinguir lo que es apropiado hacer en varios campos y etimológicamente estáconectada con la noción de discernimiento.[21]
> Esta definición nos envía nuevamente a (ECD) *y a la forma* propia *de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla*, es decir, a la forma de actuar de la regla de reconocimiento. Pero (D) avanza más allá para preguntarse de qué manera opera esta virtud y propone otra metáfora, la algo anticuada y con cierto sesgo de género metáfora de la Joven Anfitriona:
> Una joven anfitriona ofrece su primera fiesta, una cena en virtud de la cual surge la pregunta respecto de si esta es la ocasión para usar sus mejores cuchillos: los de plata, bellísimos, que resaltarían el blanco níveo del mantel y las copas. Por otro lado, son sin duda algo pesados y difíciles de manejar: no son filosos y tal vez su esplendor podría resultarle a algunos un rasgo de inmodestia.

Hart explica en detalle las características de la forma en que su elección no es precisa, pero tampoco caprichosa y de qué manera podría ser defendida como una elección correcta, sabia, clara: como un adecuado ejercicio de su discreción. Permítanme citarlo de nuevo, ya que esta es la menos conocida de todas las metáforas que trato.

> ¿Cuáles son en un caso como este las metas que orientan el actuar de la anfitriona? Podemos enumerarlos sin dificultad: una mesa bonita para la cena, admiración, pero también la comodidad de los huéspedes y tal vez la de un juez anciano y distinguido cuyas manos ya están algo temblorosas y que también asisitirá a la fiesta. Entonces la anfitriona pondera, imagina los posibles desastres y las consecuencias felices de los cursos de acción que se abren ante ella, balancea una consideración con otra y tal vez se pregunta a quien debería consutar. Le pregunta a alguien que ha acumulado mucha experiencia en este campo, una anciana que le aconseja con sagacidad que "en general creo que la cosa más sabia que se debe hacer es usar el juego de cubiertos que se considere

20. Es una lástima que Nicola Lacey haya utilizado el título que me hubiera gustado utilizar a mi parafraseando a Robert Frost: "The Path not Taken", Nicola Lacey, diciembre 20, 2013. 127 Harv. L. Rev. 636.

21. Hart, *Discretion*, supra, nota 6.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 97 29/04/2019 16:57:11

el segundo-mejor". La anciana puede incluso ofrecerle razones para tomar este curso de acción, razones tales como el peligro de incomodar al Sr. X.Y su conducta poco afortunada cuando alguna pequeña cosa provoca su inestable temperamento: puede también recordarle a la Anfitriona la posibilidad de generar celos en los invitados más jóvenes, etc.

Creo que si ahora leemos el prólogo de (ECD), publicado unos años después de que Hart escribiera (D) y volvemos a "Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que estas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa", podemos ver la pertinencia de la metáfora de la Joven Anfitriona. Esta metáfora es un ejemplo muy elocuente de cómo se crea una práctica social, cómo se desarrolla en el tiempo, cómo genera estándares de evaluación, cómo da vida y trasfondo a quienes la practican con maestría[22] y de qué forma genera una comunidad que es capaz de detectar el comportamiento apropiado e inapropiado cuando lo ve.[23] Esta práctica social no es otra que la regla del reconocimiento y el trasfondo que Hart muestra en este ejemplo son las prácticas que generan un "contexto social que a menudo no se expresa". Para aquellos interesados en el funcionamiento del trasfondo, estas prácticas no solo "a menudo no se expresa(n)", sino que también deben quedar sin expresar para que el trasfondo pueda hacer su trabajo.[24]

Los orígenes biográficos de las metáforas de Hart, tanto la de la Joven Anfitriona como la del Tótem son también muy claros, y nos llevan al funcionamiento de una vieja práctica en la que Hart no solo era un ejecutante eximio (alguien que asumió su punto de vista interno), sino también un agudo observador desde el punto de vista externo: la práctica del *Common Law* inglés. La unanimidad en la práctica de identificar el mismo Tótem, la comunidad de anfitrionas inexpertas y expertas que se comunican entre sí a través de generaciones y que mantienen un registro reflexivo de éxitos y fracasos, un conjunto cada vez más sofisticado de diferencias y similitudes entre una cantidad extraordinaria de casos, la descripción de la comunidad externa que utiliza esta práctica como un bien público

22. Kronman, Anthony, *The Lost LawyerFailing Ideals of the Legal Profession*, Harvard University Press, 1995. Traducción al castellano: Vivir en el derecho, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010. En particular el Capítulo 3: El buen abogado. Ver también Dreyfus, Hubert, "Can There Be a Better Source of Meaning than Everyday Practices? Reinterpreting Division I of Being and Time in the Light of Division II,"*Heidegger's Being and Time: Critical essays*, Richard Polt, Ed., (Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2005); Dreyfus, Hubert and Dreyfus, Stuart,(with Stuart Dreyfus) "The Ethical Implications of the Five-Stage-Skill-Acquisition Model," *Bulletin of Science, Technology & Society*, Special Issue: Human Expertise in the Age of the Computer, Vol 24, No. 3, 251, junio 2004.

23. Ver nota anterior.

24. Ver nota 1 *supra.*

El imperio de Ronald Dworkin.indd 98 29/04/2019 16:57:11

para alcanzar sus propios fines, como el de lograr brindar una cena o dictar una sentencia adecuada, son trazos brillantes de un retrato de la práctica del *Common Law* inglés que Hart realizó como nadie.

Alguien como Hart, que conocía como el mejor de los *insiders* los trabajos de la práctica jurídica inglesa en la primera mitad del siglo XX, siendo él mismo miembro del *Middle Temple Inn of Court*, pero que también estaba ansioso por examinar la práctica desde la distancia que dala teoría y por unirse al grupo de filósofos de Oxford en ese momento extraordinario de la filosofía inglesa, es el candidato perfecto para escribir un trabajo de sociología descriptiva de lo queesel derecho como práctica social en el tiempo y en el lugar que le tocó vivir.

1. Entra Dworkin

> "Supongo que Hércules es juez en alguna jurisdicción importante de los Estados Unidos".[25]

Cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió *Brown vs. Board of Education* (1954) Ronald Dworkin tenía veinticinco años y estaba regresando de su segundo bachillerato, esta vez en Oxford. El primero lo había completado en Harvard y a ella volvía para su Maestría. Luego sería clerk del extraordinario Learned Hand (el mejor de los que tuvo, según el juez). Así comienza "Los derechos en serio" (LDES):

> Los capítulos de este libro fueron escritos por separado, durante un período de gran controversia política sobre qué es el derecho y quién y cuándo debe obedecerlo. Durante el mismo período pareció que la actitud política llamada "liberalismo" –que en su momento fue una postura de casi todos los políticos– perdía buena parte de su atractivo. Los adultos reprochaban al liberalismo su tolerancia, en tanto que los jóvenes lo culpaban de rigidez, de injusticia económica y de la guerra de Vietnam.[26]

La teoría jurídica estaba llamada a responder a esos reproches, y el positivismo hartiano no brindaba las armas necesarias para sostener el liberalismo político:

> Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas,

25. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 177.
26. Ob. cit., 31.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 99 29/04/2019 16:57:11

> especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.[27]

Habían surgido ya en la práctica jurídica anglosajona casos difíciles, como *Brown*, o la controversia sobre privacidad que iba a derivar en la lucha por los derechos reproductivos de las mujeres que comienza en *Griswold v, Connecticut (1965)* y, cuatro años antes de la publicación de (LDES) tiene su momento crucial en *Roe vs. Wade (1973)*. Pero estos no eran solo casos difíciles, eran más que eso. Su héroe personal, Learned Hand,

> estaba horrorizado por las decisiones liberales de la Suprema Corte bajo la Presidencia de Warren, las que creía tan erradas como las decisiones conservadoras de los años anteriores (...) La Corte Suprema había tomado su famosa sentencia en Brown cuatro años antes: había declarado que la segregación racial en las escuelas públicas de los estados del Sur que venía de antiguo, era inconstitucional. Su decisión desató una controversia inmediata, pero en 1958 ya se la valoraba como una de las más grandes sentencias que la Corte había resuelto. Hand, sin embargo, dijo a su audiencia con evidente tristeza que el pensaba que la decisión era indefendible.[28]

Así, el tranquilo acuerdo de la práctica del *common law* empezaba a resquebrajarse. La teoría jurídica, inmersa en la discusión entre el formalismo de finales del siglo XIX y el realismo de principios del siglo XX, no podía entender ni *Brown* ni *Roe*. El rol central de la Corte Warren y el avance del discurso de los derechos rodea la propuesta dworkiniana. La Constitución de Estados Unidos ahora se puebla de principios que, como el de no discriminación y el de privacidad, comienzan a socavar la práctica política mayoritaria y los acuerdos entre el gobierno federal y los gobiernos estatales. Los principios insuflan vida en los derechos, y los acuerdos mayoritarios, la práctica política tan cercana al *common law* inglés se ve sacudida en las calles y en los tribunales. Sus discusiones con los que se oponen a la jurisprudencia de la Corte Warren, su justificación de la ruptura con viejas lecturas erróneas de la Constitución, lo llevará a encontrar en su lectura de Hart una postura positivista cruda:

> Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son discutibles por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos demostrar la autoridad o el peso de un principio determinado como podemos a veces demostrar la

27. Ob. cit., 72.

28. Dworkin, Ronald, "Learned Hand", *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution, Harvard University Press* (1996), p. 332.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 100 29/04/2019 16:57:11

> validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio podemos defender un principio –y su peso– apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con las referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios. No hay un criterio válido que sirva como prueba de la solidez de un caso así: es una cuestión de juicio y entre hombres razonables puede haber desacuerdos.[29]

La defensa de la validez de un principio, sin embargo, sigue la propuesta hartiana si se la lee a través de los lentes de (D): la confianza en "una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con las referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios" muestran a un Dworkin trabajando sobre la base de una práctica inteligible, exitosa, de acuerdos sociales extendidos, algo que va a desembocar en el principio de integridad que defenderá en *Law's Empire*. Y el principio se ilustra con otra metáfora: la de la Novela Encadenada.

> En este proyecto, un grupo de novelistas escribe una novela en serie; cada novelista de la cadena interpreta los capítulos que ha recibido para poder escribir uno nuevo que luego se agrega a lo que recibe el siguiente novelista y así sucesivamente. Cada uno tiene la tarea de escribir su capítulo para construir la novela de la mejor manera posible, y la complejidad de esta tarea muestra la complejidad de decidir un caso difícil bajo el derecho como integridad (...) en nuestro ejemplo se espera que los novelistas asuman la responsabilidad de continuidad con más seriedad; su objetivo es crear en conjunto una sola novela que sea la mejor novela posible.
>
> El objetivo de cada novelista es crear una sola novela a partir del material que le han dado, lo que él agregue y (hasta donde pueda controlarlo) lo que querrán o podrán agregar sus sucesores. Debe tratar de que sea la mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor en lugar del producto de varias manos diferentes. Esto requiere un juicio de su parte, o una serie de juicios generales a medida que escribe y vuelve a escribir. Debe tener una visión de la novela que se está formando, alguna teoría acerca de sus personajes, argumento, género, tema y objetivo para poder decidir qué poner a continuación y que lo que escriba no parezca una nueva novela.[30]

"La mejor novela que pueda construirse como la obra de un solo autor": ese esfuerzo exige de la comunidad que la crea cierta generosidad hermenéutica, una lectura de las deficiencias del pasado y de las posibilidades del futuro bajo la

29. Dworkin, ob. cit., nota 24, p. 89.
30. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012, p. 167.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 101 29/04/2019 16:57:11

mejor luz posible, y tratar de encontrar los principios y el sistema de reglas que crea la mejor manera en que la decisión actual encaje adecuadamente dentro del panorama más amplio del sistema que así se contruye.

La tradición jurídica estadounidense, al menos en el comienzo de la carrera jurídica de Dworkin, se prestaba bastante cómodamente para tal empresa,[31] pero la historia no fue generosa con él en sus últimos años. Una sucesión de gobiernos conservadores reformaron la Corte Suprema con el fin de convertirla en una Falange, otra metáfora creada para retratar la traición de los jueces a la mejor lectura deladmirable cuerpo de prácticas jurídicas que era, para Dworkin, el derecho norteamericano. La Corte es ahora una falange[32] que tiene como objetivo quebrar la cuidadosa construcción de la novela encandenada de la Constitución liberal de los Estados Unidos.[33]

2. Entra Nino

Cuando Carlos Nino terminó su tesis de doctorado en Oxford en 1977 Dworkin era ya titular de su Cátedra de Jurisprudencia, Hart también estaba en la ciudad como Principal del Brasenose College y en Argentina la dictadura más sangrienta de su historia estaba secuestrando, torturando, desapareciendo y matando a miles de personas de acuerdo con un plan sistemático y masivo. Cuando Nino regresó a Buenos Aires reanudó la enseñanza en la Universidad de Buenos Aires, se convirtió en investigador y trabajó como abogado. Con el tiempo, se convertiría en una de las principales mentes jurídicas detrás de la transición argentina a la democracia en 1983.

Nino trabajó para el presidente Alfonsín en el diseño de las políticas de derechos humanos de esa transición, proporcionando los argumentos para apoyar la acusación histórica a los responsables de las atrocidades y posteriormente propuso

31. Sobre la ocurrencia de casos difíciles Dworkin afirma: "En mi opinión, tales casos, si es que en efecto existen, deben ser en extremo infrecuentes en los Estados Unidos y Gran Bretaña." En "¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?", en *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2012. En el mismo artículo ver la metáfora del grupo de lectura de David Copperfield como un tipo de juego similar al del derecho.

32. Falange: del lat. *phalanx, -angis,* y este del gr. φάλαγξ *phálanx.*

1) f. Cuerpo de infantería pesada, que formaba la principal fuerza de los ejércitos griegos.

2) f. U. como nombre de algunas organizaciones o partidos de la derecha política, tales como la Falange Española o la Falange Libanesa maronita.

3) f. Conjunto numeroso de personas unidas en cierto orden y para un mismo fin.

Diccionario de la Real Academia Española.

33. Dworkin, Ronald, "The Supreme Court Phalanx", *The New York Review of Books*, 27 de septiembre de 2007.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 102 29/04/2019 16:57:11

una reforma constitucional que sería ideada por un órgano asesor multipartidario, el Consejo para la Consolidación de la Democracia.

Nino era parte de un notable grupo de filósofos jurídicos que se reunieron en SADAF, una asociación creada para estudiar y producir obras desde la perspectiva de la filosofía analítica. Algunos de ellos habían estudiado en Oxford con Hart. Todos ellos, con muy pocas excepciones, eran positivistas y habían discutido con quienes, desde un iusnaturalismo autoritario, apoyaron dictaduras militares basados en una postura moral objetivista, católica y perfeccionista. Y también eran sus amigos.

Pero la democracia argentina necesitaba una teoría de su justificación, así como un diagnóstico de por qué los argentinos habían creado una práctica política tan abominable. El diagnóstico de Nino se centró en la imposibilidad de crear en Argentina hasta ese momento unestado de derecho. Particularmente, propuso la identificación de cuatro jinetes del apocalipsis argentino: la concentración de poderes, la anomia, el corporativismo y el dualismo ideológico y con ellos cabalgando desenfrenadamente no podríamos crear una sociedad democrática.

Con el fin de criticar estas prácticas y para producir una nueva, propuso una justificación liberal deliberativa de la democracia. ¿Pero qué hacer con el sistema jurídico? ¿Existía un sistema jurídico tal que perimitiera trabajar a partir de la transición? ¿Qué hacer con las órdenes de la dictadura, con los matrimonios, los contratos, con las decisiones tomadas por las personas que actúan como jueces, burócratas y escribanos bajo un régimen de facto? Si la ley es un texto radicalmente indeterminado (por sus problemas de interpretación semánticos, sintácticos, lógicos y valorativos), entonces el gobierno democrático puede hacer lo que quiera. Pero así surge la paradoja de la indeterminacón radical que torna al derecho como inexistente: si puede decir todo no puede decir nada. Por otro lado, si con el fin de resolver esta paradoja llenamos los vacíos jurídicos con contenidos morales, entonces es la moral y no el derecho lo que se vuelve relevante, lo que crea otra paradoja, que Nino llamó la paradoja de la superfluidad moral del derecho.

Nino propuso una teoría para hacer frente a esta transición y para superar las dos paradojas y una metáfora que la ilustra. La teoría es la práctica de la democracia deliberativa que crea un movimiento entre derecho, la moral y política y la metáfora es la de la Catedral que ilustra ese movimiento:

> El rol de la constitución histórica como una convención o práctica social se aclara si comprendemos que los actores del sistema jurídico, legisladores, constituyentes o jueces, por ejemplo, se encuentran involucrados en una empresa colectiva de cierta duración. Uso la analogía de la construcción de una catedral para explicar este punto. Una catedral es construida alo largo de un prolongado período de tiempo. (...) Uno necesariamente comenzará con preconcepciones estéticas, por ejemplo que el estilo gótico le da a una catedral la trascendencia necesaria para ser un lugar de inspiración espiritual.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 103 29/04/2019 16:57:11

> Entonces, sobre la base de esta determinación, se pueden juzgar los méritos del trabajo incompleto desde el cual la construcción será continuada.(...) Una (posibilidad) podría ser decidir que lo que ya se ha construido no tiene valor alguno desde el punto de vista estético y debería demolerla y comenzar de nuevo. (...) Otra posibilidad es que aquellos que están a cargo de la continuación del trabajo concluyan que, a pesar de los defectos que existen, es aun preferible continuar con el proyecto en lugar de abandonarlo y comenzar una vez más.[34]

Por lo tanto, el razonamiento práctico del derecho es un procedimiento en dos pasos. El primero consiste en decidir si hay un valor en lo que uno encuentra en la práctica jurídica tal cual está. Sería interesante ahondar en el examen de la transición de la Argentina y preguntarse si debía haber sido entendida como una continuación o un nuevo comienzo. Aquí, solo quiero señalar que la diferencia entre la Novela Encadenada y la Catedral se encuentra en las diferentes prácticas sociales, políticas y jurídicas que ambos autores estaban tratando de explicar y mejorar.

Dworkin interpreta una práctica generalmente exitosa, Nino encontró los restos de un patrimonio roto. Una mezcla de materiales procedentes de diversas fuentes jurídicas que había tenido sentido en el pasado y que, después de un largo periodo de decadencia, se derrumbó bajo el peso de un evento de mal radical patrocinado por quienes detentaban el poder. Obviamente no había una Novela Encadenada que seguir escribiendo. Era importante detenerse y reflexionar sobre si había algo para salvar y si la democracia tenía la fuerza para empezar de nuevo. De alli surge la propuesta del razonamiento en dos etapas: de interpretar el pasado con la teoría del segundo-mejor[35] (de la misma forma, con el mismo concepto, Hart en (D) lo pone en boca de la anciana discreta: *en general creo que la cosa más sabia que se debe hacer es usar el juego de cubiertos que se considere el segundo-mejor*). Es decir, sabiendo que la Catedral que recibimos no es la mejor y con la conciencia de que no la vamos a terminar. Sabiendo que esta práctica colectiva no resiste nuestras intervenciones destempladas, decididas elitistamente como si solo valiera nuestro parecer, que resiste apenas nuestras cuidadas intervenciones que ojalá convenzan a los que nos siguen. Nuestras decisiones discretas, no nuestros arranques discrecionales.

Nino fue parte crucial del grupo que generó el doble gesto fundacional de verdad y justicia, la CONADEP y el Juicio a las Juntas, nuestro Nunca Más. Nos propuso la práctica colectiva de construir nuestra Catedral, protegiendo lo que vale la pena de lo que hicimos y mejorándolo discretamente en la parte de la obra que nos toca, con la esperanza de que los que vengan la mejoren aun más.

34. Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 51 y 52.
35. Nino, ob. cit., p. 54.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 104 29/04/2019 16:57:11

El Tótem, aclarado por la Joven Anfitriona, de la misma forma que la Novela Encadenada y que la Catedral, apuntan al mismo fenómeno: el derecho como práctica hermenéutica colectiva. Las decisiones que se toman en esta práctica no son ni discrecionales ni formalmente regladas, son discretas, y realizadas a lo largo del tiempo con discreción generan un trasfondo que permite actuar con cierta fluidez y destreza coordinando acciones, respetando derechos, promoviendo deliberaciones, generando identidades y formas de interacción.

Borges pensó que no cualquier persona es capaz de producir estas metáforas que iluminan y, a veces, incluso cambian una práctica:

> Recuerdo aquí un ensayo de Thorstein Veblen, sociólogo norteamericano, sobre la preeminencia de los judíos en la cultura occidental. Se pregunta si esta preeminencia permite conjeturar una superioridad innata de los judíos, y contesta que no; dice que sobresalen en la cultura occidental, porque actúan dentro de esa cultura y al mismo tiempo no se sienten atados a ella por una devoción especial; "por eso –dice– a un judío siempre le será más fácil que a un occidental no judío innovar en la cultura occidental"; y lo mismo podemos decir de los irlandeses en la cultura de Inglaterra. Tratándose de los irlandeses, no tenemos por qué suponer que la profusión de nombres irlandeses en la literatura y la filosofía británicas se deba a una preeminencia racial, porque muchos de esos irlandeses ilustres (Shaw, Berkeley, Swift) fueron descendientes de ingleses, fueron personas que no tenían sangre celta; sin embargo, les bastó el hecho de sentirse irlandeses, distintos, para innovar en la cultura inglesa. Creo que los argentinos, los sudamericanos en general, estamos en una situación análoga; podemos manejar todos los temas europeos, manejarlos sin supersticiones, con una irreverencia que puede tener, y ya tiene, consecuencias afortunadas.[36]

Tres autores judíos crearon metáforas para que nosotros pudiéramos entender nuestras prácticas y mejorarlas.[37] Al hacerlo, nos ofrecieron un modelo para nuestras profesiones jurídicas, un modelo para asumir la abogacía, la magistratura yla academia. Con sus teorías y también con sus vidas crearon obras de arte que aún funcionan, ejemplos brillantes que iluminan nuestras prácticas.

Borges sintió que era libre de escribir lo que quisiera porque no estaba tomado por una larga tradición argentina que, afirmaba, no existía, pero tampoco sintió que era libre en el sentido de falta de trasfondo, de absoluto desafuero. Borges se

36. Borges, *supra* nota 2.

37. En esta breve nota queda afuera un cuarto, Hans Kelsen, quien nos diera la metáfora de la Pirámide. Su norma hipotética fundamental apunta a la práctica de los juristas, presuponiendola práctica de la comunidad que presupone la autoridad del primer constituyente, como forma de entender al derecho como derecho.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 105 29/04/2019 16:57:11

asumió propietario de la cultura occidental y afirmó que la definición de escritor argentino no viene dada solo por lo que se escribe sino sobre todo por la forma en que se lo lee. La literatura para él no era un texto, era la práctica de leerlo. Las siguientes generaciones de escritores argentinos tuvieron que considerarlo a él y a la tradición que él creó, ya no eran tan libres, el primer capítulo de la Novela Encadenada había sido escrito. Hart, Dworkin y Nino crearon tradiciones para todos nosotros, les debemos las metáforas que dan sentido a nuestras prácticas y que, si tenemos el valor de seguir su camino con generosidad y críticamente, también nos hacen a nosotros, sus alumnos, lo mejor que nos atrevamos a ser.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 106 29/04/2019 16:57:11

Parte II: Interpretación judicial

El imperio de Ronald Dworkin.indd 107 29/04/2019 16:57:11

El imperio de Ronald Dworkin.indd 108 29/04/2019 16:57:11

Jueces, soluciones salomónicas e igualdad "axiológica" ante la ley*

*Marisa Iglesias Vila***

De los muchos aspectos de la influyente concepción del Derecho de Ronald Dworkin, me ocuparé en este trabajo de resaltar algunas virtudes y carencias de su principio adjudicativo de la integridad (*the adjudicative principle of integrity).*[1] Examinaré algunas implicaciones de este principio en la actividad cotidiana de adjudicación y valoraré en qué medida puede constituir una buena guía para el razonamiento judicial.

Dworkin ha presentado el ideal de la integridad a través de diversas expresiones afines con las que ha pretendido captar un valor jurídico-político distintivo, separable de valores como la justicia material, la legitimidad democrática, la seguridad jurídica o la eficiencia económica. La integridad es un estándar de moralidad política que puede ser asociado a las ideas de "coherencia de principio", "unidad de respuesta", "hablar con una sola voz" o "igualdad ante la ley". Tal como Dworkin las entiende, estas expresiones reflejan el compromiso colectivo, dentro de una comunidad política, de gobernar la vida social con principios comunes que se apliquen a todos por igual.[2]

En general, un elemento distintivo de la integridad como valor de moralidad política es su carácter de principio comparativo. Aunque este valor presupone la presencia de una comunidad política guiada por principios que justifican el ejercicio del poder, la integridad no es por sí misma informativa de cuáles son los mejores principios en la orientación de la organización de la vida social. La integridad señala que la imposición de estos principios solo estará justificada si existe el compromiso de aplicarlos coherentemente y por igual a todos los miembros de la comunidad política.

Dworkin traslada este ideal al Derecho desde su concepción interpretativa del fenómeno jurídico. El Derecho es, para este autor, una parte o ámbito de la

* Una versión anterior de este trabajo ha sido publicada en Sauca (2015, 233-254). Esta versión incluye algunos argumentos adicionales y actualizaciones.

** Universidad Pompeu Fabra.

1. Dworkin (1986, 167, 176, 217-219, 222-224, 244 y 410-411).

2. Ibídem, 176-190.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 109 29/04/2019 16:57:11

moralidad política.[3] Se trata de una práctica social dirigida a justificar el uso del poder coercitivo dentro de una comunidad, cuya especificidad consiste en vincular la justificación de la coerción a su conexión con decisiones institucionales previas.[4] La integridad da contenido a esta conexión entre coerción justificada y decisiones institucionales previas buscando presentar este material normativo como decisiones que "hablan con una sola voz".

Una de las principales consecuencias de conectar el Derecho al valor de la integridad es el rechazo a lo que Dworkin denomina c*hecker board laws*, respuestas institucionales que reflejan soluciones salomónicas o de compromiso.[5] Estas soluciones justifican decisiones públicas en principios contradictorios porque distinguen o asimilan casos sin una justificación de principio. Dworkin presenta como ejemplo claro de *checker board law* (en adelante "solución salomómica") el artículo 1 de la sección 9 de la Constitución de Estados Unidos de América. Esta norma otorgaba una moratoria en la prohibición de la importación de esclavos, impidiendo al Congreso limitar el poder de los estados para esta importación hasta el año 1808. Con independencia de si la integridad, en ese período histórico, hubiera exigido necesariamente la prohibición jurídica de la importación de esclavos, si esta prohibición fue incorporada al Derecho, observa este autor, no podía postergarse por razones políticas a una determinada fecha. Esta distinción, fruto de un simple compromiso, resultaría arbitraria.[6]

Rechazar estas soluciones salomónicas implica vincular tanto la creación como la aplicación del material normativo a un compromiso con la coherencia de principio. Ahora bien, como valor jurídico, la integridad no afecta del mismo modo a los diversos operadores del Derecho. Dworkin ha insistido en que las exigencias de la integridad dirigidas a los legisladores no son las mismas que las que adquieren los jueces, especialmente porque su función dentro del organigrama de un sistema jurídico es diferente. Ya en *Taking Rights Seriously*, Dworkin resaltaba que el legislador puede combinar en su razonamiento argumentos de principio con razones de política pública (*policies*). El juez, sin embargo, está constreñido a ofrecer argumentos de principio en su tarea de adjudicación, argumentos que justifican una respuesta jurídica mostrando que ésta respeta o garantiza algún derecho.[7] En *Law's Empire*, Dworkin acude al principio adjudicativo de la integridad para desarrollar esta idea inicial acerca de la función de los jueces y concretar las exigencias del compromiso con la coherencia de principio en la aplicación del Derecho.

3. Dworkin (1986, 254-258; 2006, 13-18; 2011, 400-402).

4. Dworkin (2006, 168-171) ha conectado con posterioridad esta idea al valor de la legalidad como fundamento específico que define el ámbito de lo jurídico. De tal modo, las diversas concepciones del Derecho girarían en torno a la comprensión de este valor.

5. Dworkin (1986, 178-186).

6. Dworkin (*Idem*, 184-185 y 435-436).

7. Dworkin (1977, 82-84).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 110 29/04/2019 16:57:12

Por lo que respecta a los órganos judiciales, la exigencia de integridad comprende básicamente dos demandas.[8] La primera es que los jueces asuman, en la medida de lo posible, que el Derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios de justicia material, legitimidad democrática y seguridad jurídica. La segunda es que se responsabilicen de juzgar a todos con parámetros comunes acerca de derechos y deberes jurídicos previos que emanan de este conjunto coherente de principios. Dworkin ha definido esta segunda demanda como una exigencia afín a la tradicional idea de igualdad ante ley, que se concreta en una demanda de igualdad ante los principios que justifican la ley. Me detendré especialmente en esta segunda demanda del principio adjudicativo de la integridad. Trataré de mostrar que la razonabilidad de este principio transita por una reconstrucción adecuada de lo que denominaré "igualdad axiológica ante la ley" como estándar de identificación y aplicación del Derecho.

1.

La igualdad axiológica ante la ley es un principio institucional peculiar. Si bien tiene claras afinidades con los estándares de igualdad material y formal, no coincide exactamente con ninguno de ellos. La igualdad material (al menos en alguna de sus dimensiones) es un mandato de no discriminación, ya sea directa o indirecta, dirigido al legislador en el momento de regular una determinada materia. La exigencia de igualdad formal es entendida, de modo típico, como una obligación judicial de aplicar cada norma jurídica del mismo modo a todos los casos comprendidos en su ámbito de aplicación. A diferencia de la primera, la igualdad axiológica ante la ley está vinculada a la aplicación del Derecho y no consiste en un compromiso judicial de evitar la discriminación jurídica. Pensemos en el siguiente ejemplo. Con carácter previo a la regulación del matrimonio igualitario en España, muchos jueces ordinarios podían haber considerado que reducir la institución jurídica del matrimonio a parejas de diferente sexo resultaba discriminatorio. Una razón evidente podría ser que esta limitación carecía de un fundamento de principio que justificara mantener una diferenciación con las parejas homosexuales. Imaginemos una jueza ordinaria en el sistema jurídico español, llamémosla "Temis", que hubiera poseído esta creencia y que se tomara en serio la igualdad axiológica ante la ley. A pesar de considerar que esta legislación era discriminatoria, la exigencia de integridad en la adjudicación no comportaría que la responsabilidad jurídica de una jueza ordinaria como Temis, en un ordenamiento que ni siquiera contempla un sistema difuso de control judicial de constitucionalidad, fuera la de equiparar directamente ambos tipos

8. Dworkin (1977, 82-84); (1986, 165-167, 185, 217-224 y 243-244); (2006, 176-178).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 111 29/04/2019 16:57:12

de pareja en cada ocasión particular.[9] Como insistiré más adelante, la coherencia de principio que deriva del Derecho como integridad no es tan ambiciosa ni tan orientada a la justicia material.

Pero este estándar tampoco coincide con la igualdad formal. No recomienda al juez meramente seguir la legalidad vigente.[10] La igualdad axiológica ante la ley valora la igualdad de trato de una forma más sofisticada, desde el conjunto de razones jurídicamente válidas (razones de primer y segundo orden) que son aptas para fundamentar en Derecho una determinada respuesta judicial.[11] El órgano jurisdiccional satisface la igualdad axiológica ante la ley cuando sus respuestas en los casos particulares resultan coherentes con la estructura de razones jurídicas involucradas en su solución. El compromiso con este estándar, en suma, supone tratar igual aquellos casos en los que el balance de las razones jurídicas en juego dirija a la misma solución.

Esta breve descripción me parece suficiente para extraer tres primeras consecuencias de este estándar en el ejercicio de la función judicial. En primer lugar, cuando hay razones jurídicas disponibles, este principio excluye la posibilidad de fundamentar un fallo judicial en razones no jurídicas (por ejemplo, consideraciones económicas, cálculos de utilidad o razones de oportunidad política).[12] En

9. Aquí me interesa este caso solo como ejemplo para analizar la dinámica de la integridad en tanto principio que gobierna la identificación y aplicación del Derecho. Por esta razón, dejaré al margen el mecanismo jurídico de la cuestión de inconstitucional, el instrumento que está a disposición del juez español para evitar la aplicación de una norma que considera discriminatoria. También dejaré a un lado la cuestión de si el artículo 32 de la Constitución española podría haberse interpretado en ese momento como una restricción al matrimonio igualitario.

10. Dworkin (1986, 229-224); (2006, 176-178).

11. Desde una concepción interpretativa del Derecho, las razones jurídicamente válidas son aquellas que pueden ser incorporadas en el ejercicio de conexión entre la justificación del uso del poder y las decisiones institucionales previas. Una razón jurídica puede ser una razón de primer orden, es decir, una razón para una acción o resultado. También puede ser una razón de segundo orden, esto es, una razón jurídica para actuar o no actuar en función de una determinada razón de primer orden. Tal como interpreto la teoría de Dworkin, en este esquema de razones jurídicas podríamos afirmar que una *regla* expresa una razón de primer orden para una acción o resultado que va acompañada de una razón de segundo orden (no necesariamente excluyente) para sujetar el balance de razones a aquellas consideraciones previstas en la regla. Un *principio*, en cambio, sería una razón que favorece una determinada acción o resultado. Si se trata de un principio en sentido estricto consistirá en una razón moral en su favor, lo que incorporará una razón excluyente de segundo orden en una determinación dirección, en el sentido de impedir su balance con otras razones que no tengan carácter moral. Si se trata de una *policy* será una razón política, económica o social que favorece una determinada acción o resultado. Ciertamente, también encontramos reglas y principios en el contexto de las razones jurídicas de segundo orden. No discutiré en este trabajo si la concepción dworkiniana de los principios es mejor que la visión más flexible de Robert Alexy.

12. Entiendo que estas consideraciones son razones externas al Derecho. Ahora bien, ello será así a no ser que el propio Derecho las haya incorporado en algún punto o se mostrara satisfactoriamente que la mejor interpretación del Derecho como justificación del poder a

El imperio de Ronald Dworkin.indd 112 29/04/2019 16:57:12

segundo lugar, este principio presupone que no cualquier razón jurídicamente válida para adoptar una conclusión acerca del Derecho es una buena razón jurídica, es decir, que no toda razón jurídica es apta para fundamentar un fallo judicial. En tercer lugar, este estándar no se satisface simplemente incorporando en la premisa normativa del razonamiento judicial tanto las reglas como los principios jurídicos aplicables (principios entendidos aquí como razones subyacentes de primer orden). Aunque en *Taking Rights Seriously* Dworkin parecía vincular este estándar de adjudicación al hecho de que un ordenamiento jurídico incluye tanto reglas como principios, el anclaje de la igualdad axiológica ante la ley requiere acudir a la tesis más compleja de que el Derecho es un fenómeno interpretativo cuya moralidad interna, tomando prestada la terminología de Lon Fuller, no puede ser reconducida a un solo valor.[13] En este sentido, el Derecho es el producto de un equilibrio entre razones jurídicas de primer y segundo orden.

De esta suerte, la igualdad axiológica ante la ley puede entrar en tensión tanto con la igualdad formal como con la igualdad material. La relevancia de la igualdad formal para el Derecho se asienta principalmente en razones jurídicas de segundo orden como la seguridad jurídica o la legitimidad democrática, mientras que la igualdad material se asienta en razones jurídicas de justicia material. La igualdad axiológica ante la ley exige combinar todas estas razones, buscando una solución que las armonice y unifique de modo comparable en todos los casos.

Una dificultad que enfrenta este estándar de adjudicación es la de cuánta tensión puede soportar frente a la igualdad formal y material. Aunque ya he indicado que el Derecho como integridad rechaza las soluciones salomónicas, no hay nada en la aplicación de este estándar que nos conduzca a rechazar cualquier solución diversificada entre casos que comparten los mismos principios sustantivos, siempre y cuando la fuerza de otras razones jurídicas de segundo orden aconseje diversificar la respuesta. De hecho, los parámetros del Derecho como integridad no parecen impedir que este estándar conviva con un amplio pluralismo de soluciones a un mismo problema jurídico o a casos sustantivamente similares. Pensemos, por ejemplo, en el pluralismo que ha existido hasta muy recientemente en torno a la posibilidad del matrimonio igualitario en el seno de la estructura federal de Estados Unidos de América[14] o el pluralismo que todavía encontramos en los estados del Consejo de Europa, sujetos al Convenio Europeo

través de decisiones institucionales previas aconseja incluir alguna de estas consideraciones como razón jurídica.

13. Véase Fuller (1964, cap. 2). A los fines de lo que pretendo desarrollar en este trabajo, tenderé a utilizar los términos "principio" y "valor" de modo intercambiable. Ahora bien, asumo, usando la terminología de Alexy (1993, 138-147), que la idea de principio está vinculada a los conceptos deontológicos mientras que la de valor está conectada a los conceptos axiológicos. Sobre esta distinción, véanse, también, Atienza y Ruiz Manero (1996, 145-160).

14. Pluralismo que ha sido considerado inconstitucional por su Tribunal Supremo en el caso *Obergefell v. Hodges* (2015).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 113 29/04/2019 16:57:12

de Derechos Humanos. Por una parte, la igualdad axiológica no garantiza lo que Dworkin designa como "coherencia sustantiva de principio" (coherencia relativa a principios subyacentes de primer orden).[15] Por otra parte, Dworkin asume que las exigencias institucionales de la integridad, en tanto valor de carácter comparativo, se circunscriben al interior de una determinada unidad política. Más allá del marco de los compromisos institucionales intracomunitarios, la pluralidad de soluciones perdería relevancia jurídica.[16]

Si el principio de igualdad axiológica ante la ley no cuestiona necesariamente la pluralidad de soluciones institucionales a un mismo problema ¿no estará en definitiva admitiendo soluciones salomónicas que la igualdad material rechazaría de plano? Dworkin ha sido ciertamente ambiguo respecto a las exigencias de la integridad en la aplicación del Derecho. Aunque ha insistido en que la integridad busca armonizar valores distintos en respuestas unificadas, también ha dejado entrever en sus ejemplos una visión de la integridad muy cercana a la igualdad material.[17]

Por esta razón, vale la pena examinar las tres líneas de respuesta que su teoría jurídica ofrece a la cuestión de cuándo una decisión judicial se transforma en una solución salomónica o *checker board* incompatible con el principio adjudicativo de la integridad. La primera está basada en la distinción entre integridad inclusiva e integridad pura. La segunda está vinculada a su propuesta de una concepción integrada de los valores. La tercera está centrada en el alcance del compromiso institucional con la integridad.

2.

Vayamos a la primera línea de respuesta. En las últimas páginas de *Law's Empire* (*LE*) Dworkin acude a la distinción entre integridad pura e inclusiva para separar el ideal de la integridad más allá del Derecho de la integridad dentro del Derecho. La integridad pura está guiada por los principios de justicia material que gobiernan

15. Dworkin (1986, 405-406).

16. Ibídem, 185-186, 195-202. En lo que atañe a Estados Unidos, y cómo comentaré en una nota posterior, Dworkin ha defendido que el compromiso institucional con la integridad es interno a cada estado federado.

17. Cuando este autor hace referencia, por ejemplo, a la excepción prevista para los abogados en la jurisprudencia inglesa en lo que atañe a la responsabilidad profesional por negligencia, aduce que esta excepción violaba la integridad porque no podía sostenerse en ningún principio que justificara el tratamiento diferenciado a los abogados. También comenta que la *House of Lords* acabó limitando el alcance de esta excepción pero que, en realidad, la integridad solo se verá satisfecha en este caso cuando la excepción sea eliminada por completo. Aquí, la idea de integridad coincide con la de igualdad material. Véase Dworkin (1986, 219-220).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 114 29/04/2019 16:57:12

los fines que una comunidad política debería alcanzar, sin restricciones de valor formal. En sus términos, "it consists in the principles of justice that offer the best justification of the present law seen from the perspective of no institution in particular and thus abstracting from all the constraints of fairness and process that inclusive integrity requires. This purified interpretation speaks, not to the distinct duties of judges or legislators (...) but directly to the community personified. It declares how the community's practices must be reformed to serve more coherently and comprehensively a vision of social justice it has partly adopted, but it does not declare which officer has which office in that grand project".[18]

La integridad inclusiva, en cambio, actúa dentro de una determinada estructura de instituciones jurídicas, asignando diferentes responsabilidades a órganos funcionalmente diversos. En una práctica social que se desarrolla a lo largo del tiempo, esta división del trabajo institucional amplía la mirada de la integridad. Hace entrar en juego otros valores que ordenan la relación institucional, aseguran la igualdad política de los ciudadanos y posibilitan que estos ciudadanos planifiquen su vida cotidiana dentro de esta estructura. Dworkin cree que es la integridad inclusivala que gobierna el contenido del Derecho y la actividad judicial. La integridad pura, en cambio, se ubica más allá del ordenamiento jurídico porque refleja "los sueños del Derecho", esto es, qué aspiraciones poseemos como comunidad política respecto al *futuro* de nuestro Derecho.[19] La integridad pura determinaría así lo que Lon Fuller ha denominado "moralidad de aspiración" y la integridad inclusiva definiría la "moralidad de deber" dirigida a los órganos jurisdiccionales.[20] Por esta razón, las soluciones salomónicas están vinculadas a la

18. *Idem,* 406-407. Su juicio de que la integridad pura debe abstraerse de cualquier valor de equidad política y debido proceso formal o seguridad jurídica no es fácilmente aceptable desde la teoría de la justicia política, especialmente si asumimos, en una línea rawlsiana, que la justicia es la virtud que gobierna el funcionamiento de las instituciones básicas de una sociedad. La integridad pura adquiera fuerza solo cuando percibimos las instituciones y estos valores formales como instrumentos de justicia material. Por esta razón, Dworkin observa que la justicia marca la agenda de la comunidad política como un todo "as prior to and shapingfurtherquestionsaboutwhatinstitutionaldecisionswould be necessary to achivethis" (*Idem*, 406). Concebida de esta forma, no es obvio que la integridad pura sea un ideal especialmente atractivo para orientar el futuro de una comunidad política, al menos si creemos que la igualdad política también tiene valor intrínseco desde el punto de vista de la justicia política. Pero no entraré en este trabajo a valorar su concepción de la integridad pura.

19. *Idem,* 407-410. Aunque no lo desarrollaré en este trabajo, la distancia entre la integridad inclusiva y la integridad pura queda reflejada en muchos aspectos de la dinámica del principio adjudicativo de la integridad. Pensemos en recursos como la idea de novela en cadena, la distinción entre las dimensiones de *fity value* y su tesis de que el ascenso justificativo en el razonamiento judicial está limitado por la prioridad local y por los valores formales en el Derecho.

20. La moralidad de aspiración estaría vinculada a la maximización plena de cierto ideal, que en el Derecho es, para Fuller, el ideal de la legalidad. La moralidad de deber, en cambio, estaría vinculada al nivel de satisfacción de ese ideal que es imprescindible para que el Derecho pueda funcionar como tal. De este modo, la moralidad interna del Derecho que determinaría

El imperio de Ronald Dworkin.indd 115 29/04/2019 16:57:12

falta de integridad inclusiva y no a un defecto de integridad pura. Esta distinción permite clarificar cuál es rol del principio adjudicativo de la integridad.

3.

Detengámonos ahora en la segunda línea de respuesta. La coherencia de principio, en contraste con las soluciones salomónicas, necesita algún mecanismo para armonizar valores de carácter diferente; mientras que unos se traducen en exigencias de justicia formal, otros constituyen demandas de justicia material. Me concentraré en dos posibles formas de armonización axiológica: la inter definición y la proporcionalidad.[21] La interdefinición disuelve tensiones entre principios (o valores) a partir de ir perfilando su alcance y contenido de modo que estas pautas acaben apoyándose mutuamente. La interdefinición o *acomodación interna* presupone que estos principios pueden ser concretados de diversas formas pero que, a su vez, un análisis profundo de su valor como principios que justifican el uso del poder permite ir ajustando la comprensión de cada uno de ellos en función de cómo vamos concretando la comprensión del resto de principios.

Cuando esta acomodación interna ya no es posible sin que los principios involucrados pierdan su identidad (o cuando rechazamos la posibilidad de interdefinición entre principios), la armonización axiológica todavía puede recurrir al mecanismo de la proporcionalidad.El examen de proporcionalidad, un criterio de ponderación que hoy en día está recibiendo gran atención académica y jurisprudencial, tiene como punto de partida la asunción de que la satisfacción de un principio es una cuestión de grado o, alternativamente, que los principios pueden gozar de mayor o menor peso relativo.[22] En lo que aquí nos interesa,

---

la función jurídica de adjudicación sería aquella que podemos conectar con la moralidad de deber de los jueces. Sobre esta distinción véase Fuller (1964, 5-9).

21. Solo apunto estas opciones como dos posibilidades alternativas de entender la dinámica armonizadora de la integridad desde una concepción interpretativa del Derecho. No es mi intención en este trabajo entrar en un examen filosófico del pluralismo de valores ni analizar la creciente literatura en torno a la ponderación y los conflictos entre principios. Para un desarrollo en profundidad de esta discusión en nuestro entorno véanse, por ejemplo, Bernal Pulido (2003), Martínez Zorrilla (2007) y las distintas aportaciones a Carbonell (2008). Quiero destacar, de todos modos, como advierte acertadamente Prieto Sanchís (2008, 102), que una ponderación óptima no presupone simplemente resolver un conflicto de principios o valores estableciendo la primacía de uno sobre otro en el caso particular sino "la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos".

22. Véase la concepción de los principios como mandatos de optimización en Alexy (1993, 86-87) o la tesis de Dworkin (1977) de que los principios, al ser razones en favor de una determinada solución o resultado, tienen una dimensión de peso. No voy a entrar en la cues-

El imperio de Ronald Dworkin.indd 116 29/04/2019 16:57:12

una solución jurídica puede restringir en diferente grado la seguridad jurídica, poseer más o menos pedigrí democrático o satisfacer en mayor o menor medida las exigencias de justicia material. Al mismo tiempo, la integridad inclusiva, en contraste con la integridad pura, parece suponer que estos valores generales tienen un peso abstracto similar en la identificación judicial del Derecho y, por tanto, que todos merecen unnivel equiparable de respeto comparativo en caso de tensión entre ellos.[23] El escrutinio de proporcionalidad enfrenta esta tensión valorando, en tres pasos, el grado en que cada uno de estos estándares es satisfecho o afectado por una determinada respuesta jurídica.[24] Como es bien conocido, estos pasos son los siguientes: 1) determinar si la solución jurídica es "idónea" para satisfacer alguno de los estándares en liza, 2) valorar si esta solución es "necesaria" para satisfacer ese estándar (si están disponibles otras alternativas menos restrictivas que permitan satisfacerlo con eficacia comparable), y 3) examinar si es proporcional en sentido estricto, esto es, si consigue un equilibrio en los niveles comparativos de observancia de cada principio, sin que la protección de unos implique un sacrificio excesivo de los otros. En resumen, el examen de proporcionalidad o *acomodación externa* propone enfrentar las tensiones entre principios procurando que todos los estándares en juego sean atendidos en un grado comparable.[25]

---

tión, resaltada por algunos autores, de si la idea de principio de Alexy solo sería aplicable a las directrices (*policies*) y no a los principios en sentido estricto de Dworkin (razones morales en favor de una solución o resultado). Diría, en este sentido, que el examen de proporcionalidad es aplicable tanto si conectamos los principios con la idea de grados de satisfacción como si lo hacemos con la de nivel de fuerza relativa. Como observa Alexy (2008, 31), en el análisis de proporcionalidad, el peso o fuerza relativa de un principio es la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio y la importancia concreta del principio contrario.

23. Me estoy centrando en los valores jurídicos generales para la identificación del Derecho. Obviamente, la interpretación jurídica está primariamente concentrada en los principios y estándares que identifican cada institución particular y cada ámbito del Derecho (la idea dworkiniana de prioridad local). Esta comprensión axiológica del Derecho como un todo es algo que se va incorporando a la experiencia profesional del juez y solo interviene explícitamente en la adjudicación normativa cuando la solución de un caso particular requiere ese nivel de acenso justificativo. Véase Dworkin (2006, cap. 2).

24. Sobre lo que se suele denominar "test alemán de proporcionalidad" y sus tres pasos, véase, especialmente, Alexy (1993, 11-114, 126, 137 y 352; 2008).

25. La acomodación interna afecta a cómo concebimos cada uno de los principios o valores relevantes (a su identidad como valores), mientras que la acomodación externa afecta al grado en que los satisfacemos o a su fuerza o peso relativo. No pretendo defender que hay una distinción categorial estricta entre identificar un principio y determinar su peso relativo en cada circunstancia particular. Esta es una cuestión interpretativa y, por tanto, una situación extrema de disonancia entre valores podría exigirnos ignorar esta distinción. Imaginemos un valor, que hubiéramos asumido como tal, pero que chocara profunda y permanentemente con el resto de nuestros valores morales. Imaginemos, también, que este valor resultara siempre vencido en su confrontación con cualquier otro valor. Su continua falta de peso relativo nos haría concluir que, en realidad, no estábamos ante un valor. Pero este sería solo un caso extremo hipotético. En las circunstancias cotidianas de la práctica de armonización axiológica esta distinción

El imperio de Ronald Dworkin.indd 117 29/04/2019 16:57:12

Si bien en *Law's Empire* Dworkin no fue muy preciso al explicar el funcionamiento de la armonización axiológica que la integridad propugna, desde *Justice in Robes* desarrolla una propuesta específica: la concepción integrada de los valores, que acude al mecanismo de la acomodación interna para obtener soluciones unitarias. Para este autor, todos los valores prácticos forman parte de un esquema no jerárquico de exigencias morales que dan sentido a la vida humana. Estos valores están integrados más que separados porque apuntan a diferentes aspectos de nuestro universo moral, y efectuamos un ejercicio holista para identificar cada uno de ellos e interpretar sus demandas de acción.[26] Una concepción integrada de los valores debe conducirnos a tratar de encontrar concepciones de los diversos valores que no los hagan entrar en conflicto. Para ello, definimos unos valores tomando en consideración nuestra visión provisional de los otros, y vamos refinando nuestra concepción de todos ellos a partir de ir encajando sus potenciales exigencias hasta obtener una solución moral que armonice con todos.[27] Si no conseguimos este objetivo, insiste Dworkin, no podremos afirmar que hemos tenido éxito en nuestra empresa de indagación moral porque deberemos admitir que estamos ante varios valores esenciales que no podemos satisfacer plenamente o en la medida adecuada. Así, Dworkin concluye, "until we can see how our ethical values hang together in that way, so that each can be tested against our provisional account of the others, we do not understand any of them".[28] Centrándonos en la integridad inclusiva como estándar jurídico de adjudicación, la idea anterior compromete a los jueces a transitar las razones jurídicas relevantes en la solución de un caso refinando paulatinamente su comprensión de todas ellas hasta obtener una respuesta unitaria.

puede ser lo suficientemente estable como para permitir un pluralismo valorativo genuino dentro de la axiología jurídica. De forma similar a lo que he apuntado, algunos teóricos ius constitucionalistas se aproximan a las tensiones entre derechos fundamentales a partir de la distinción entre "limitar" y "delimitar", así como desde una visión holista de la delimitación de derechos. Véase, por ejemplo, De Otto, (1988, 137-144).

26. Dworkin (2006, 156-162, 252-254).

27. Dworkin (2006, 112-115, 156-162, 251-254; 2011, cap. 9).

28. Dworkin (2006, 161). Esta concepción parece contrastar con la visión del conflicto entre principios que Dworkin ofrecía en *Taking Rights Seriously,* donde afirmaba que los principios son pautas no concluyentes que, a diferencia de las reglas, tienen una dimensión de peso y no pierden su carácter de principios válidos cuando son vencidos por otros principios en un supuesto particular. En sus propias palabras, "our principle may not prevail, but that does not mean that it is not a principle of our legal system, because in the next case, when these contravening considerations are absent or less weighty, the principle may be decisive" (1977, 26). A pesar de ello, debe reconocerse que ya en esta obra se percibe cierta ambigüedad respecto a cómo se armonizan los principios jurídicos en caso de tensión. En algunos ejemplos de ponderación Dworkin tiende a disolver el conflicto acomodando internamente los principios en juego más que midiendo su fuerza relativa en el caso particular. De todos modos, es claro que su concepción integrada de los valores vendría a suponer una evolución de su perspectiva sobre la dinámica de los balances axiológicos.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 118 29/04/2019 16:57:12

Creo que es importante distinguir el rol que la concepción integrada de los valores puede desempeñar para conectar el Derecho, como ámbito de moralidad especial, con otros ámbitos de razonamiento práctico, que es el proyecto de Dworkin en *Justice for Hedgehogs*, con la funcionalidad que el método de la interdefinición puede poseer para implementar el principio adjudicativo de la integridad. Aunque profundizar en la viabilidad o elatractivo del ejercicio que Dworkin propone a los órganos de adjudicación queda fuera del objetivo de este texto, vale la pena efectuar algunas consideraciones.

Si descartamos cualquier optimismo ingenuo en torno a la única respuesta jurídica correcta, la acomodación interna resulta factible en muchos contextos. Lo sería, por ejemplo, cuando armonizamos principios sustantivos afines que protegen diferentes esferas de la autonomía personal (i.e., libertad de expresión, libertad religiosa, derechos al honor y a la intimidad, etc.). Por esta razón, es uno de los mecanismos habituales que usan los tribunales constitucionales para resolver tensiones entre derechos fundamentales.[29] Pero, como he indicado, el compromiso del juez dworkiniano con la coherencia general de principio es más complejo, porque requiere identificar el Derecho desde el equilibrio entre razones de valor formal y razones sustantivas, cuya posibilidad de comprensión integrada es limitada.[30] Volvamos de nuevo a la jueza Temis y a la regulación española previa al matrimonio igualitario. ¿Cómo debería entender Temis las exigencias del principio de no discriminación para acomodarlo internamente a una comprensión de la legitimidad democrática y la seguridad jurídica que no erosionara ninguno de estos valores?

Sin pretender ahondar mucho en detalles argumentativos, ni la solución jurídica de equiparar caso a caso ambos tipos de pareja ni la solución contraria parecen fluir de una concepción integrada de estos valores. Respecto a la primera respuesta jurídica, la de equiparar, *ceteris paribus*, las parejas homosexuales a las heterosexuales, Temis podría seguramente encontrar una concepción sustantiva de la legitimidad democrática, implementable por los jueces ordinarios, que condicionara la voluntad mayoritaria expresada en la legislación a la garantía del principio de no discriminación. Pero este movimiento resultaría muy ambicioso

29. Véase, en este sentido, García Amado (2006).

30. Cuando el problema consiste en armonizar razones de justicia material con razones de justicia formal, mi intuición es que la interdefinición, pensada como único mecanismo de armonización, es filosóficamente demasiado ambiciosa para ser trasladable a los compromisos institucionales de integridad inclusiva que conforman la "moralidad de deber" que define el *presente* de nuestro Derecho. Quizá podríamos asumir que la interdefinición que propone la concepción integrada de los valores puede formar parte de la "moralidad de aspiración" que orienta el *futuro* de nuestro Derecho. Con independencia de que esta moralidad de aspiración pueda ser caracterizada como una integridad pura desvinculada de valores formales, la tendencia a la "acomodación interna" de valores podría ser vista como una aspiración de la comunidad como un todo a lo largo del tiempo. Pero no estoy convencida del acierto de este juicio, de forma que solo la planteo como una posibilidad.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 119 29/04/2019 16:57:12

en lo que atañe al sistema jurídico español, cuya estructura funcional asigna a los jueces ordinarios un protagonismo menor en el control judicial de constitucionalidad.[31] Temis debería encontrar un argumento de moralidad política que apoyara una redefinición de este diseño en casos como el que estoy planteando. Al mismo tiempo, esta concepción debería ser coherente con la división del trabajo institucional en otros ámbitos del ordenamiento y, en general, con la división funcional dentro de una práctica social en la que la justificación del poder se realiza a través de su conexión con decisiones previas. En este sentido, el hecho de que ninguna decisión institucional previa, ya sea legislativa o jurisprudencial, hubiera reconocido hasta el momento la posibilidad del matrimonio igualitario, junto con la existencia de otras instituciones jurídicas afines de unión de parejas del mismo sexo, supondría un desvalor muy significativo desde el punto de vista formal y de seguridad jurídica. Sospecho que la convicción de Temis de que esta diferenciación legal era claramente discriminatoria no resultaría suficiente para comprender los diversos valores involucrados de modo compatible. Temis debería abogar por comprensiones demasiado sustantivas de la legitimidad democrática y la seguridad jurídica, que obviaran la complejidad de nuestra estructura institucional, algo que deformaría su sentido como valores distintivos en el ejercicio de poder.

Si nos centramos en la segunda respuesta jurídica, la de no equiparar ambos tipos de pareja, compatibilizarla con una comprensión razonable del principio de no discriminación sería muy problemático. Temis debería forzar este principio hasta el punto de considerar que una diferenciación puede estar materialmente justificada si proviene de una legislación claramente predecible o con especial dignidad democrática, o si no puede ser alterada sinignorar la división actual del trabajo institucional. Quizá Temis podría ir más allá y considerar, por ejemplo, que la opinión de la mayoría heterosexual sobre la vida homosexual es suficiente para justificar una diferenciación jurídica respecto al matrimonio, acudir a algún concepto religioso de matrimonio o mostrar que hay algo pernicioso en la afectividad homosexual, ya sea para la propia pareja o para terceros.[32] Pero ¿qué concepción resultaría aquí del principio de no discriminación? Creo que

31. Su rol funcional se concentra en el uso del método de la interpretación conforme y en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En este trabajo me estoy centrando en la visión de un juez ordinario. Obviamente, si antes de la reforma esta problemática hubiera llegado al Tribunal Constitucional español estaríamos en un contexto de razonamiento judicial diferente. Sobre la constitucionalidad de la reforma adoptada en España por la Ley/13/2005, de 1 de Julio, véase la STC 198/2012, de 6 de noviembre.

32. No me detendré en otros principios sustantivos de primer orden que pueden ser usados, y que de hecho han sido usados (i.e., el derecho a contraer matrimonio y a preservar la institución matrimonial y el derecho a la protección de la familia y los hijos) para justificar la inexistencia de discriminación en este caso. Tampoco entraré en otras razones jurídicas o estándares más específicos que puedan formar parte de la moralidad interna de la institución jurídica del matrimonio.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 120 29/04/2019 16:57:12

el esfuerzo de acomodación interna conduciría a Temis a defender una mala concepción del principio de no discriminación, que no sería coherente con la concepción más robusta que nuestro Derecho reivindica en muchos otros ámbitos. Diría más bien que esta armonización supondría una pérdida de identidad de este valor de moralidad política, valor que adquiere sentido si puede actuar como límite sustantivo a la democracia mayoritaria.

Si el compromiso judicial con la igualdad axiológica solo consistiera en la acomodación interna de valores jurídicos, evitar las soluciones salomónicas acabaría resultando una tarea demasiado hercúlea para el juez de carne y hueso. Así, aunque la tendencia a la acomodación interna de valores podría ser percibida como una aspiración de la comunidad política como un todo a lo largo del tiempo, la actividad cotidiana de adjudicación, en el marco de la división funcional de autoridad que la integridad inclusiva asume, debería poder más modesta.

A mi juicio, el principio de igualdad axiológica ante la ley no requiere necesariamente funcionar desde la lógica de la interdefinición (o solo desde esta lógica). La acomodación externa de valores también deja intacto el compromiso judicial de tratar igual aquellos casos en los que el balance de las razones aplicables dirija a la misma solución, siempre que estas razones marquen una diferencia práctica comparable en su razonamiento del caso a caso. Mi tesis es, por tanto, que los juicios de proporcionalidad no constituyen soluciones salomónicas que una comunidad de principio debería rechazar. Al mismo tiempo, la mayor complejidad estructural y sensibilidad al contexto de este mecanismo ponderativo tiene la ventaja de ampliar el rango de factores que el juez debe tener presentes en la armonización axiológica. Permite incorporar preguntas acerca de la idoneidad, necesidad y razonabilidad de una solución jurídica en relación con los principios que la justifican, sin tener que deformar la identidad de los principios involucrados.[33]

Para acabar de perfilar esta tesis, volvamos de nuevo a la jueza ordinaria Temis y a la regulación española previa al matrimonio igualitario. Un escrutinio de proporcionalidad podría arrojar un resultado distinto al de un intento de acomodación interna. Por una parte, el examen de proporcionalidad le hubiera exigido a Temis valorar si la solución jurídica de la equiparación caso a caso era "idónea" para satisfacer el principio de no discriminación. Esta idoneidad no resulta

33. Es cierto que Dworkin (2006, 114-116) considera que la acomodación interna que propone su concepción integrada de los valores es lo que puede evitar el residuo moral de no obtener una solución unitaria. Sin embargo, no es obvio que este argumento afecte mucho a una solución proporcionada. De todos modos, cabe tener presente que ya la propia distancia existente entre la integridad pura y la integridad inclusiva difícilmente podría evitar cualquier residuo moral en el razonamiento jurídico, que se centra en la integridad inclusiva. Al menos en *Law's Empire*, el mismo Dworkin (1986, 404-406) presupone que la integridad inclusiva puede conllevar este residuo. Además, lo relevante aquí es si la solución proporcionada deja algún residuo de moralidad jurídica, que es la determinante para el Derecho, algo compatible con que la moralidad interna del Derecho pueda generar residuo moral desde la integridad pura.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 121 29/04/2019 16:57:12

obvia desde el momento en que las soluciones judiciales caso a caso solo pueden garantizar que algunas parejas homosexuales, aquellas que han acudido a un proceso judicial, dejarán de ser discriminadas frente a las parejas heterosexuales.[34]

En segundo lugar, incluso si hubiera sido idónea, Temis debería haber valorado si la solución de la equiparación era estrictamente "necesaria" para satisfacer el principio de no discriminación, teniendo presente que este principio de justicia material está primariamente dirigido al legislador en la creación de normas. En esta valoración, cuál era el contexto normativo adquiere mucha importancia. Si el escenario histórico inmediatamente previo a la regulación del matrimonio igualitario pudiera ser descrito como una situación de paulatina equiparación legal en derechos, siendo la posibilidad del matrimonio y adopción igualitarios últimos escollos dentro de una línea protectora en evolución, podríamos afirmar que la intervención del juez ordinario se tornaba aquí menos necesaria. Si el legislador está siguiendo una línea evolutiva que se va orientando a la satisfacción plena del principio de no discriminación en lo que afecta a los derechos de las personas homosexuales, cabe confiar, al menos durante un lapso de tiempo prudencial, que la legislación, como ha acabado sucediendo en España, terminará estableciendo una equiparación plena. Solo cuando esta confianza deja de estar justificada, la solución judicial puede convertirse en indispensable para satisfacer el principio de no discriminación.[35]

Por último, incluso si consideráramos que la solución judicial de la equiparación era necesaria para obtener este fin, a Temis todavía le faltaría dilucidar qué resultados se obtendrían del examen de proporcionalidad en sentido estricto. Dado que no existía ningún respaldo normativo a la posibilidad del matrimonio igualitario ni era fácil interpretar la regulación existente en armonía con el principio de no discriminación, esta respuesta judicial podría haber supuesto una restricción especialmente intensa de los valores de seguridad jurídica y legitimidad democrática. Esta restricción intensa solo podría haber sido compensada si la solución jurídica de equiparación desde los casos particulares alcanzara un nivel suficientemente alto de observancia del principio de no discriminación. Pero seguramente esta conclusión le resultaría dudosa a Temis. Aún asumiendo que esta solución judicial fuera idónea para satisfacer este principio en algún grado, un nivel alto de protección del principio de no discriminación requiere reconfigurar toda la institución del matrimonio para que el hecho de

34. En este sentido, incluso en la difícil hipótesis de que todos los jueces ordinarios hubieran equiparado en cada supuesto particular ambos tipos de pareja en lo que atañe al matrimonio, seguiría existiendo una discriminación porque las parejas homosexuales solo podrían obtener esta equiparación a través de un proceso judicial, algo que una pareja heterosexual no requeriría.

35. Con esta respuesta no cierro la posibilidad de que pudiéramos encontrar o imaginar otra alternativa menos restrictiva que sirviera a este fin con una eficacia comparable. Sobre la dependencia del juicio de necesidad de la posibilidad de imaginar alternativas véase, por ejemplo, García Amado (2006).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 122 29/04/2019 16:57:12

la homosexualidad sea indiferente en la asignación del conjunto de derechos y deberes que la conforman.[36] Diríase que solo el diseño de una institución nueva como la del matrimonio igualitario en España ha podido garantizar un nivel alto de igualdad material a las parejas homosexuales.[37]

Teniendo en mente una dinámica de razonamiento como la ejemplificada en este caso, cabe concluir que el examen de proporcionalidad no conduce a las soluciones salomónicas que una comunidad de principio rechazaría. Este examen toma en consideración los principios y valores jurídicos involucrados, atiende a su peso relativo en las circunstancias de aplicación y busca alcanzar un equilibrio en el grado de respeto o en los niveles de satisfacción. De forma paralela al mecanismo de la interdefinición, tampoco fundamenta decisiones públicas en principios contradictorios y permite una coherencia de principio generalizable en circunstancias similares (fácticas y jurídicas).[38] Pero en la implementación de la igualdad axiológica ante la ley, la proporcionalidad resulta más razonable que la acomodación interna, al menos, cuando se confrontan valores formales con valores materiales: sus presupuestos filosóficos son más modestos y resulta más funcional para orientar la actividad cotidiana de los órganos de adjudicación.

En definitiva, la concepción integrada de los valores y la técnica de la interdefinición no abarcarían todas las posibilidades de razonamiento judicial en aplicación del estándar de igualdad axiológica ante ley. Este principio de adjudicación puede impugnar las soluciones salomónicas desde una exigencia interpretativa más flexible, que no convierta el compromiso funcional del juez en una misión hercúlea difícilmente realizable.

No obstante, sea cuál sea la mejor forma de dar contenido a la dinámica armonizadora de la coherencia de principio, otra dificultad importante que enfrenta la igualdad axiológica ante la ley desde una concepción dworkiniana es su alcance limitado en tanto compromiso institucional. Como destacaré a continuación, el fundamento que Dworkin asigna al valor jurídico de la integridad es demasiado restrictivo para dar cuenta de la complejidad de nuestro universo jurídico.

36. Es cierto que en España esta reconfiguración legal se ha realizado con pequeños ajustes normativos y, en su parte más general, con la adición de un simple párrafo al artículo 44 del Código Civil. Pero los efectos de estos pequeños cambios comportan un nuevo diseño de la institución matrimonial.

37. Dejo abierta la posibilidad de que un examen más profundo y detallado de proporcionalidad nos pudiera conducir a otra solución judicial. Quizá el peso abstracto del principio de no discriminación en un sistema constitucional como el nuestro debería marcar una diferencia práctica mayor que la que he asumido en este desarrollo del examen de proporcionalidad y, por tanto, la solución de la no equiparación solo se justificaría, aplicando la variable del peso abstracto en la ley de la ponderación de Alexy (2008, 23-24), si el grado de satisfacción de los valores formales fuera mucho más intenso.

38. Véase Alexy (1993, 114; 2008, 14-15).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 123 29/04/2019 16:57:12

4.

En *LE,* Dworkin concibe la integridad como una virtud que gobierna la relación jurídica pensada como un ámbito de moralidad especial. Esta relación se desarrolla en aquellas sociedades donde sus miembros poseen ciertas actitudes personales de preocupación mutua, lo que este autor denomina *la comunidad fraternal*. Estos lazos comunitarios son fuente de obligaciones morales de carácter asociativo y su presencia determina el nivel de exigencias y expectativas recíprocas que caracteriza al Derecho como integridad. Como he indicado, estas exigencias se expresan en el compromiso de gobernarse por principios comunes que se apliquen a todos por igual. Por tanto, una comunidad fraternal es una comunidad de principio circunscrita. Más allá del marco de la comunidad fraternal, la integridad pierde su fuerza justificatoria para transformar poder en Derecho, dada su lógica comparativa y su carácter interno a esta relación especial. De ahí que Dworkin defienda que la integridad es aplicable dentro de la comunidad política (que percibe de forma idealizada como una comunidad fraternal) y no entre comunidades políticas o fuera de esta unidad de gobierno.[39]

El principal problema de esta forma de entender el fundamento y alcance de la integridad es su carácter sumamente restrictivo, que nos aboca a una concepción muy limitada del Derecho. De un lado, este fundamento difícilmente puede ser la base de los compromisos institucionales en el tipo de sociedades en las que vivimos. El ideal de la comunidad fraternal es demasiado denso para justificar por qué en sociedades complejas, multitudinarias y básicamente anónimas como las nuestras, la virtud de la integridad adquiere una fuerza justificatoria propia distinguible de los estándares generales de justicia.

Por otra parte, esta aproximación presenta grandes dificultades para reflejar el entramado regulativo del mundo moderno. Muchos teóricos están insistiendo en

39. En esta línea, Dworkin ha defendido que el compromiso institucional con la integridad es interno a cada estado federado dentro de los Estados Unidos de América. Aun cuando determinar cómo debe distribuirse el poder entre los estados y la federación es una cuestión interpretativa, no se vulnera la coherencia de principio por el hecho de que haya diferencias de principio, por ejemplo, en la regulación del derecho de daños por parte de los estados. Los diversos estados tienen soberanía sobre muchas cuestiones de principio, algo que justifica el pluralismo existente y no convierte estas diferencias en *checker board laws* (Ibídem, 186). Pero este panorama se hace más complejo cuando la cuestión se refiere a qué es lo que debe quedar incluido dentro de los mínimos constitucionales comunes. Aquí su posición no es del todo clara, especialmente cuando se refiere a la regulación del aborto. Ciertamente, estas cuestiones también tendrán carácter interpretativo, pero a no ser que concibamos la posibilidad de que Estados Unidos sea un tipo de comunidad fraternal de comunidades fraternales, no resultará obvio desde esta lógica que podamos concebir la decisión del Tribunal supremo en el caso *Obergefell,* para poner uno de tantos ejemplos,como la decisión exigible desde el principio adjudicativo de la integridad.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 124 29/04/2019 16:57:12

que desafíos como la globalización o el pluralismo jurídico hacen inviable seguir manteniendo las teorías tradicionales del Derecho, centradas en los parámetros del estado-nación como unidad independiente de legitimidad en el uso del poder coactivo. El escenario jurídico actual se caracteriza por la presencia de múltiples niveles interconectados de estructuras jurídicas, algunas de ellas paralelas al estado, sin jerarquías normativas unitarias y criterios últimos de autoridad. Este pluralismo sistémico diversifica las "fuentes" de las fuentes de Derecho, abre la posibilidad de optar entre marcos de regulación alternativos que se solapan, puede involucrar procesos de negociación de la validez jurídica y desdibuja nuestra concepción habitual de la legitimidad política. Aquí, los entramados regulativos se despliegan dentro, por encima, por debajo y paralelamente a la comunidad política, algo que escapa a la capacidad explicativa y justificatoria del Derecho como integridad.[40]

Una posibilidad para aumentar el rendimiento explicativo de la concepción interpretativa del Derecho, frente a los dos problemas mencionados, es repensar el fundamento de la integridad inclusiva como virtud que gobierna la adjudicación normativa. El compromiso institucional con la coherencia de principio requiere, ciertamente, un contexto de relación moral especial donde entren en juego estándares comparativos de moralidad política, que son la base de una comunidad de principio.[41] Dworkin distingue la comunidad fraternal de otras dos posibles comunidades donde no surgiría este compromiso institucional con la coherencia de principio: la comunidad accidental de *modus vivendi* (*community of circumstances*) y la comunidad de reglamento (*rulebook community*). La primera es solo una comunidad *de facto* en la que las interacciones se basan en razones prudenciales. En la segunda, sus integrantes, que pueden poseer intereses y puntos de vista contrapuestos, se comprometen a actuar en los términos fijados de manera explícita en los acuerdos negociados que han alcanzado, pero los términos fijados también agotan sus obligaciones con la comunidad.[42]

Esta distinción entre tres tipos de comunidad parece incompleta en un sentido relevante. Diría que entre la comunidad de reglamento y la comunidad fraternal hay espacio para otro tipo de comunidad, una asociación humana

40. Sobre los desafíos que la globalización y el pluralismo jurídico plantean a la visión tradicional del Derecho, véanse, por ejemplo, Torbisco (2008, 537-541), Krisch (2010, 3-14, 69-78). Sobre cómo este panorama desborda nuestra concepción del ideal del imperio de la ley véase, también, Laporta (2007, 243-265).

41. Los estándares comparativos justifican derechos, deberes y expectativas individuales a partir de comparar la situación de ventaja o desventaja social de unos individuos respecto a otros. Como observa Miller (1999, 4-5, 19, 220-221), los principios no comparativos, en cambio, justifican derechos y expectativas individuales sin tener en cuenta la relativa situación de otras personas y sus derechos. Así, mientras que los principios no comparativos pueden tener un alcance global, los de carácter comparativo requieren personas que poseen algún tipo de conexión o relación entre ellas que permita otorgar relevancia moral a la comparación.

42. Dworkin (1986, 208-215).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 125 29/04/2019 16:57:12

conformada por lazos cooperativos, donde sus miembros, a pesar de poseer visiones e intereses diversos, asumen el compromiso mutuo de gobernarse en términos de equidad y reciprocidad.[43] Esta comunidad se aleja de la lógica de la comunidad de reglamento, ya que los términos fijados en los acuerdos puntuales que alcanzan son instrumentales a la finalidad de obtener esta equidad y reciprocidad cooperativas a lo largo del tiempo. Pero esta asociación tampoco es una comunidad fraternal porque, aun cuando también se trata de una comunidad de principio, a sus miembros no se les requiere poseer ningún tipo de vínculo emotivo entre ellos.

Aunque no podré profundizar en este punto, vale la pena mencionar que esta lógica cooperativa puede originarse de formas distintas.[44] Puede ser el producto de una asociación voluntaria creada para obtener de modo más eficiente una finalidad conjunta. Pero también puede surgir como exigencia de justicia relacional en marcos institucionales que tienen continuidad y en los que la asociación no es voluntaria. Un ejemplo son las estructuras que imponen cargas y beneficios a los individuos y lo hacen en su nombre. Otro ejemplo son los ámbitos de interdependencia en los que la interacción institucionalizada acarrea efectos profundos en la vida de las personas, beneficiando mucho más a unos que a otros o incluso perjudicando a algunos. En estos últimos supuestos, la justificación del uso del poder está condicionada, en lo que aquí nos interesa, a la creación de una comunidad de principio.

En este trabajo solamente pretendo plantear como hipótesis que una concepción interpretativa del Derecho podría sustituir el modelo de la comunidad fraternal por la idealización de la comunidad cooperativa. A pesar de que el complejo entramado regulativo moderno está muy lejos de la lógica de las comunidades fraternales, si esta hipótesis fuera razonable, todavía nos quedaría la alternativa de concebir estos entramados como estructuras cooperativas. Si en la actualidad la comunidad política no es más que uno de los diversos contextos de cooperación institucionalizada donde el poder coactivo se despliega a lo largo del tiempo, los compromisos con la coherencia de principio no se circunscriben a las fronteras de la comunidad política como parecía suponer Dworkin en *LE*.[45]

En uno de sus últimos trabajos, Dworkin prestó atención a la moralidad interna del Derecho internacional, aunque sin haber podido hilvanar una propuesta sólida. Este autor considera que el Derecho internacional es todavía una

43. Las ideas de equidad cooperativa y reciprocidad moral estarían a medio camino entre la de imparcialidad y la de ventaja mutua. Véase, en este sentido, Rawls (1993, 16-17).

44. Mi objetivo es desarrollar esta cuestión de forma monográfica en una investigación ulterior, examinando qué tipos de interacción y niveles de interdependencia serían necesarios para dar sentido a esta idealización de la comunidad cooperativa.

45. Un argumento análogo ha sido usado para valorar las posibilidades de expansión de las demandas de justicia distributiva más allá del interior de la comunidad política. Véanse, por ejemplo, Beitz (1979) y Abizadeh (2007).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 126 29/04/2019 16:57:12

práctica social muy joven, en proceso de articulación. No obstante, Dworkin hace énfasis en algunos principios que podrían orientar los compromisos institucionales que darían contenido al Derecho internacional como ámbito de poder coactivo. Dworkin asume que los estados están sujetos a una demanda de mejorar su legitimidad más allá de sus fronteras y, de ahí, a la exigencia de mitigar los diversos defectos y problemas de cooperación que pueden surgir de un sistema westfaliano estricto. Su propuesta reside en vertebrar el Derecho internacional desde el principio de "salience" (prominencia).[46] Según este estándar, si un número significativo de estados ha desarrollado un código de conducta común, ya sea por un Tratado u otra forma de coordinación, el resto de estados tiene al menos un deber *prima facie* de suscribir también esa práctica, siempre que ello mejore su legitimidad como estados y la legitimidad general del orden internacional.

Aunque el estándar de *salience,* entendido como el principio que gobierna la identificación y aplicación del Derecho internacional, es un avance respecto a la comprensión westfaliana del orden global, dudo de su fuerza para ampliar de forma robusta el alcance del principio adjudicativo de la integridad. Dworkin mantiene una visión demasiado estatista de este estándar, centrada en qué es lo que podemos exigir a un estado en la esfera internacional para asegurar y mejorar su legitimidad. En este sentido, Dworkin sigue pensando la legitimidad de la comunidad internacional como un instrumento para asegurar la legitimidad del estado. Este tipo de aproximaciones no consiguen abrir la posibilidad de que otras estructuras institucionales más amplias (o la propia comunidad internacional) conformen unidades de interacción autónomas, sujetas a compromisos internos quepermitan transforman poder en Derecho. Por esta razón, no es claro que este criterio pueda marcar una distancia importante como alternativa a la tradicional sujeción estricta al principio *pacta sunt servanda*.

Mi sugerencia es circular por otra vía, menos estatista. El compromiso institucional con la coherencia de principio adquiere trascendencia más allá del estado cuando unimos los entramados normativos (que actúan en los múltiples niveles que comentaba) a una demanda de equidad cooperativa en el ejercicio del poder. Si adoptamos esta visión, el principio de igualdad axiológica ante la ley adquiere mayor recorrido que el que podríamos extraer de la teoría del Derecho de Dworkin, y sería aplicable a los órganos jurisdiccionales dentro de estas estructuras.

Pensemos en un ámbito jurídico internacional como el del Convenio Europeo de Derechos humanos. Aunque tendría poco sentido percibir al Consejo de Europa como una comunidad fraternal, tampoco diría que estamos ante una mera comunidad de reglamento donde solo existe el compromiso de actuar en los términos fijados de manera explícita en acuerdos negociados. La propia dinámica evolutiva en la comprensión y aplicación del Convenio en estos últimos sesenta

46. Dworkin (2013, 17-19).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 127 29/04/2019 16:57:12

años nos aleja de la lógica de una mera comunidad de reglamento.[47] Por esta razón, no resulta nada descabellado asociar el marco del Convenio a un contexto de cooperación equitativa en la protección de derechos humanos donde se ejerce el poder institucional.

Desde su esfera jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se enfrenta a un entramado axiológico todavía más complejo que el que hallamos en el interior de los estados miembros. A las razones generales de seguridad jurídica y justicia material, se une un principio de legitimidad democrática que actúa en diferentes niveles. Por una parte, encontramos el nivel del acuerdo entre estados para someterse a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo y, de este modo, limitar su autonomía en la garantía de los derechos reconocidos en el Convenio. Por otra parte, encontramos el nivel interno de legitimidad democrática que una restricción estatal a un derecho convencional puede poseer. La división institucional del trabajo en la protección de derechos humanos en Europa, junto a esta dualidad en las razones de legitimidad democrática, han ido incorporado estándares específicos en la axiología interna al Convenio.

Estos estándares no se acomodan bien a los compromisos de integridad y unidad de la comunidad fraternal; su incorporación como razones convencionales marca una diferencia práctica. De ahí que la jurisprudencia de Estrasburgo admita la diversificación de soluciones nacionales a un mismo problema sin que ello implique, necesariamente, situaciones de vulneración jurídica del Convenio. Pensemos, por ejemplo, en el pluralismo existente en torno a la regulación del matrimonio igualitario en los países del Consejo de Europa. En aplicación de los artículos 8, 12 y 14 del Convenio, el Tribunal todavía no ha encontrado suficientes razones convencionales para concluir que existe un derecho jurídico al matrimonio igualitario o que los estados que rechazan esta posibilidad violen el Convenio.[48] Tal conclusión no es simplemente el fruto de considerar que esta

47. Admito que este juicio puede resultar controvertido. Algunos dirían que, en realidad, la evolución de la comprensión del Convenio en ciertos aspectos refleja algo más débil que una comunidad de reglamento. Por esta razón, Brauch (2005), por ejemplo, insiste en la necesidad de que el TEDH se ciña a los términos explícitos del Convenio cuando valora una posible vulneración convencional. Otros teóricos asumen cómodamente que el marco del CEDH refleje más bien una comunidad de *modus vivendi*, al menos en algunas materias. Véase, por ejemplo, McGoldrick (2011). Pero hay elementos en la práctica de comprensión y aplicación del Convenio que dirigen a una visión más optimista. En esta dirección, si percibimos el CEDH en su mejor luz, tanto la propia teleología expresada en su preámbulo como la jurisprudencia del TEDH en muchos ámbitos nos acercan a la dinámica de una comunidad cooperativa.

48. Véanse, particularmente, los asuntos Gas y Dubois c. Francia (15 de marzo de 2012) o Schalk y Kopf c. Austria (24 de junio de 2010). Aunque también es cierto que el Tribunal está ejerciendo cada vez mayor presión en torno a las posibilidades de establecer diferenciaciones en esta materia y es cada vez más estricto con la regulación nacional, en especial, cuando no se ofrecen otras vías legales para la uniones homosexuales (Vallianatos c. Grecia, 7 de Noviembre de 2013) o cuando hay un tratamiento diferenciado entre parejas no casadas heterosexuales y homosexuales (X c. Austria, 19 de febrero de 2013).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 128 29/04/2019 16:57:12

limitación no interfiere en el derecho a la protección de la vida privada y familiar, en combinación con el principio de no discriminación. Esta conclusión es el resultado de un intento, exitoso o no, de armonizar el desvalor convencional de esta interferencia con otras razones jurídicas involucradas en la aplicación del Convenio.

Además de las razones de primer orden que estados y ciudadanos han aducido, o bien para justificar o bien para impugnar la limitación, intervienen un conjunto de razones de segundo orden: 1) que la responsabilidad jurídica del Tribunal, en el marco de una división institucional del trabajo dentro del sistema europeo de derechos humanos, se reduce a la garantía de un estándar mínimo de protección, 2) que el rol del Tribunal es subsidiario y 3) que los estados gozan de un margen de apreciación en ámbitos socialmente sensibles, especialmente cuando se carece de un consenso europeo en la materia y las autoridades nacionales están mejor situadas que un órgano internacional para gestionar una situación conflictiva.

Dado este conjunto de razones, la unidad sustantiva de respuesta no sería una exigencia convencional. Si observáramos este contexto regulativo desde el Derecho como integridad de Dworkin, tendríamos dos opciones para valorar este pluralismo. O bien el Consejo de Europa puede ser idealizado como una comunidad fraternal y, entonces, este pluralismo parece constituir una solución salomónica porque no aplicamos los mismos principios a casos comparables (este pluralismo, por ejemplo, sería difícilmente aceptable en el interior del ordenamiento jurídico español), o bien creemos, como Dworkin asume en *LE*, que la integridad se circunscribe a la comunidad política. En este último caso, no habría ninguna dificultad para admitir la posibilidad de este pluralismo, incluso como producto de la acomodación negociada entre la voluntad de los estados y la dinámica de funcionamiento del Tribunal de Estrasburgo.[49]

Si, en cambio, pensamos este contexto regulativo desde los parámetros de las estructuras de cooperación equitativa, nuestra forma de valorar este pluralismo será distinta porque, en última instancia, deberá reflejar una situación de equilibrio comparativo en el modo en que el Convenio distribuye la imposición de derechos y deberes a estados y ciudadanos. Si el Tribunal tomara en serio el estándar de igualdad axiológica ante la ley, el pluralismo europeo en el tratamiento del matrimonio igualitario solo sería compatible con el Convenio si esta conclusión fuera el resultado de un equilibrio ponderado entre todas las razones convencionales relevantes en su aplicación, razones que incluyen el principio de subsidiariedad, la idea de estándar mínimo de protección y la doctrina del margen de apreciación. Ahora bien, para que estas razones sean jurídicamente relevantes

49. No creo que el hecho de que en este ejemplo haya derechos humanos en juego conduzca a otra conclusión desde su teoría, dada su forma de concebir los derechos humanos. Véase, Dworkin (2011, 335-338).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 129 29/04/2019 16:57:13

deben marcar una diferencia práctica para justificar decisiones en torno a derechos humanos dentro de una estructura cooperativa de carácter internacional.[50] Quizá este balance conduzca a la conclusión de que el pluralismo respecto al matrimonio igualitario es convencionalmente admisible (a diferencia del pluralismo respecto a otros derechos de las personas homosexuales). Pero si seguimos la lógica que propongo, esta conclusión no será un mero producto de la acomodación negociada entre la diversidad nacional de intereses y convicciones de moral pública. Si el Tribunal atiende a la igualdad axiológica, esta respuesta jurídica deberá ser el fruto de un balance proporcionado entre razones convencionales.

Ciertamente, esta no ha sido siempre la tónica de actuación del Tribunal de Estrasburgo. Algunos ejemplos los encontramos en materia de simbología religiosa y en la protección de sentimientos religiosos frente a la libertad de expresión.[51] En estos ámbitos, el Tribunal ha tendido a buscar soluciones salomónicas, políticamente aceptables para los estados, cuando el equilibrio ponderado de razones hubiera dirigido a otras respuestas. Estas decisiones son cuestionables, como soluciones jurídicas, precisamente porque han obviado el compromiso institucional con la igualdad axiológica ante la ley en el seno de una comunidad de principio.

Mi objetivo en este trabajo ha sido mostrar que, desde una concepción interpretativa, los jueces deberían (y pueden) tomarse en serio la igualdad axiológica como estándar de adjudicación. Este principio tiene fuerza y resulta atractivocuando asumimos que la responsabilidad judicial en la identificación y aplicación del Derecho no termina en una exigencia de igualdad formal ni abarca una demanda de igualdad material. He intentado mostrar, asimismo, que este estándar es una exigencia de integridad inclusiva que puede quedar satisfecha con el compromiso judicial de ponderar, de forma proporcionada, el conjunto de razones jurídicamente válidas que son aplicables al caso concreto. Al mismo tiempo, he argumentado que la igualdad axiológica resulta aplicable a cualquier esfera jurisdiccional que actúe dentro de una estructura cooperativa de organización social.

Dworkin ha contribuido de muchas formas al avance en las ciencias sociales, especialmente por la originalidad y el carácter práctico de sus planteamientos. En lo que atañe al avance de la filosofía del Derecho, diría que su legado más importante ha sido su talento y maestría para demostrar que la axiología jurídica es lo que realmente importa en la comprensión del Derecho. Sin esta axiología,

50. En otros trabajos he buscado ofrecer teorías normativas del principio de subsidiariedad y de la doctrina del margen de apreciación que expliquen en qué medida y desde qué concepción estas razones pueden marcar una diferencia práctica.

51. En Iglesias Vila (2014) he efectuado un análisis crítico de la jurisprudencia del TEDH en este tipo de casos, resaltando que el TEDH ha abusado de una doctrina que denomino "voluntarista" del margen de apreciación nacional. Si, en cambio, el TEDH hubiera resuelto estos casos desde una concepción "racionalizada" de esta doctrina, que atiende a la exigencia de igualdad axiológica ante la ley en esta sede judicial, el Tribunal hubiera cumplido mejor la función que le asigna el CEDH en la protección de derechos convencionales.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 130 29/04/2019 16:57:13

el Derecho carecería de sentido. Pero no solo eso. Sin axiología, tanto las normas jurídicas como su aplicación acabarían resultando arbitrarias.

5. Bibliografía

Abizadeh, A. (2007) "Cooperation, Pervasive Impact, and Coercion: On the Scope (not Site) of Distributive Justice", *Philosophy & Public Affairs*, 35, nº 4, pp. 318-358.

Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (trad. E. Garzón Valdés).

— (2008) "La fórmula del peso", en Carbonell, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 13-42.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996), *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.

Beitz, Ch. (1985) "Justice and International Relations", enBeitz, Ch., Cohen, M., Scanlon, Th., y Simmons, J. (eds.), *International Ethics*. A Philosophy and Public Affairs Reader, Princeton University Press, pp. 282-311.

Bernal Pulido, C. (2003) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Brauch, J. (2005) "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law*, v. 11, pp. 113-150.

Caney, S. (2003) "Entitlements, Obligations, and Distributive Justice. The Global Level", en Bell, D. y De-Shalit, A. (eds.), *Forms of Justice. Critical Perspectives on David Miller's Political Philosophy*, Lanham, Roman & Littlefield Publishers, pp. 287-313.

Carbonell, M. (ed.) (2008) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

De Otto, I. (1988) "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en De Otto, I. y Martín-Retortillo, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Tecnos.

Dworkin, R. (1977) *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth.

— (1986) *Law's Empire*, Londres, Fontana Press.

— (2006) *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

— (2011) *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

— (2013) "A New Philosophy for International Law", *Philosophy & Public Affairs*, v. 41, 1, pp. 2-30.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 131 29/04/2019 16:57:13

García Amado, J. A. (2006) "El Juicio de ponderación y sus partes. Una crítica de su escasa relevancia", en Sanín, R. (ed.), *Justicia constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, pp. 119-163.

Greer, S. (2003) "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, nº 3, pp. 405-433.

Iglesias Vila, M. (2014) "Una doctrina del margen de apreciación para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional", en Iglesias, M. et al., *Derechos Humanos: Posibilidades teóricas y desafíos prácticos,* Buenos Aires, Libraria, pp. 14-39.

Krisch, N. (2010) *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press.

Laporta, F. (2007) *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.

Mancini, S. (2010) "The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty", *European Constitutional Law Review*, v. 6, pp. 6-27.

Martínez Zorrilla, D. (2007) *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons.

McGoldrick, D. (2011) "Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?", *Human Rights Law Review*, v. 11, nº 3, pp. 451-502.

Miller, D. (1999) *Principles of Social Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

Prieto Sanchís, L. (2008) "El juicio de ponderación constitucional", en Carbonell, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 85-123.

Rawls, J. (1993) *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.

Sauca, J.M. (2015) *El legado de Dworkin a la filosofía del Derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Torbisco Casals, N. (2008) "Beyond Unity and Coherence: The Challenge of Legal Pluralism in a Post-National World", *Revista juridica de la Universidad de Puerto Rico,* v. 77, nº 2, pp. 531-551.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 132 29/04/2019 16:57:13

Eutanasia y suicidio asistido. Más allá del "Alegato de los filósofos"*

*Eduardo Rivera López***

1. Introducción

Hace más de veinte años, primero en su aclamado libro *El dominio de la vida* (Dworkin 1994), y luego en el llamado "Alegato de los filósofos" (Dworkin *et al.* 1997), Ronald Dworkin presentó algunos de los argumentos más influyentes a favor de la existencia de un derecho constitucional (y moral) al suicidio asistido (y la eutanasia).

En 1994, el tema surgió a partir de dos casos judiciales: uno en el estado de Nueva York ("Vacco vs. Quill")[1] y el otro en el estado de Washington ("Washington vs. Glucksberg").[2] En estos casos, médicos y pacientes argumentaban que el suicidio asistido para pacientes terminales se encontraba severamente limitado por las respectivas leyes estaduales, y demandaron que esas prohibiciones legales fueran declaradas incompatibles con la Enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos. En 1997, la apelación de ambos casos alcanzó la Corte Suprema, la cual decidió ambos conjuntamente. Dada la importancia de la decisión, muchos grupos y personas presentaron *Amici Curiae* (alegatos). Dos de ellos son particularmente relevantes: uno escrito por algunos de los filósofos morales más importantes de ese momento (Dworkin entre ellos), defendiendo el derecho constitucional a la muerte médicamente asistida (el "Alegato de los filósofos"), y el otro escrito por los "profesores de bioética", defendiendo la constitucionalidad de las leyes estaduales que prohibían el suicidio asistido y la eutanasia activa. Como es bien sabido, en junio de 1997, la Corte Suprema fallo a favor de esta última posición.[3]

* Revisado por Ezequiel Barnade.

** CONICET - Universidad Torcuato Di Tella.

1. *Vacco v. Quill*, 117 S. Ct. 2293 (U.S. 1997).

2. *Washington vs. Glucksberg* 521 U.S. 702, 117 S. Ct. 2258 (1997).

3. Los autores del "Alegato de los filósofos" son Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Thomson. El *amicus* de los profesores de Bioética fue escrito por George Annas, Leonard Glantz y Wendy Mariner.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 133 29/04/2019 16:57:13

Los veinte años que han pasado desde entonces no trajeron cambios significativos a nivel global. En 1995, la eutanasia activa o el suicidio médicamente asistido era legal en Suiza (el suicidio asistido había sido permitido desde la década anterior), en Holanda (1984), Oregon (1994) y, durante algunos años, en el Territorio del Norte de Australia (1996-1998). Luego, Luxemburgo (2006), Washington (2008), Montana (2008), Vermont (2013) y Bélgica (2014) se agregaron a la lista. En 2015, en lo que puede considerarse el evento más importante relacionado con el estatus legal del suicidio asistido de los últimos 20 años, la Corte Suprema de Canadá (en "Carter vs. Canadá")[4] declaró que la prohibición de la muerte médicamente asistida es inconstitucional. El panorama actual es que, con excepción de Holanda, Suiza, los Países Bajos, Canadá y algunos pocos estados de los Estados Unidos, el suicidio médicamente asistido y la eutanasia activa son ilegales en todo el mundo desarrollado.

La situación en América Latina es todavía más rígida. En la Argentina, por ejemplo, recién hace tres años que se promulgó una ley otorgando el derecho al retiro de tratamiento (incluyendo el sostén vital) en pacientes terminales ("Ley de muerte digna", 2012). La legislación argentina recién ahora está alcanzando el estándar logrado en el caso *Cruzan* en 1985 en Estados Unidos.[5] Leyes similares a la argentina han sido promulgadas en México en 2008 y en Brasil en 2012.

Una explicación adecuada del persistente rechazo a legalizar la eutanasia activa o el suicidio médicamente asistido, especialmente en América Latina, seguramente incluye la convergencia de múltiples factores, algunos más generales, otros más contextuales sobre las realidades sociales, económicas y sanitarias de los respectivos países. Sin embargo, cualquier explicación de este fenómeno, en mi opinión, debe referirse a la falencia teórica de los defensores de la eutanasia activa y el suicidio asistido: no han logrado ofrecer un argumento convincente (que pueda convencer a filósofos, bioeticistas, jueces, legisladores y médicos) a favor de que, si aceptamos la eutanasia pasiva (el retiro de tratamiento, incluyendo el sostén vital), tal como muchos lo hacen, entonces no hay razones de peso para rechazar la eutanasia activa y el suicidio médicamente asistido. Es verdad que hay otras consideraciones relevantes, tales como argumentos de pendiente resbaladiza, miedo al abuso, entre otras. Pero ofrecer un argumento teórico más poderoso es seguramente una condición necesaria para convencer a la gente de dar el paso que falta: proveer no solamente un derecho a rechazar tratamientos, sino también a ser asistido activamente a morir. Mi propósito, al volver sobre la discusión iniciada por Dworkin más de 20 años atrás, es ofrecer un argumento que aspira a llenar al menos parte de ese vacío.

4. *Carter v. Canada* (Attorney General), 2015 SCC 5.

5. *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 134 29/04/2019 16:57:13

2. Aclaraciones preliminares

Comienzo con algunas clarificaciones. En primer lugar, no haré diferencia entre suicidio médicamente asistido y eutanasia activa, es decir, entre proveerle a un paciente los medios necesarios para suicidarse y causarle directamente la muerte a través de, por ejemplo, inocularle una sustancia letal. Uso la expresión "muerte médicamente asistida" (MMA) para referirme a ambos. MMA contrasta con la conducta alternativa, aceptada ampliamente como moralmente permisible (y como legal en la mayoría de los países): el retiro de tratamiento médico, incluyendo medidas de soporte vital (como la respiración, la hidratación y la nutrición) en pacientes terminales.[6]

En segundo lugar, algunas aclaraciones sobre el tipo de pacientes que, en mi opinión, cualifican para MMA. He usado hasta ahora la expresión "paciente terminal" en su sentido usual. De acuerdo con el sentido usual de esta expresión, un paciente terminal es uno que enfrenta una muerte inminente y que puede o no estar sufriendo severamente. Pacientes no terminales, por otro lado, no enfrentan una muerte inminente, pero pueden estar sufriendo de modo persistente (este es el caso de enfermedades crónicas graves como el ELA [esclerosis lateral amiotrófica]). En mi opinión, la inminencia de la muerte no ese esencial en la discusión sobre MMA. Lo que es esencial es si el paciente tiene esperanzas de recuperación y si experimenta un sufrimiento severo. Asumiré que las dos condiciones son necesarias para cualificar para MMA. Para evitar confusiones, usaré, estipulativamente, la expresión "paciente terminal" para referirme a un paciente que no tiene esperanza de recuperación y se encuentra en una situación de sufrimiento físico y/o psicológico severo.[7] Un paciente no terminal, en cambio, tiene una esperanza razonable de recuperación o no está en una situación de sufrimiento severo. Ciertamente, la distinción es controvertida, dado que hay casos intermedios. Aun así, asumiré que existen casos claros y me referiré solo a ellos en mi argumento.

En tercer lugar, siempre supondré que la MMA es realizada con consentimiento del paciente. La discusión de casos en los que el paciente es incapaz de dar consentimiento, incluyendo niños y personas en estado vegetativo persistente,

6. Para una defensa de que el retiro de sostén vital es un caso de retiro de tratamiento médico, véase Annas et al. 1996. Tal como resultará evidente más adelante, mi argumento también apoya prácticas similares a la MMA, como, por ejemplo, la sedación terminal o la "palliated starvation" (para una defensa de este tipo de medidas, véase Savulescu 2015). Podría haber otras razones en contra de estas opciones, pero no las consideraré aquí.

7. Este concepto sigue aproximadamente la condición requerida para la MMA incluida en el art. 2.1 b de la ley holandesa sobre eutanasia ("Termination of Life on Request and Assisted Suicide [Review Procedures] Act"), de acuerdo con la cual el médico debe tener la convicción de que "el sufrimiento del paciente era permanente e insoportable".

El imperio de Ronald Dworkin.indd 135 29/04/2019 16:57:13

es muy compleja y va más allá del alcance de este trabajo.[8] Aun así, debo decir que el argumento que ofreceré a favor de la MMA se aplica de hecho a casos en los que no hay consentimiento. El requerimiento de consentimiento debe ser, por lo tanto, defendido con razones independientes.

Por último, aun cuando mi discusión se mantendrá en el plano moral, mi propósito es ofrecer razones morales que contribuyan a justificar un derecho jurídico a la MMA, y a la incorporación de la MMA como práctica perteneciente a la profesión médica.

3. Estado de la discusión

Mi discusión comienza centrándose en uno de los principales argumentos que propone el "Alegato de los filósofos" y que es discutido por el "Alegato de los profesores de bioética" (Annas *et al.*, 1996). El argumento fundamental de los filósofos es, como indiqué, un argumento de autonomía. Tal como sostiene Dworkin en la introducción, el alegato "define un principio moral y constitucional muy general, según el cual toda persona competente tiene un derecho a realizar decisiones personales fundamentales acerca del valor de la propia vida, que invoquen convicciones religiosas o filosóficas" (p. 2) La decisión acerca de cómo y cuándo morir es una de esas decisiones fundamentales y, por lo tanto, debería ser protegida constitucionalmente en una sociedad liberal. El precedente constitucional más importante, el caso *Cruzan*, debe ser leído bajo esta luz. La decisión de la Corte Suprema que permitió la interrupción de la medidas de sostén vital para Nancy Cruzan (una paciente en estado vegetativo persistente) debe entenderse como "basada no simplemente en un derecho a rechazar invasiones corporales, sino en un derecho más profundo a rechazar intervención médica cuando lo que está en juego es una decisión personal crucial, tal como el momento y el modo de la propia muerte" (p. 8).

El argumento opuesto, representado eficazmente por el "Alegato de los profesores de bioética", comienza con la premisa de que los pacientes tienen un derecho a rehusarse a tratamientos médicos. Este derecho, fuertemente enraizado en la ética médica, posee un consenso absoluto. Aun las medidas de soporte vital (respiración, hidratación y nutrición) pueden ser consideradas, en estas circunstancias, tratamientos médicos, dado que la tecnología médica está involucrada en su aplicación y uso. Su retiro, en la medida que el paciente consiente en ello, es, por lo tanto, la suspensión de un tratamiento, algo a lo que los pacientes tienen derecho en cualquier momento. El retiro de tratamiento, de acuerdo con este argumento, es un tipo de conducta fundamentalmente diferente

8. Véase Bovens 2015 y Kaczor 2016 para un debate sobre MMA en niños.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 136 29/04/2019 16:57:13

a la MMA, porque implica discontinuar (o no comenzar) una conducta activa, permitiendo que la enfermedad o la condición física del paciente siga su curso. La enfermedad es la causa de la muerte, no el tratamiento (o no tratamiento). En cambio, la MMA, de acuerdo con la posición de los profesores, es un caso de causar activamente la muerte del paciente, algo que no está (ni debe estar) permitido por la ética médica o la jurisprudencia.[9]

Un modo habitual de refutar este argumento es rechazar la relevancia moral de la distinción entre matar y dejar morir en general.[10] Por razones que verán claramente más abajo, no voy a seguir esa estrategia aquí. Y es dudoso que los filósofos (Dworkin incluido) acordaran con un rechazo total a esa asimetría. Más bien, su argumento se focaliza más en refutar la afirmación de los profesores según la cual el retiro de soporte vital en pacientes terminales (eutanasia pasiva) puede ser interpretado como la satisfacción únicamente del derecho al rechazo de tratamiento. Permítaseme resumir el argumento como sigue:[11]

1. Tanto la MMA como el retiro de tratamiento son conductas realizadas dentro del marco de la relación médico-paciente. Dentro de este marco, los médicos tienen obligaciones especiales hacia los pacientes en relación con su bienestar y su vida.
2. Puede haber conductas (activas o pasivas) realizadas por médicos que siguen los deseos del paciente y conductas que contradicen esos deseos. En el caso que nos interesa, un acto que previsiblemente resulta en la muerte del paciente puede ser realizado a un paciente que desea morir o a un paciente que no desea morir.
3. En el caso en el que el paciente no desea morir, una conducta que previsiblemente causa la muerte puede ser justificada en algunos casos. Por ejemplo, es permisible que un médico "le niegue un órgano a un paciente, aun cuando morirá sin él, para dárselo a otro". (p. 8). Sin embargo, un médico no puede matar a un paciente para sacarle los órganos y dárselos a otros pacientes. Tampoco puede un médico dejar morir a un paciente para sacarle los órganos y salvar a otros. En conclusión, "el médico viola los derechos del paciente tanto si actúa como si omite actuar, contra la voluntad del paciente, de un modo que está orientado a causar su muerte" (p. 9).
4. En el caso en el que el paciente sí quiere morir, no tiene sentido decir que se violan los derechos del paciente con un acto orientado a causar su muerte. En este caso, tanto matar al paciente como dejarlo morir tiene el mismo estatus, y, bajo condiciones adecuadas, debería ser permitido.

9. Véase Annas *et al.*, 1996.

10. Para este tipo de argumento, véase Tooley, 1994; Rachels, 1994; Young, 2007, pp. 84-97.

11. Reconstruyo este argumento de la forma que considero más convincente. No pretendo ser literal.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 137 29/04/2019 16:57:13

El principio moral fundamental detrás de *Cruzan* no es el derecho a rechazar tratamiento, sino el derecho de los pacientes a satisfacer sus deseos más profundos relacionados con el momento y el modo de morir.

5. Por lo tanto, si permitimos a los pacientes rechazar tratamientos (incluyendo el sostén vital), deberíamos también permitirles a los médicos la MMA, siempre con el consentimiento del paciente.

Hay al menos dos problemas con este argumento. El primero es mencionado (como una aclaración) por los propios filósofos. De acuerdo con ellos, en el caso del rechazo de tratamiento, el paciente tiene un derecho-pretensión a que se le remueva la maquinaria de sostén vital. En el caso de la MMA, en cambio, los pacientes posee algo más débil: una inmunidad, en el sentido de Hohfeld, a que el estado no prohíba que un médico practique la MMA (p. 9-10). Los pacientes no tienen un derecho-pretensión a que se los asista a morir, sino solo un derecho más débil a que los asista un médico que desee hacerlo (los pacientes "no tienen un derecho a obligar al médico a asistirlos" [p. 10]). La segunda anomalía es mencionada por los profesores. El derecho a rechazar tratamiento es un derecho amplio que incluye tanto a los pacientes terminales como a los no terminales. Hay abundante jurisprudencia que otorga a pacientes claramente no terminales a rechazar tratamientos necesarios para salvar sus vidas (el caso claro es el de los Testigos de Jehová, pero hay otros). Sin embargo, no se les concede a esos pacientes no terminales un derecho a la MMA.[12] Veamos estas dos objeciones más detenidamente.

Los filósofos parecen asumir las dos siguientes afirmaciones: (i) el único factor relevante para determinar si un acto que está orientado a causar la muerte del paciente es correcto o no es la voluntad del paciente (competente), y (ii) si un acto es un caso de matar o de dejar morir es completamente irrelevante. Suponiendo esto, uno podría preguntar por qué el paciente no tiene un derecho-pretensión (positivo) a la MMA, y no solamente una inmunidad de que no se prohíba obtener la MMA (por un "médico que desee hacerlo" [p. 10]). Después de todo, si, en el contexto de la relación médico-paciente la autonomía del paciente es el valor fundamental detrás tanto de la eutanasia pasiva como de la MMA, entonces el paciente debería tener el mismo tipo de derecho en ambos casos.

Esta objeción podría responderse concediendo que los pacientes tienen el mismo tipo de derecho (un derecho-pretensión). Quizá, podría decirse, los filósofos no quisieron ir tan lejos. Sin embargo, al igual que en el caso del aborto legal, en el cual puede argumentarse que hay un derecho-pretensión al aborto (y no meramente una inmunidad de que el gobierno no le prohíba a los médicos que lo practiquen), podríamos decir que, en el caso de la MMA, hay un

12. El caso líder sobre rechazo de tratamiento en los EE. UU. es *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (105 N.E. 92 [1914]).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 138 29/04/2019 16:57:13

derecho-pretensión a la MMA, en la medida que existan regulaciones razonables de objeción de conciencia. Cualquiera sea la plausibilidad de esta respuesta, tiene el problema de hacer la siguiente objeción más robusta.

La segunda objeción es que, si la eutanasia pasiva (incluyendo el retiro del soporte vital) y la MMA son equivalentes cuando el paciente es terminal y, además, los pacientes no terminales también tienen un derecho al retiro de tratamiento (incluyendo tratamientos vitales), entonces los pacientes no terminales también deberían tener un derecho a la MMA, es decir, a que los médicos los ayuden a morir (en la medida que sean competentes y consientan). Nuevamente, la autonomía del paciente debe ser respetada, independientemente del tipo de conducta que ella implique. Además, si aceptamos la respuesta a la objeción anterior, habría que decir que los enfermos no terminales tienen un derecho-pretensión a ser asistidos a morir, no solamente una inmunidad contra una posible prohibición legal.

La respuesta a esta segunda objeción podría ser también conceder el punto. Esto lleva a lo que podríamos llamar posición "liberal consistente". El liberal consistente rechaza en general la prohibición al suicidio asistido y el homicidio a petición (no solamente en el caso de pacientes terminales). A pesar de que esta posición es consistente (acepta MMA porque acepta el derecho al suicidio asistido y a ser matado en general), no es la posición de los filósofos. Para ellos, la razón por la que estas prácticas pueden ser declaradas ilegales es que, cuando es solicitante es sano o es un paciente no terminal, querer morir es normalmente irracional (aun si la persona es competente). Por lo tanto, la prohibición legal se justifica paternalísticamente para evitar que las personas sean ayudadas a morir cuando la muerte no promueve sus verdaderos intereses.[13]

Cualquiera sea el mérito de este argumento, es insuficiente. Si la razón por la cual un médico no tiene permitido proveer la MMA a un paciente no terminal que quiere morir es la razón paternalista mencionada, la misma razón se aplica al paciente no terminal que rechaza un tratamiento vital. No deberíamos permitir tal rechazo, por las mismas razones paternalistas. Sin embargo, lo aceptamos. Aceptamos que pacientes (en cualquier estadio de su enfermedad) tienen un derecho a rechazar el inicio o continuación de un tratamiento, aun si ese rechazo no refleja las "convicciones duraderas". Además, los médicos no solo están permitidos, sino que *deben* seguir el deseo del paciente al respecto.

Existe, por lo tanto, una asimetría en el caso de los pacientes no terminales, al menos cuando ellos desean morir: la asimetría entre matarlos con su consentimiento

13. En la "Introducción", Dworkin afirma que el *amicus* "reconoce que las personas pueden tomar tales decisiones en forma impulsiva o por depresión emocional en momentos en que su accionar no refleja sus convicciones perdurables. Y esto da lugar a que en algunas circunstancias el estado tenga el poder constitucional de pasar por alto ese derecho con el objeto de proteger a los ciudadanos de actos errados, pero irrevocables, de autodestrucción. Puede serles permitido a los estados impedir la ayuda al suicidio a personas que (es plausible pensar que) estarían luego agradecidas de que se les haya impedido morir" (p. 2).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 139 29/04/2019 16:57:13

o ayudarlos a morir, por un lado, y el retirar o no iniciar un tratamiento salvador, por otro. Asumiendo esta asimetría, no es claro por qué lo mismo no debería ocurrir con los pacientes terminales que desean morir. Parece que la asimetría en los casos de pacientes no terminales refuerza la idea de que la eutanasia pasiva no es más que honrar el derecho de los pacientes (en general) al retiro de tratamiento, y no honrar un derecho de los pacientes de satisfacer su deseo de morir.[14] Nótese que el argumento de los filósofos no es que hay dos derechos diferentes en juego (el derecho al retiro de tratamiento y el derecho a realizar decisiones autónomas sobre la propia muerte): el criterio fundamental de *Cruzan* es, según los filósofos, el derecho a la autonomía. Siendo esto así, no queda claro por qué debería serles permitido a los pacientes no terminales el retiro de un tratamiento salvador.

4. Más allá de la acción y la omisión

En este punto de la discusión, parece que el desafío relevante para un defensor de la MMA es desarrollar un argumento que, simultáneamente, justifique la asimetría en pacientes no terminales o personas sanas (que acepta el retiro de tratamiento salvador, pero rechaza el suicidio asistido y el homicidio a petición) y la simetría en el caso de los pacientes terminales (aceptando tanto el retiro del soporte vital como la MMA). Los oponentes a la MMA son consistentes: ellos rechazan el suicidio asistido y el homicidio a petición para todos los pacientes, sean terminales o no (el rechazo de la MMA es solo un corolario de esto), y aceptan el rechazo de tratamiento para todos los pacientes, sean terminales o no. En otras palabras, un defensor de la MMA debe explicar por qué el deber de no matar (a petición), que prevalece cuando el paciente no es terminal, puede ser desplazado por otras consideraciones cuando el paciente sí es terminal.

La explicación que deseo defender tiene dos partes. Una parte de la explicación ya ha sido explorada por varios filósofos: en el caso de los pacientes terminales (y solo en esos casos), la muerte puede muy bien ser un beneficio y la continuación de la vida un daño, desde el punto de vista objetivo. Desear morir en este caso no es irracional. Para los pacientes no terminales, en cambio, la muerte es un daño. El argumento es correcto pero insuficiente: matar un paciente puede seguir siendo incorrecto, aun si la muerte no es, todas las cosas consideradas, un daño (o es incluso un beneficio).

La segunda parte del argumento es la propuesta fundamental de este trabajo: la medicina (como agente institucional) carga con un tipo especial de responsabilidad por los daños relacionados con el tratamiento médico. Por lo tanto, los médicos no están moralmente habilitados para simplemente "retirarse" de la vida

14. Para un argumento en esta dirección, véase Kamm 2001, pp. 228-235.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 140 29/04/2019 16:57:13

del paciente (una vez que el tratamiento médico ha agotado sus capacidades para curar) y reafirmar el principio sagrado de no matar. Dado que el rol asumido al realizar intervenciones masivas sobre el paciente, los médicos han asumido también obligaciones y compromisos. Ellos están involucrados activamente en la situación del paciente. Mi hipótesis es que, si el mero retiro de tratamiento no causa la muerte del paciente (por ejemplo, porque este es capaz de respirar por sí mismo), entonces él tiene un derecho a la MMA, no solo porque su situación es, todas las cosas consideradas, dañosa, sino porque (al menos en muchos casos) es la medicina la que lo puso en esa situación particular y desafortunada. Por lo tanto, es la medicina la que debe ayudarlo a liberarse de esa situación. La muerte puede ser, en algunos casos, el único modo. En las dos secciones siguientes desarrollo las dos partes del argumento en orden.

5. ¿Es la muerte un daño para los pacientes terminales?

Como vimos, los oponentes a la MMA aceptan frecuentemente que el rechazo de tratamiento es un derecho básico de todos los pacientes (tanto los terminales como los no terminales). Este derecho no está basado en la idea de que mantener el tratamiento causa un daño al paciente o de que la muerte es un beneficio para él. Más bien, este derecho está basado en un derecho más básico a la integridad física, es decir, a no sufrir una invasión no consentida en el propio cuerpo.

Además del deber del médico de respetar este derecho a la integridad física, existe otro deber que los oponentes de la MMA normalmente defienden: un deber casi absoluto (o al menos muy fuerte) a no matar activamente a una persona inocente, independientemente de que esta quiera morir. Este deber explica por qué, de acuerdo con los profesores, la MMA no debería ser permisible, aun con el consentimiento del paciente. De hecho, esta misma razón es la que encontramos detrás de la prohibición de matar pacientes que desean morir, así como la prohibición general de la asistencia al suicidio y el homicidio a petición.

En este punto es que el argumento del no-daño entra en escena, al insistir que, desde el punto de vista del paciente, la continuación de la vida en condiciones de enfermedad terminal puede constituir un daño. Es verdad que, como he dicho, de acuerdo con los oponentes a la MMA, este daño no es lo que justifica el retiro de tratamiento en pacientes terminales. También es cierto que los pacientes no terminales también tienen un derecho al retiro de tratamiento, aun en casos en los que la vida es claramente beneficiosa. Pero para los pacientes terminales, que sufren de enfermedades incurables, acompañadas de un sufrimiento físico o psicológico severo, la continuación de la vida puede ser considerada, al menos en algunos casos, un daño. Llamaré "vida dañosa" a la vida que resulta un daño, todo considerado, para la persona. Con esta expresión no quiero decir que esta

El imperio de Ronald Dworkin.indd 141 29/04/2019 16:57:13

vida solo contiene experiencias dañosas. Lo que quiero decir es que el balance de experiencias positivas y negativas es negativo para la persona. Esto implica que morir es, para esa persona, un beneficio neto, en comparación con permanecer viva (incluyendo permanecer viva con los mejores cuidados paliativos).

Es importante subrayar que el hecho de que un paciente considere que su vida es una vida dañosa es una condición necesaria para que sea dañosa, no suficiente. El juicio de que la vida es, en las circunstancias, peor que la muerte, debería ser un juicio objetivamente razonable. Esto es, ciertamente, controvertido. Uno podría argüir que el valor de la vida es una cuestión puramente subjetiva, y que nadie tiene autoridad para decir que la vida de un paciente no tiene valor. Sin embargo, la afirmación es menos controvertida de lo que parece, en mi opinión. Un estándar objetivo de razonabilidad es habitual en la evaluación de daños. No funciona como una herramienta para reemplazar el juicio de la víctima, sino para protegerla de su propia decisión apresurada o irracional.[15]

En los casos en los que un paciente, a pesar del tratamiento médico, termina en una condición de vida dañosa, los médicos parecen poseer dos deberes morales potencialmente conflictivos: el deber de no matar activamente al paciente que están tratando, y el deber de detener un daño, es decir, la vida dañosa del paciente. Una vez que el paciente se encuentra en una situación de vida dañosa, el retiro de tratamiento puede ser suficiente para causar la muerte del paciente. En estos casos, los dos deberes resultan compatibles. Pero cuando el paciente no puede morir por sí mismo o por el mero retiro del tratamiento, los deberes parecen estar en conflicto. Merece notarse que, hasta cierto punto, la discusión sobre la legalización de la MMA, al menos en algunos países, ha tenido lugar alrededor de este conflicto. Asumiendo el consentimiento como una condición necesaria, la discusión suele ser si el deber de aliviar al paciente de un sufrimiento extremo es más fuerte que el deber de no matar.[16]

Ahora bien, uno podría pensar que el conflicto no es real, apelando al siguiente argumento (el argumento del no-daño). Consideremos primero por qué los médicos tienen un deber de no matar pacientes (no terminales), aun con su consentimiento. Una razón plausible que se ha aducido es que los médicos tienen un deber más general de no dañar a sus pacientes. Nótese que, así como es impermisible para un médico matar a un paciente no terminal (o persona sana) a petición de este, es igualmente impermisible para un médico *dañar* a un

15. El caso de los pacientes en estado vegetativo persistente es peculiar, porque no podemos decir que están sufriendo, y no es obvio que la muerte sea un beneficio para ellos. Aun así, parecen candidatos plausibles a la MMA. No deseo discutir este punto aquí, pero me inclino a pensar que la vida, en estos casos, es dañosa para el paciente en estado vegetativo persistente, al menos en el sentido de que, siendo su vida carente de todo significado, es perfectamente razonable tomar la decisión de solicitar la MMA en una directiva anticipada. Para una discusión sobre este punto, véase Chan/Tipoe, 2014.

16. Para la discusión holandesa sobre el punto, véase Thomasma *et al.*, 1998, p. 9.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 142 29/04/2019 16:57:13

paciente a su petición. Si una persona sana, aun siendo totalmente competente, le pide a un cirujano que le ampute una pierna o le quite los dos ojos, el médico no tendría permitido proceder.[17] Sin embargo, tal como hemos visto, en el caso de los pacientes terminales (tal como los hemos definido) la muerte puede no ser un daño. Sobre la base de esta premisa, algunos filósofos han argumentado que la asimetría entre matar y dejar morir no se sostiene en el caso de los pacientes terminales, dado que la asimetría subyacente es entre dañar y permitir que un daño se produzca, y esta asimetría no se da.[18] Por lo tanto, no hay un conflicto entre el deber general de no matar y el deber de evitar un daño: matar (con consentimiento) a un paciente terminal puede ser (al menos en algunos casos) no un modo de dañar, sino, por el contrario, un modo de *evitar* un daño.

El argumento, sin embargo, es menos poderoso de lo que parece. Sostener que matar a un paciente terminal no es un daño (o incluso es un beneficio) es ambiguo. Matar podría, considerando todos los aspectos, no ser un daño, pero, al mismo tiempo, ser un daño, *pro tanto*. Por lo tanto, aun en los casos en los que el resultado del balance entre daño y beneficio es que la muerte es un beneficio (todo considerado), no matar podría seguir funcionando (al menos desde una perspectiva deontológica) como una razón decisiva en contra de matar.[19] De hecho, los deontologistas típicamente defienden la posibilidad de que existan prohibiciones, a pesar de que actuar, en algunos casos, sea beneficioso, después de todo. Tal como lo ha señalado Horacio Spector correctamente, esta objeción muestra que, aun si la razón fundamental en contra de matar es que matar es un tipo de daño, no podemos inferir que matar a un paciente terminal que lo solicita no es incorrecto a partir de la premisa de que no es un daño, todas las cosas consideradas. La conclusión debe ser sustentada normativamente, no a través de un análisis conceptual.[20]

Aun cuando esta objeción es correcta, parece que el argumento normativo que se necesita no es muy difícil de construir. La razón es que la posición sustantiva (deontológica) a la que habría que adherir para defender la prohibición de la MMA es altamente dudosa, aun para un deontologista. Es verdad que los deontologistas creen que no es permisible dañar activamente (por ejemplo, matar) a una persona para alcanzar un beneficio agregado total (o minimizar un daño agregado

17. Hay, sin embargo, casos difíciles. Por ejemplo, se discute si los médicos están habilitados para amputar personas con trastorno dismórfico corporal, o con trastorno de identidad de la integridad corporal. Sin pretender tomar posición sobre el tema, parece que, si defendemos la permisión de proceder en casos como éstos, es porque pensamos que el paciente no es sano y que la amputación es un procedimiento médico.

18. Veáse Smith, 1980. También McMahan, 2002, p. 461, y Tooley, 2005, pp. 167-171.

19. Entiendo "daño *pro tanto*" en el sentido de ser un daño que provee una razón moral genuina en contra de realizarlo, aun en casos en los que, todas las cosas consideradas, el resultado no es dañoso (véase Kagan, 1989, p. 17).

20. Véase Spector, 2002, pp. 197-198.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 143 29/04/2019 16:57:13

total), por ejemplo, matar a una persona para evitar la muerte de varias personas. En cambio, es más difícil defender que sea impermisible dañar a una persona (con su consentimiento) para evitar que *esa misma* persona sufra un daño mayor. Por ejemplo, un deontologista seguramente puede negar que sea permisible cortarle las piernas a Juan para evitar que otras cinco personas sufran ese mismo daño (o aun un daño mayor a ése). Parece, en cambio, menos plausible defender que no es permisible cortar las piernas de Juan (con su consentimiento) para prevenir que *Juan* sufra un daño mayor (como la muerte). Si para un paciente terminal, la muerte es un daño, con todas las cosas consideradas, y la muerte es el único remedio para detenerlo, entonces el hecho de que matar es siempre, *pro tanto*, incorrecto, es insuficiente para sustentar una prohibición deontológica de matar.

Aun así, uno podría argumentar que la razón para no matar es diferente de las razones para no dañar, o que se trata de un tipo especial de daño. Aun cuando un paciente terminal se encuentre en una condición de vida dañosa, la razón *pro tanto* en contra de matar (es decir, en contra de producir esta clase especial de daño) podría desplazar a otras razones, tales como eliminar el sufrimiento. Imagínese que me encuentro una persona en un desierto que está muriendo con un sufrimiento extremo; no puedo ayudarla de ningún modo. Ella me pide desesperadamente que la mate, lo cual, en las circunstancias, es beneficioso. Yo podría, sin embargo, rechazar su pedido con el argumento de que matar a una persona inocente es moralmente impermisible.[21]

Este tipo de razón deontológica en contra de matar puede reforzarse con consideraciones internas a la ética médica. De acuerdo con esta posición (inspirada en el Juramento Hipocrático), la profesión médica, por su naturaleza, es incompatible con que los médicos maten a sus pacientes, aun cuando la muerte sea un beneficio neto para ellos. De acuerdo con Leon Kass, por ejemplo, "para el médico, al menos, la vida humana en cuerpos vivos, demanda respeto y reverencia, por su misma naturaleza. [...] El principio ético más profundo que restringe el poder del médico no es la autonomía o la libertad del paciente; tampoco su propia compasión o buena intención. Es la dignidad y el poder misterioso de la vida humana misma [...]" (Kass 1989, p. 38). De modo similar, Daniel Callahan argumenta que matar no puede ser parte de la práctica médica, porque el deseo de morir no es una cuestión ligada a la salud. Los médicos no están en la tarea de evaluar la calidad de vida de sus pacientes o el sentido de sus vidas. Esto va más allá del ámbito propio de la profesión médica (Callahan, 1992, pp. 54-55).

En suma, la situación hasta aquí es la siguiente. El hecho de que la muerte pueda ser, todo considerado, beneficiosa para el paciente puede ser una fuerte razón para la MMA. Pero debe ser una razón de compasión o beneficencia. De acuerdo con muchos oponentes a la MMA, esto es insuficiente, porque existe

21. Para esta posición, véase Gorsuch, 2009, ch. 9, donde Gorsuch defiende lo que podríamos llamar "posición de la inviolabilidad de la vida humana" (véase especialmente pp. 163-166).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 144 29/04/2019 16:57:13

un deber absoluto de no matar, que se funda en el valor de la dignidad humana y (o) en la naturaleza de la profesión médica. No es mi intención discutir aquí estos argumentos en contra de la MMA.[22] Cualquiera sea su valor, mi propósito en las secciones siguientes es defender la existencia de una razón fuerte a favor de la MMA, y de considerarla (contra Kass y Callahan) parte de la práctica médica.

6. MMA como obligación especial hacia los pacientes terminales

Un modo de desplazar la posición deontológica fuertemente contraria a matar es oponer el deber negativo (de no matar) con un deber especial positivo. Aun para los deontologistas, los deberes especiales pueden competir con, y desplazar a los deberes negativos generales.

Existen dos tipos relevantes de deberes especiales que deben distinguirse en este contexto.[23] Por un lado, los médicos tienen deberes especiales en el sentido de deberes de rol. La relación especial médico-paciente es la fuente de diversos deberes y derechos especiales, que definen aspectos cruciales de la profesión médica. Por otro lado, deberes u obligaciones especiales pueden surgir cuando realizamos ciertos tipos de acciones. Por ejemplo, prometer hacer surgir la obligación especial de cumplir con la acción prometida, dañar hace surgir la obligación especial de compensar, etc. Ambos tipo de deberes especiales a menudo se combinan: un padre puede tener un deber especial hacia su hijo por el rol parental especial y también porque le ha prometido a su hijo algo. Estos deberes pueden reforzarse mutuamente, como cuando un padre tiene un deber especialmente fuerte de reparar un daño que le ha ocasionado a su hijo.

Exploremos ahora qué tipo de deberes especiales están involucrados en el caso de un médico frente a un paciente terminal. Si la vida del paciente terminal es lo que he llamado vida dañosa, una pregunta relevante es quién (si alguien) es responsable por ese daño. Hay un sentido (particular) en que (al menos muchas veces) la situación de vida dañosa puede ser (parcialmente) atribuida al tratamiento médico mismo. La medicina salva y prolonga la vida, pero a riesgo de situar a algunos pacientes en una condición de vida dañosa. Por supuesto, no me estoy refiriendo a médicos que contribuyen a ese daño de modo intencional o negligente. El tipo de responsabilidad que estoy señalando aquí existe aun en los casos en los que los médicos no son moralmente responsables (en el sentido de reprochables) por la condición de vida dañosa del paciente. Aun en estos

22. Para un análisis crítico excelente de estos argumentos, véase Young, 2007, ch. 7.

23. Para la distinción entre diferentes tipos de deberes especiales y derechos correlativos, véase Hart, 1955, pp. 183-187. Uso "deber" y "obligación" como sinónimos.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 145 29/04/2019 16:57:13

casos, los médicos pueden tener una responsabilidad prospectiva, en el sentido de serles requerido detener o deshacer un daño a cuya existencia han contribuido. La idea general subyacente es que, cuando he realizado acciones tendientes a beneficiar a una persona, y tales acciones (luego de producir algún beneficio durante un tiempo) terminan situando a la persona en una posición peor de que estaría sin mi intervención, tengo un deber especial de liberar a esa persona de esa peor situación y ponerla (en la medida de lo posible) al menos tan bien como la situación en la que habría estado sin mi intervención.

La estructura general de la interacción entre un médico (o una institución médica) y un paciente puede ser esquematizada del siguiente modo. Supongamos que hay cuatro estados en los que usted puede estar: A, B, C y D. Para usted, A es mejor que B, B es mejor que C y C es mejor que D. Usted se encuentra en este momento en B y, salvo que yo realice una acción específica X, usted va a caer en C. De acuerdo con la relación especial que tenemos, yo tengo un deber de ayudar a que usted no caiga en C y que alcance el mejor estado, A. Por lo tanto, yo realizo X. Lamentablemente X (en conjunción con su condición subyacente y otros factores) causa que su salud decline hacia el estado D. Ahora usted está en D. Yo puedo realizar una acción Y que sitúa a usted en C. ¿Tengo la obligación especial de realizar Y, si usted consiente? Recuérdese que D es dañoso en comparación con C (C es la condición en la que usted se encontraría si yo no hubiera realizado X). Al hacer Y yo estaré simplemente evitando (o deteniendo) parte del daño que yo le causé al hacer X. Aun asumiendo que mi intención era ayudarlo al hacer X, parece que yo tengo una razón moral fuerte para hacer Y, es decir, para detener el daño al que yo he contribuido causalmente. Nótese que este sería el caso, aun si X, antes de resultar en su caída en D, X lo hubiera beneficiado temporariamente, llevándolo a A (o prolongando B). Una vez que ese beneficio terminó y usted ha caído en D, una condición que es peor que aquella en la que se encontraría si yo no hubiera intervenido haciendo X (la condición C), yo tengo un deber especial de evitar, interrumpir o deshacer ese daño (D) ubicándolo en C.

En mi opinión, la relación médico-paciente, en casos de MMA, tiene esta estructura general, al menos en muchos casos. Con el fin de curar una enfermedad, los médicos a veces contribuyen a producir una condición que es aún peor que la muerte (la vida dañosa). En esos casos, ellos tienen una obligación especial de prevenir o detener esa condición y devolverle al paciente la situación en la que habría estado sin la intervención médica.

Ejemplos fuera del ámbito médico también apoyan esta conclusión. Imaginemos nuevamente que yo puedo rescatar a una persona en un desierto, a pesar de que la probabilidad no es alta. Sin mi ayuda, esa persona morirá rápida e indoloramente de una herida grave en la cabeza. Con mi mejor intención, trato de salvarla: curo sus heridas, detengo el sangrado y la infección, etc. Ahora ella se siente mejor. Puede vivir por un largo tiempo. Sin embargo, inesperadamente

El imperio de Ronald Dworkin.indd 146 29/04/2019 16:57:13

resulta que no puedo removerla del desierto de ninguna manera y que, por lo tanto, ella tendrá allí una muerte larga y dolorosa. Entonces, ella me pide que la mate. Pienso que, desde el punto de vista moral, ella tiene un derecho hacia mí a que la asista a morir, porque tengo el deber de deshacer el daño que le ocasioné al situarla en una condición que es peor que la condición en la que habría estado sin mi intervención. Compárese esta situación con una similar, en la que yo simplemente encuentro a alguien sufriendo una muerte lenta y dolorosa en el desierto y no puedo salvarla. Si esta persona me pide que la ayude a morir, yo podría (como mencioné anteriormente) apelar a una restricción deontológica que me impide matar, aun cuando la muerte fuera un beneficio para ella, todas las cosas consideradas. Este tipo de razón, sin embargo, no está disponible para mí en el primer escenario: dado que yo mismo puse a esa persona en una posición de vida dañosa, ahora tengo un deber especial de liberarla.

En esencia, la situación en la cual un paciente terminal pide la MMA es estructuralmente similar a la primera situación del desierto, porque sigue la estructura delineada antes. Si pensamos que existe un deber especial en esos ejemplos no médicos, deberíamos pensar lo mismo para la MMA. En ambos casos, parece que el deber deontológico de no matar a una persona que lo desea, aun cuando matar previene un daño (todo considerado), debe ser un deber agencialmente relativo. La razón moral que opera detrás de este deber no está basada en un derecho poseído por la potencial "víctima", sino en rasgos intrínsecos del agente y su acción. Como dije antes, algunas veces este tipo de deber incondicional es defendido muy ampliamente, como un deber de todo ser humano frente a todo ser humano, otras como un deber inherente a la profesión médica (los médicos no tienen la tarea de matar). Cualquiera sea el mérito de estos argumentos, este tipo de razón agencialmente relativa debe ceder cuando matar es el único modo de deshacer o interrumpirun daño que *el agente mismo* le ha producido (o ha contribuido a producir), aun cuando no sea reprochable por ese daño y haya actuado de un modo perfectamente justificable. En estos casos, el paciente posee un derecho al remedio, es decir, a ser liberado del daño, *frente* al médico. Y parece que esos deberes agencialmente relativos, o incluso relativos al rol, son más débiles y son desplazados por un deber correlativo a un derecho poseído por el paciente.

7. Objeciones

Se podría objetar que, si mi argumento es correcto, también debería aplicarse a pacientes no terminales. Por ejemplo, un paciente que sufre una depresión severa, pero reversible, podría considerar que su vida es dañosa; por lo tanto, el médico que lo ha tratado tendría un deber especial de ayudarlo a morir. Esto, continúa la objeción, sería contraintuitivo y se opone a la premisa aceptada de que, en

El imperio de Ronald Dworkin.indd 147 29/04/2019 16:57:13

los casos de pacientes no terminales (o personas sanas), el mero deseo de morir no les otorga a los médicos el derecho de asistir el suicidio o matar a petición (si bien ellos sí estarían obligados a interrumpir tratamientos a pedido del paciente).

La respuesta a este argumento es que hay una diferencia significativa entre pacientes no terminales (y personas sanas) y pacientes terminales, en el siguiente sentido. En el caso de los pacientes terminales, la decisión de terminar con su vida porque es dañosa es razonable, al menos en algunos casos. En el caso de pacientes no terminales, en cambio, no lo es. El paciente que sufre depresión, en la medida en que es mentalmente competente, tiene un derecho a rechazar tratamientos, pero esto no es porque consideremos que su decisión es razonable, sino porque reconocemos un derecho a rechazar cualquier intervención médica, *a pesar* del hecho de que esa decisión puede no ser razonable. El derecho a la integridad física (y, por ello, al retiro de tratamiento) solo requiere que el paciente sea mentalmente competente, pero no requiere que la decisión sea objetivamente razonable. El derecho a la MMA, en cambio, si ha de ser suficientemente fuerte como para desplazar el deber agencialmente relativo de no matar, debe satisfacer el requerimiento más exigente de ser objetivamente razonable. Cuando aceptamos el rechazo de tratamiento en pacientes terminales, por otro lado, las dos razones convergen. En primer lugar, respetamos (al igual que con los pacientes no terminales) el derecho a rechazar cualquier tratamiento médico. En segundo, retirar el tratamiento evita o interrumpe un daño: el de continuar una existencia dañosa. Al menos cuando el daño de continuar viviendo en tales condiciones ha sido (parcialmente) producido por el tratamiento médico, hay una razón para detener activamente este daño.

Otra objeción es que mi argumento depende de una premisa altamente contingente e irrelevante: que la situación de vida dañosa sea la consecuencia del tratamiento médico. Los pacientes pueden caer en esa condición espontáneamente, o por accidente, y no parece que esto tenga algún peso en relación con la permisibilidad de la MMA. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, las personas no caen en la condición de vida dañosa espontáneamente. Sin ninguna intervención médica, las personas normalmente mueren como consecuencia de una enfermedad grave o de un accidente. Es la medicina la que salva y prolonga la vida. En Holanda, donde la MMA es una práctica legal, alrededor del 75% de las personas que solicitan la MMA son pacientes de cáncer, los cuales presumiblemente han sido sometidos a tratamientos que han prolongado su vida por años.[24] Con todo, no es mi propósito defender que los médicos son *siempre* responsables por la situación de los pacientes terminales que piden la MMA. Mi punto es que, aun cuando hay casos en los que el tratamiento médico no ha

24. De acuerdo con Satistic Netherlands, en 2010 se dieron 4350 casos de MMA en adultos. 3321 fueron en pacientes con cáncer (http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?VW=T&DM=SLen&PA=81655ENG&LA=en).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 148 29/04/2019 16:57:13

participado en crear la situación de sufrimiento terminal, la comunidad médica, como institución social, no puede defender un rechazo absoluto a matar como un componente de sus obligaciones profesionales, porque hay muchos casos en los que el tratamiento médico está directamente involucrado en crear situaciones de vida dañosa. A pesar de las mejores intenciones que los médicos sin duda tienen, y a pesar de los mejoramientos temporarios que estos tratamientos producen en la salud de los pacientes, ellos tienen la obligación profesional de detener o impedir los daños a cuya creación ellos han contribuido.

Aun así, se sigue de mi argumento que, si comparamos una situación (realista) de vida dañosa, en la que el paciente sufre esa condición como consecuencia de un tratamiento médico, con una situación (quizá poco realista), en la que el paciente sufre esa condición espontáneamente, el paciente de la primera situación tiene, al menos desde el punto de vista moral, un derecho más fuerte a ser asistido a morir. Y esto creo que es plausible. Matar a una persona que está experimentando un sufrimiento físico extremo, pero que no ha sido sometido a ningún tratamiento médico (por ejemplo, un herido en una guerra) quizá podría estar moralmente permitido (por razones de piedad), pero no como un acto médico, ni como algo que esa persona tendría un derecho a recibir *de* un médico.

Mi argumento podría ser objetado por ser contingente en un sentido diferente. Si fuera correcto, parecería implicar que la obligación especial de proveer la MMA la tendría el médico tratante únicamente, no otros.[25] Esto significa que el derecho a la MMA sería altamente dependiente de si ese médico está disponible (suponiendo que fuera fácil identificar un médico responsable en los casos de tratamientos médicos largos y complejos). La respuesta a esta inquietud depende de una cuestión general que trasciende el tema de este trabajo: la identidad del "agente" responsable por las consecuencias de la práctica médica. Yo defendería la idea de que las obligaciones profesionales son poseídas colectivamente por la comunidad médica como un todo, dado que se entiende que, una vez que un médico acepta pertenecer a la profesión, acepta un tipo de responsabilidad colectiva hacia los pacientes. Si esta visión resulta demasiado fuerte, se puede pensar que existe una obligación corporativa de la entidad (por ejemplo, el hospital) que administró el tratamiento médico en cuestión, aun si el médico individual no es el mismo. Pero incluso si esto parece demasiado fuerte, al menos parece que el médico mismo debería tener esta responsabilidad, que desplazaría el deber *pro tanto* de no matar. En última instancia, si el deber agencialmente relativo puede o no trasmitirse a estamentos más altos (el hospital, el sistema de salud, la profesión médica, etc.) resulta un punto secundario (aunque con enorme importancia práctica), que no afecta la naturaleza de la obligación especial en sí misma.

25. De hecho, mi argumento tiene la implicación (en mi opinión, plausible) de que los médicos deberían estar involucrados en la MMA. Véase Tooley, 2005, p. 176 para la posición opuesta (que los médicos no deberían participar en la MMA). Para más discusión sobre este punto en Holanda, véase Welie, 2002.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 149 29/04/2019 16:57:14

Es importante subrayar que defender una responsabilidad colectiva robusta de la comunidad médica de proveer la MMA como una obligación especial puede tener consecuencias para otros temas conexos, como la objeción de conciencia. Pues si la profesión médica carga una obligación colectiva especial de deshacer un daño al que uno (o más) miembros de esa profesión ha contribuido, entonces podría pensarse que es más difícil justificar la objeción de conciencia por parte de médicos que no desean realizar la MMA. No deseo entrar en este difícil tema. Pero sugeriría que mi argumento es compatible con la posibilidad de que haya médicos objetores, en la medida que la comunidad médica pueda garantizar colectivamente la provisión de la MMA a pacientes terminales que desean morir.[26]

La contracara de la objeción anterior es que no solo los médicos pueden tener responsabilidad por la vida dañosa de pacientes terminales. ¿Por qué no una enfermera o un psicólogo que ayuda a alguien a superar una depresión severa (e irrecuperable) en la que cae nuevamente, o incluso un simple ciudadano que reanima a una persona accidentada en la calle y la deja en una situación terminal? Aun el farmacéutico y toda la industria farmacéutica pueden estar implicados causalmente en la vida dañosa de muchos pacientes. El problema de asignar responsabilidades por las consecuencias dañosas a la que han contribuido diferentes agentes es siempre difícil, no solo en este caso. Aun así, diría que la responsabilidad por las consecuencias de los tratamientos médicos debería ser asumida en gran medida por la profesión médica. Los médicos, en un sentido importante, son los principales agentes de los procedimientos médicos. Otros (enfermeras, farmacéuticos, personas comunes) suelen desempeñar solo un rol secundario, instrumental. Las decisiones acerca del mejor tratamiento y de cómo implementarlo son adoptadas por los médicos.

Finalmente, uno podría objetar que, en la medida que el tratamiento médico ha producido algún beneficio al paciente (por ejemplo, permitiendo un mejoramiento temporario de la salud), el deber especial de terminar con la vida dañosa del paciente no es tan claro como el argumento supone. El fondo del argumento se basa en la idea de que tenemos el deber de deshacer un daño que hemos contribuido a existir. Pero en el caso de los tratamientos médicos que proporcionan un alivio o mejoramiento temporario, parece que deberíamos poner este beneficio en la balanza también. Y no es claro que el resultado de ese balance sería siempre (o las más de las veces) que el tratamiento sea, todo considerado, dañoso, aun cuando el paciente termine en una condición de vida dañosa.

Sin embargo, al menos en el contexto de las relaciones especiales, como la relación médico-paciente, este argumento no es convincente. Imaginemos que yo (un médico) puedo salvar la pierna de Berta de una gangrena mediante una

26. Para una discusión reciente sobre objeción de conciencia en medicina, véase Schuklenk/Smalling, 2016.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 150 29/04/2019 16:57:14

medicación muy fuerte M. Berta toma M y, por ello, permanece siendo capaz de caminar por algún tiempo. Sin embargo, en algunos casos, M produce, como efecto colateral inevitable, una jaqueca insoportable. El único modo de evitar este efecto colateral es suspender M y administrar N. Dado que N es inefectivo para la gangrena, esto implica que la pierna debe ser amputada de inmediato. Desgraciadamente, Berta sufre la jaqueca. Suponiendo que es mejor vivir sin una pierna que sufrir una jaqueca constante e insoportable, parece obvio que debo administrarle N a Berta y amputar, si ella consiente. ¿De dónde surge mi obligación? En parte, la obligación se funda en mi obligación como médico de ayudar a Berta a mejorar su salud o bienestar. Sin embargo, hay algo más. El hecho de que soy yo el que contribuyó a que Berta sufriera la peor situación crea una razón adicional para ocuparme de ella. Yo no podría excusarme de asistirla a revertir su situación y devolverla a la situación en la que ella estaría sin mi acción de prescribir M. Ella tiene ahora un derecho (especial) hacia mí, como médico, que puede muy bien desplazar otras razones contrarias a proceder.

8. Conclusiones

He intentado mostrar que, en el contexto en el que asumimos que la prohibición de la asistencia al suicidio y el homicidio a petición en pacientes no terminales (o personas sanas) no es objetable constitucionalmente, el argumento de la autonomía para defender la MMA es insuficiente. Se necesita un argumento basado en el daño. Estos argumentos sostienen que la muerte, en las circunstancias de enfermedad terminal, no es un daño (todo considerado) y elegir morir puede ser, en esas circunstancias, una decisión razonable. Mi argumento se relaciona fuertemente con este tipo de argumento, en la medida en que defiendo que la MMA es, en un sentido, un beneficio para el paciente o, mejor, un modo de prevenir o interrumpir un daño (lo que he llamado "vida dañosa"). El problema con este tipo de argumentos es que, en casos de vida dañosa, la razón moral para matar (con el consentimiento del paciente) está en conflicto con la razón moral en contra de matar. Podríamos pensar que la razón en contra de matar desaparece cuando matar no es un daño (o previene un daño); pero, dado que matar siempre es *pro tanto* un tipo de daño, podemos siempre tener una razón decisiva en contra de matar. Esta razón decisiva ha sido defendida tanto apelando a la dignidad humana como a principios de la ética médica. Mi argumento intenta ir un paso más allá y mostrar que esta razón no puede ser decisiva, al menos cuando la persona que mata ha estado involucrada en crear el daño que hace que esa vida sea dañosa. En esa situación, hay una razón moral fuerte (y a menudo descuidada) de satisfacer el deseo de morir. Dado que el tratamiento médico

El imperio de Ronald Dworkin.indd 151 29/04/2019 16:57:14

a veces termina creando una vida dañosa en pacientes terminales, la profesión médica tiene este tipo de razones. Además, proveer la MMA sería, en esos casos, un procedimiento genuinamente médico.

9. Bibliografía

Annas, G. *et al*. (1996) "Amicus Curiae Supporting Petitioners". Se encuentra en Westlaw.

Bovens L. (2015) "Child euthanasia: should we just not talk about it?", *Journal of Medical Ethics*, 41:630–634.

Chan, T.K. y Tipoe, G.L. (2014) "The best interests of persistently vegetative patients: to die rather that to live?", *Journal of Medical Ethics*, 40:202-204.

Dworkin, R. (1994) *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Nueva York, Knopf.

Dworkin, R. *et al*. (1997) "Assisted Suicide: The Philosophers' Brief," *New York Review of Books*, Vol. 44 (marzo). Se encuentra enhttp://www.nybooks.com/articles/archives/1997/mar/27/assisted-suicide-the-philosophers-brief/

Callahan, D. (1992) "When Self-Determination Runs Amok", *The Hastings Center Report*, 22:52-55.

Gorsuch, N. (2009) *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, Princeton, Princeton University Press.

Hart, H. L. A. (1955) "Are There Any Natural Rights", *The Philosophical Review*, 64:175-191.

Kaczor, C. (2016) "Against Euthanasia for Children: a Response to Bovens", *Journal of Medical Ethics*, 42:57-58.

Kagan, Shelly (1989) *The Limits of Morality*. Oxford, Oxford University Press.

Kamm, F. (2001) "Ronald Dworkin on Abortion and Assisted Suicide", *Journal of Ethics*, 5:221-240.

Kass, L. (1989) "Neither For Love Nor Money: Why Doctors Must Not Kill," *The Public Interest*, 94:25-46.

McMahan, J. (2002) *The Ethics of Killing*, Oxford, Oxford University Press.

Norcross, A. y B. Steinbock (eds.) (1994) *Killing and Letting Die*, 2º edición, Nueva York, Fortham University Press.

Rachels, J. (1994) "Active and Passive Euthanasia", en Steinbock, B. y Norcross, A. (eds.) *Killing and Letting Die*, Nueva York, Fordham University Press, pp. 112-119.

Smith, H. (1980) "Killing, Letting Die, and Euthanasia", *Analysis,* 40:224 .

Savulescu, J. (2014) "A Simple Solution to the Puzzles of End of Life? Voluntary Palliated Starvation", *Journal of Medical Ethics*, 40:110-113.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 152 29/04/2019 16:57:14

Schuklenk, U. y Smalling, R. (2016) "Why medical professionals have no moral claim to conscientious objection accommodation in liberal democracies", *Journal of Medical Ethics*, publicado primero *online*: 22 de abril de 2016.

Spector, H. (2002) "Suicidio médicamente asistido y autonomía", en O. Hansbergy M. Platts (eds.), *Responsabilidad y Libertad*. México: UNAM:181-203.

Thomasma, D.C.; Kimbrough Kushner, T.; Kimsma, G.L. y Ciesielski-Carlucci, C. (Eds.) (1998) *Asking to Die: Inside the Dutch Debate about Euthanasia*, Nueva York, Kluwer.

Tooley, M. (1994) "An Irrelevant Consideration: Killing Versus Letting Die", en Steinbock, B. y Norcross, A. (eds.) *Killing and Letting Die*, Nueva York, Fordham University Press, pp. 103-111.

— (2005) "In Defense of Voluntary Active Euthanasia and Assisted Suicide", en A. I. Cohen y C. H. Wellman (ed.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Oxford, Blackwell, pp. 161-178.

Young, R. (2007) *Medically Assisted Death*. Cambridge: Cambridge University Press.

Welie, J.V.M. (2002) "Why Physicians? Reflections on The Netherlands' New Euthanasia Law", *Hasting Center Report*, 1:42-4.

Wilkinson, D. (2015) "Safeguarding choice at the end of life", *Journal of Medical Ethics*, 41:575-576.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 153 29/04/2019 16:57:14

El imperio de Ronald Dworkin.indd 154 29/04/2019 16:57:14

*Certis iuris nulla interpretatio desideratur, nisi apud imperitos**

*José Reinaldo de Lima Lopes***

1. Introducción

Cuando la ley es clara, la interpretación no es necesaria. Durante siglos este postulado ha sido un entendimiento común entre los doctrinarios.[1] Por supuesto, los legos y los abogados inexpertos (*imperitos*) con frecuencia se encontraron con casos difíciles. Pero la dificultad no radicaba en el caso o en las leyes/el derecho en sí mismos; por el contrario, era su propia ignorancia lo que dificultaba los casos.[2] Esta concepción comenzó a modificarse hacia finales del siglo XVIII. Parte

* Traducción de Agostina Cichero.

** Universidad de San Pablo.

1. Existen numerosas opiniones de importantes doctrinarios en este sentido. Al respecto, resulta particularmente esclarecedor el trabajo de Ennio Cortese relativo a la conexión entre la práctica jurídica y los enfoques teóricos en el trabajo de los juristas, que puede verse en sus obras *La norma giuridica* (Milano, Giuffré, 1962), *Il rinascimento giuridico medievale* (Roma, Bulzoni, 1996, 2da. Ed.), e Immagini di diritto comunale medievale, en *Il diritto pátriotra diritto comune e codificazione*, Ítalo Birocchi y AntonelloMattone (ed.), Roma, Viella, 2006. También son notables las obras de Paolo Grossi, *L'Ordine giuridico medievale,* Roma/Bari, Laterza, 1995, y I. MacLean, *Interpretation and meaning in the Reinassance:* the case of Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

2. "*Omneius aut certumaut dubiumest, ut Fabiusait* Lib. I, 2, c. 3. *Certis iuris nulla interpretation desideratur, nisiapud imperitos, apud quo somnia suntin certa*". (Franciscus Duarenus, *In Primampartem Pandectarumsive Digestorum methodicae narratio,* Francoforti, apud heredes Andreae Wecheli, 1598, L. 1, Cap. VI). [Toda ley es cierta o incierta, como lo dice Fabio en el Libro I, 2, c. 3. La ley cierta no requiere interpretación, excepto para el inexperto, para quien todo es incierto]. Donellus, por su parte, resume los casos en los cuales una ley requiere interpretación: cuando su redacción resulta ambigua (¿un caso de semántica?), cuando la frase es confusa (¿un caso de sintaxis), y por último, un caso puede tornarse complicado en razón de nuestra falta de conocimiento sobre el fenómeno natural subyacente (el autor desarrolla un complejo problema hereditario cuando no sabemos cuántos hijos tendrá una mujer embarazada y un hermano mayor del *nasciturus* o los *nascituri* necesita disponer de parte de la propiedad del padre fallecido). En este último caso, deberíamos intentar utilizar la analogía (aceptada por varios juristas en el Digesto, como en D.1, 3, esp. 5-7 [el derecho está hecho para lo que

El imperio de Ronald Dworkin.indd 155 29/04/2019 16:57:14

del problema radicaba en los cambios históricos que afectaban a las instituciones jurídicas; la otra parte, radicaba en la práctica jurídica. Sin embargo, si consideramos que dicha práctica era posible solamente en el contexto de un determinado marco institucional, entonces, la práctica, las instituciones y la teoría jurídica estaban completamente interrelacionadas, de modo que la crítica a una de ellas afectaba también a las demás.

2. Críticas a la doctrina jurídica como base del nuevo enfoque

¿Cuáles fueron las circunstancias que generaron un cambio tan radical, llevando a Savigny en sus obras de la primera mitad del siglo XIX a sugerir que la interpretación siempre era necesaria y que los abogados debían entrenarse antes que nada en reconocer este aspecto de su oficio?[3] En síntesis: ¿qué tipo de ataques sufrieron la práctica, la teoría y las instituciones jurídicas tradicionales?

En primer lugar, por supuesto, existía una fuerte tensión entre el derecho de los doctrinarios y el derecho del rey. Por ello, el ataque se dirigió contra la teoría y la enseñanza. El derecho de los doctrinarios no era estatutario. Consistía en un amplio y tradicional complejo de reglas construidas, expandidas y explicadas sobre la base de la herencia común del derecho civil (*corpus iuris civilis*) y el derecho canónico (*corpus iuris canonici*). Ambas se moldearon a partir de la aplicación de conceptos filosóficos y teológicos al material estrictamente jurídico, es decir, los cánones de la Iglesia o los libros del Código Justiniano (gran parte del cual era, por cierto, un conjunto de comentarios de juristas, constituciones imperiales [estatutos] y jurisprudencia [rescriptos imperiales, *responsa* y escritos/decisiones]). El derecho de los abogados era doctrinario, un derecho proporcionado por doctores, similar al derecho romano tal como se encuentra en el Digesto. Hacia el siglo XVIII el derecho de los abogados era ampliamente criticado. Se consideraba arbitrario, caprichoso, inaccesible para los legos y lleno de distinciones y sutilezas innecesarias. En consecuencia, surgieron intentos generalizados de limitar el control que ejercían los abogados en la vida pública o de reformar profundamente los materiales, las fuentes y la enseñanza del derecho.[4] Parte del

pasa la mayoría del tiempo], y 27) cf. H. Donellus, *Opera omnia – Commentariorum de jure civil*, v. 1, Florencia, Signum Clius, 1840, L. I, c. xv, p. 127-139).

3. Tércio S. Ferraz Jr, "A ciencia do direito como hermenéutica", en *A ciencia do direito*, 2da ed. San Pablo, Atlas, 1980, p. 68-86.

4. Raffaele Ajello es autor de algunos de los estudios más completos sobre los movimientos de reforma legal, judicial y cultural del siglo XVIII en el sur de Italia: *Il problema della reforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metá del secolo XVIII* (Nápoles,

El imperio de Ronald Dworkin.indd 156 29/04/2019 16:57:14

problema se le atribuía a las técnicas interpretativas utilizadas por los abogados. Por ello, se consideraba que parte de la solución era cambiar la relación que tenían los doctrinarios con los materiales jurídicos y reorganizar sus herramientas hermenéuticas. Por todas partes los funcionarios reales intentaban tomar el control del derecho por sobre los doctrinarios.

En segundo lugar, se encontraban las instituciones jurídicas, particularmente las cortes. En toda Europa las cortes del Viejo Régimen eran consideradas parte del problema. Los reformistas jurídicos debían lidiar con ellas. Uno de los inconvenientes era que en el Antiguo Régimen las cortes eran consideradas *soberanas*. Esto era especialmente cierto en el caso de los *Parlements* franceses, si bien en todas partes los abogados describían a las altas cortes como parte del cuerpo del rey. En Portugal, por ejemplo, eran consideradas verdaderos *Senates*, y como tales, cumplían la tarea de representar al pueblo, los *tres estados de reino*, siempre que las viejas *Cortes* (el equivalente peninsular de los *Etats generaux* franceses) no resultaran convenientes. En ausencia de las *Cortes*, las cortes judiciales representaban al pueblo.[5] Así, llevaban a cabo distintas tareas: eran cortes de derecho que decidían controversias jurídicas entre partes litigantes, pero también eran parte del Consejo del Rey, asesorándolo. Estas cortes estaban dotadas de doctrinarios que habían sido entrenados en derecho a la "vieja usanza". También gozaban de algunas de las prerrogativas del Rey: por ejemplo, en ciertas circunstancias podían interpretar los estatutos como si fuesen el rey mismo, como una suerte de extensión de su *iustitia delegata*.[6] Si bien algunos eran muy activos en los programas de reforma de sus reyes, otros eran más resistentes a dichos cambios.

Las cortes habían desarrollado su propia forma de decidir los casos y deinterpretar tradicionesjurídicas, costumbres y estatutos. Para algunas, la interpretación solo era necesaria cuando el derecho no era claro. Y el derecho podía no ser claro en un número limitado de casos: ya sea por problemas semánticos, problemas sintácticos o, finalmente, por cambios en las circunstancias, en cuyo caso la dificultad derivaba de la novedad de la situación. Fuera de estos supuestos, los expertos debían saber cómo aplicar el derecho al caso bajo análisis: esa era la idea. En consecuencia, los abogados y los doctrinarios suponían que la mayoría

Jovene, 1961); Formalismo e storia del diritto moderno y "La rivolta contro il formalismo", en *Arcana Júris*– diritto e política nel settecento italiano (Nápoles, Jovene, 1976). Cf. también Giuliana D'Amelio, *Illuminismo e scienza del dirito in Itália*, Milán, Giuffré, 1965 y la colección indispensable de dos volúmenes de Jacques Krynen, *L'État de justice France, XIII-XXe Siècle*, *L'ideologie de la magistrature ancienne* (2009) y *L'emprise contemporaine des juges* (2012), París, Gallimard.

5. Ver Antonio Pedro Barbas Homem, *Judex perfectus: função jurisdiccional e estatuto judicial em Portugal* (1640-1820), Lisboa, Calouste Goulbenkian, 2003.

6. *Cf.* Emmanuelis Alvarez Pegas, *Commentaria ad Ordinationes regni Portugalliae.* Lisboa, Typ. Michaelis Rodrigues, 1729, vol. 1, p. 137. También P. J. Mellii Freirii, *Institutiones júris civilis Iusitanum*, 5ta., ed. Coimbra, Typographia Acadêmica, 1859, esp. V. 1 (L. I, T. II, pp. 19ss, De judiciis).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 157 29/04/2019 16:57:14

de los casos debían de ser bastante fácilessi los abogados jóvenes recibían el entrenamiento adecuado.

Si el caso resultaba ser verdaderamente difícil, la mayoría de las cortes tenían sus propios procedimientos (los *estilos*) para decidir las controversias internas entre sus miembros. Como eran parte del cuerpo del rey, también podían remitirleel caso al príncipe y, a veces, este último le otorgaba a la corte la facultad de explicar e interpretar el derecho. Interpretar el derecho era prácticamente un sinónimo de crear derecho nuevo. Es por esto que la interpretación, en este sentido tradicional, no era algo que cualquiera, cada jurista, abogado, juez o corte, podía o debía hacer. La interpretaciónse consideraba excepcional.

En consecuencia, hacia fines del siglo XVIII había un fuerte y exitoso movimiento en pos de la reducción del poder de las cortes, el aumento del poder para el rey, la centralización de la autoridad legislativa y la recopilación de los materiales estatutarios en códigos racionales y sistematizados. El Código General Prusiano de 1794, el Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil Austríaco de 1811 son los ejemplos más notorios de esta tendencia.

En lo que concierne a la interpretación de estatutos/leyes, los párrafos 7 y 8 del Código General Austríaco (ABGB) de 1811 contienen el postulado más importante de los llamados "códigos de derecho natural". Allí, ante la falta de regulación explícita, los jueces debían ante todo buscar casos similares en el código (uso de la analogía). Si el caso aún no era claro, debían decidir, con todo el cuidado necesario en función de las circunstancias particulares, de acuerdo con los principios fundamentales del derecho natural. No obstante, el siguiente párrafo establecía que solo el *Gesetzgeber* estaba autorizado para tomar decisiones generales, es decir, para casos similares en general.

3. La posición de Savigny: la interpretación siempre es necesaria

El trabajo de Savigny hace su aparición dentro de este contexto.[7] Savigny (1779-1861) heredó la tradición jurídica romana, aún utilizada en ese entonces

7. La obra de Savigny ha sido objeto de incontables ensayos. Por mencionar algunos de los más reconocidos: Karl Larenz, *Metodologia da ciencia do direito* (trad. J. Lamego), Lisboa, F. Calouste Goulbenkian, 1989; Joachim Rückert, Il diritto positivo nel XIX secolo: concezioni e fatti, F. Belvisi y M. Cavina (ed.), *Diritto e filosofia nel XIX secolo,* Milano: Giuffré, 2002; K. Mannheim, *Conservatism: a contribution to the sociology of knowledge,* Londres/Nueva York, Routlege, 1999; H. Kantorowicz, Savigny and the historical school of Law, y Was istunsSavigny, en *Rechts historis che Schriften,* (H. Coing, ed.), Karlsruhe, C. F. Müller Verlag, 1970; A. Mazzacane, *Savigny e la storiografia giuridica: trastoria e sistema,* 2da ed., Nápoles, Liguori, 1976; J. Schröder *Rechtals Wissenschaft,* Munchen, Beck, 2001.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 158 29/04/2019 16:57:14

en varias partes de Alemania bajo el nombre de *Usus modernus pandectarum*. En este sentido, su concepción de cómo debían ser los materiales jurídicos, de la relación entre los estatutos y la doctrina jurídica, así como el rol de los doctrinarios en todo este proceso, era una mezcla de ideas viejas y nuevas. Muchas de ellas fueron plasmadas en 1814 en su obra *Beruf unserer Zeit*, así como en sus clases sobre el método jurídico, tomando forma finalmente en *System des heutigen Romisches Rechts* (1840). Savigny fue invitado a enseñar Derecho Romano en la entonces recientemente fundada Universidad de Berlín (1810). Allí, invitado por Wilhelm Humboldt (1767-1835), su primer Rector (Decano), se asoció con Friederich Schleiermacher (1768-1834), profesor de teología. Savigny fue el doctrinario más influyente de sus días en Europa continental, y sostenía que toda ley requería interpretación.[8] Su visión era controversial para la época, dado que muchos doctrinarios aún sostenían que había cláusulas claras que no necesitaban interpretación. Sin embargo, hacia fines del siglo XIX la posición de Savigny ya era mayoritaria.

¿Qué ocurrió? Por supuesto, las diferencias dependen de qué entendemos por interpretación. Savigny representa una nueva corriente dentro de la teoría del derecho. Para él, la interpretación significa entender qué dice el derecho. Introduce una nueva perspectiva romántica a la teoría del derecho, de modo que entender equivale a interpretar.[9] Es por esto que su posición parece tan cercana al modelo interpretativo conocido como "conversacional".[10] También tiene un carácter bastante universal: aparentemente, cada acto de aprehensión de sentido es equivalente a la interpretación.

Savigny desarrolla claramente su postura en su obra maestra, *Contemporary system of Roman Law*.[11]Allí explica que la interpretación no se restringe a los casos en que el derecho (en su caso, los estatutos o el Derecho Romano) no es claro. La necesidad de esta operación intelectual es mayor cuando el derechoes oscuro,

8. Kantorowicz remarca que en los asuntos teóricos relativos a la naturaleza del derecho su único rival fue Hegel, a quien temía, y contra cuyos discípulos desarrolló una estrategia política para no perder el control de las escuelas de Derecho alemanas (Kantorowicz, Savigny and the historical..., ob. cit., 424-426).

9. La conexión de Savigny con el pensamiento romántico-conservador ha sido extensamente estudiada por Karl Mannheim (1999).

10. Ricoeur ha demostrado que el uso de la conversación como caso paradigmático de la hermenéutica presenta varios problemas. La situación del diálogo, en la cual pregunta y respuesta pueden ser respondidas, desaparece por completo en el caso del texto. Por ello, desarrolla una "concepción del texto" a los fines de guiar todo intento de clarificar el entendimiento y la interpretación. El autor desarrolla este concepto especialmente en su obra "Whatis a text?" y "The model of the text: meaningful action considered as a text", en *From text to action*, (trad. K. Blamey y J. Thompson), Evanstion, IL: Northwestern University Press, 1991. Ricoeur intenta evitar todo tipo de perspectiva psicológica de la hermenéutica. Fiel a sus raíces fenomenológicas, intenta demostrar la lógica del entendimiento, no la psicología de las relaciones humanas.

11. Savigny, F. C. von (2005) *Sistema del derecho romano actual*. Trad. J. Mesia y Manuel Poley. Granada, Ed. Comares.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 159 29/04/2019 16:57:14

pero siempre es necesaria (Savigny, 2005, 94). Para poder ser aplicadas en la "vida real", todas las leyes deben ser sometidas a una operación intelectual.[12] A continuación distingue la interpretación de estatutos, cláusulas o leyes en particular, de la interpretación de fuentes jurídicas en general. La interpretación de estatutos en particular no difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento que sea comunicado a través del lenguaje. En este punto acepta las técnicas tradicionales de interpretación utilizadas por los abogados (incluyendo los doctrinarios) en general: literal (gramatical), lógica, histórica y sistemática. Sin embargo, también plantea el interrogante de si la tradicional *ratio legis*, la *razón de* la ley, debe ser considerada al momento de aplicar/interpretar un estatuto. Para el autor, el uso de la *ratio legis* debe ser restringido. Explica que la *ratio legis* puede ser la ley de mayor jerarquía de la cual deriva el estatuto, algo así como las bases de la ley y, en este sentido, hace referencia al pasado. Pero la *ratio legis* puede hacer alusión también al fin, al *telos* o efecto esperado de la ley. Ninguno de estos elementos se encuentra necesariamente en la ley. De hecho, a mayor crecimiento de las técnicas modernas de legislación y de la autonomía dela doctrina jurídica en Europa occidental, la aparición de la motivación o *ratio legis* en las ordenanzas reales era cada vez menor.

Una vez que el intérprete comprende correctamente la ley/el estatuto en particular, superando los "problemas de legibilidad", como podríamos denominarlos,[13] debe hacer encajar el estatuto en la totalidad del derecho. Aquí, los intérpretes pueden encontrar cláusulas aparentemente contradictorias, o la falta de previsiones aplicables al caso en estudio, es decir, problemas relativos a la falta de unidad (contradicciones) o de universalidad (vacíos). Ahora bien, la tarea de enmarcar leyes particulares dentro de la totalidad del derecho vuelve a traer el problema de la *ratio legis*. Savigny considera que en este caso los motivos de la ley se necesitan aún más que cuando se interpretan estatutos/leyes en particular. Para el autor, la *ratio legis* significaba que el intérprete estaba haciendo referencia, en primer lugar, a la norma de mayor jerarquía de la cual dependía el sentido del estatuto. En este sentido, la *ratio legis* implica la fundamentación de la ley (o estatuto) a partir de otra ley. Pero la *ratio legis* también puede hacer referencia al fin/efecto que se espera de la ley/estatuto. En este caso, la *ratio legis* significa el objetivo, propósito, *telos* de la ley. Un estatuto puede ser significativo tanto porque encaja en el derecho en su totalidad, de modo que su significado se establece a partir

12. Grondin (2012, 27) explica que Scheleiermacher distinguía dos concepciones de hermenéutica distintas: una basada en la idea que el entendimiento se produce en sí mismo y el malentendido es excepcional. La otra idea propone que el malentendido es penetrante y el entendimiento debe ser buscado en cada oportunidad. "El trabajo de la hermenéutica no debería aparecer solamente cuando el entendimiento es incierto sino desde el comienzo de todo intento de entender cualquier discurso". Esta es, evidentemente, la idea que adoptó Savigny.
13. Los "problemas de legibilidad" abarcaban la crítica textual o el establecimiento del texto en su forma original, un trabajo filológico que estaba siendo realizado por los historiadores del Derecho Romano.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 160 29/04/2019 16:57:14

de la llamada *interpretación sistemática*, o bien puede tornarse significativo por su relación con un cierto estado de cosas que se espera surja como consecuencia del estatuto, en cuyo caso la ley es entendida en forma *teleológica*. Esto presenta notables similitudes con lo que Ronald Dworkin expresó en los últimos años acerca de los *principios y las políticas*.[14] No desarrollaré en este trabajo la similitud, pero simplemente expresaré que el enfoque teórico de Savigny frente a la interpretación le otorga un rol fundamental a la doctrina jurídica. No obstante, en su época la interpretación era compartida por las cortes y los doctrinarios del derecho de una forma particular que ciertamente ha sufrido modificaciones en el último siglo. De hecho, especialmente en Alemania, las cortes podían referir los asuntos difíciles a un doctrinario a los fines de recibir el asesoramiento de un experto en la interpretación del caso.

Lo importante aquí es que su visión era contraria a la postura dominante de los abogados de la época. Tal como lo expresa en el Libro I, Cap. IV, § 50, el aspecto más noble de la interpretación implica interpretar todas las leyes, incluso aquellas que son claras. Por supuesto, utiliza el concepto de la interpretación entendida como el proceso intelectual, mental o espiritual de extraer significado y sentido.

En resumen, la interpretación es ahora entendida en un sentido más amplio. Todo entendimiento (la inteligencia) se vuelve interpretación. Es por ello que la interpretación así entendida siempre resulta necesaria. Como resultado, el siglo XIX y los primeros años del siglo XX fue un período de gran debate acerca de los métodos de interpretación. En este sentido, la doctrina jurídica se alineó con la tendencia filosófica general, más tarde criticada por la hermenéutica filosófica, de concentrar los esfuerzos en el desarrollo de métodos de interpretación. Pero este debate no aclaraba la distinción anterior entre una forma general de entender el derecho, y un entendimiento específico del derecho en un caso particularmente difícil. Hacia fines del Siglo XIX, la *recherche scientifique du droit* francesa, liderada por François Gény, y el *Freirechts bewegung* alemán, se encontraban todavía intentando descifrar métodos de interpretación. De todos modos, es posible afirmar que más que un debate metodológico, tal como trataban de enmarcarlo, se trataba del *sentido* de

14. Esto sugiere una posible similitud entre la teoría de Savigny y Dworkin, la cual también comprende elementos teleológicos (ya sea en forma de políticas o principios) y sistemáticos (su idea de *encajar*). Dicha idea parece ser tradicional en el derecho y los filósofos aseveran que se encuentra implícita en todo acto de interpretación. En efecto, se trata del ahora famoso "círculo hermenéutico": la parte y el total se encuentran constantemente relacionados. El intérprete asume que las piezas particulares (palabras o frases) son parte de una unidad más grande (discurso). La totalidad dentro de la cual los estatutos, doctrinas y decisiones deben encajar es tanto el cuerpo del derecho simultáneo (aspecto sincrónico, *coherente*), lo cual significa que el intérprete debe eliminar las contradicciones, como la consistencia histórica (aspecto diacrónico) que con anterioridad fue promulgada o aceptada como derecho. El cambio considerable entre Savigny y Dworkin es que para Savigny todo el *punto* (el significado general) de la práctica del derecho tiene un aspecto más pragmático y positivo: es el *Volksgeist*. Para Dworkin, por otro lado, ese punto se expresa finalmente como *justicia*.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 161 29/04/2019 16:57:14

la ley en una sociedad en transformación. De hecho, los métodos desarrollados durante el siglo XIX eran adecuados para una sociedad en búsqueda del *imperio de la ley* (rule of law), en contraposición al imperio *del derecho los doctrinarios* o el imperio *del derecho de los abogados*. La industrialización y la urbanización hicieron que varias de las disposiciones legales de los códigos y constituciones fueran objeto de disputa. Los abogados descubrieron que las técnicas y métodos hermenéuticos no eran suficientes para guiar decisiones. Las leyes podían ser utilizadas para reforzar políticas tradicionales o innovadoras. La metodología jurídica no era capaz de determinar por sí misma la interpretación correcta o buena.

En consecuencia, hacia fines del siglo XIX los problemas de interpretación se encontraban por todas partes. Los cambios sociales en la vida diaria requerían que los jueces crearan ficciones e inventaran soluciones para problemas hasta entonces desconocidos. La *Libre recherche scientifique* de Françoes Gény, y el *Freies Rechts Bewegung* alemán, del cual Herman Kantorowicz fue un líder importante, eran el signo más claro de la importancia de la interpretación en la práctica jurídica. En este sentido, no sorprendeque el Código Civil Suizo de 1907 incluyera una nuevalógicacon respecto a la relación entre juez y el legislador.[15]Allí, cuando el juez se enfrentaba a un vacío de la ley, debía actuar como si él mismo fuese el legislador. En primer lugar, debía buscar una disposición legal que resultara adecuada; si no podía encontrarla, debía buscar la costumbre que resultara aplicable. Finalmente, debía actuar como legislador, lo cual significa que debía decidir también con miras a los casos futuros. Además, para decidir "como si fuera el legislador", debía utilizar el derecho doctrinario (doctrina) y las doctrinas de las cortes (jurisprudencia). Esto implicaba una notable apertura, que requería una nueva forma de pensar en la interpretación y la toma de decisiones.

Cuando comenzaron a aparecer estos problemas, resultó evidente que a la interpretación como método le faltaba algo. El cambio lingüístico (y hermenéutico) en la filosofía desafió la idea de ciencia, racionalidad e inteligibilidad sobre las que el positivismo en general se había construido. Pero también afectaba al derecho. Si bien un buen positivista como Kelsen podía descartar el análisis profundo del proceso de interpretación de la ley, la generación siguiente no estaba tan segura de ello. Con las obras *Philosophy and the idea of a social science* (1957), de Peter Winch, *The Concept of law* (1960), de Hart, *Grundsatz und Norm in Privatrechts Rechtsfindung* (1958), de JosefEsser, *Teoria generale dell'interpretazione*, de Emilio Betti, y *Warheitund Methode* (1960), de Gadamer, las cosas tomaron otra dirección, particularmente, la filosofía contemporánea alineada con los últimos trabajos de Wittgenstein, como por ejemplo, su libro *Philosophical investigations*, donde el concepto del cumplimiento de la norma ocupa un lugar central.

15. "Art. 1. 1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre oul'esprit de l'une de sesdis positions. 2 A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'unecoutume, selon les règles qu'ilétablirait'ilavait à faire acte de législateur. 3 Ils'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence".

El imperio de Ronald Dworkin.indd 162 29/04/2019 16:57:14

4. Filosofía contemporánea: la interpretación requiere un entendimiento previo

Ahora bien, ¿qué parte de la postura de Savigny resulta confusa en la actualidad, especialmente cuando parece haber un nuevo giro "interpretativo" en la teoría del derecho? ¿Qué entendemos exactamente por interpretación? ¿Resulta siempre necesaria en el derecho? ¿Savigny tenía razón en afirmar que la interpretación siempre resulta necesaria? Considero que parte de la tarea de la filosofía y la jurisprudencia contemporáneas es lidiar con esta visión expandida de la interpretación. ¿Qué llevó a los abogados a decir que las leyes claras no requieren interpretación, y a Savigny y a los abogados contemporáneos a afirmar que la interpretación siempre es necesaria? Mi punto se basa en que puede existir una diferencia entre dos procesos mentales: uno de ellos es *entendimiento, aprehensión o comprensión*simples y directos, el otro es una *interpretación* más específica. A mi entender, fue Wittgenstein quien trajo este punto nuevamente a la luz. Y en línea con él, algunos filósofos han revisado la clásica filosofía de la mente. Esto ha llevado a revisar asimismo el razonamiento jurídico aplicado por los doctrinarios. Algunos de ellos han dado preeminencia a la investigación sobre el razonamiento, en vez de enfocarse en la naturaleza de las reglas jurídicas que las diferencia de las reglas morales o técnicas.[16]

A los fines de resaltar la diferencia entre entender e interpretar, hay quienes han llegado a sugerir que Wittgenstein (y la filosofía analítica) nos invita a remontarnos a Aristóteles (y Santo Tomás de Aquino, tal como lo sugiere Pouivet).[17] Otros afirman que dos ramas de la filosofía del siglo XX, la hermenéutica y la filosofía analítica, contribuyen a aclarar varios asuntos relativos al razonamiento práctico en general.[18] Esto es lo que intentaré hacer en lo que queda de este trabajo: demostrar que tantola tradición analítica como la hermenéutica arrojan luz sobre la tarea de los juristas.

16. Dennis Patterson lo llama la interpretación "parasitaria" en la práctica legal. Explica que antes de acudir a la interpretación, es necesario aclarar la naturaleza del entendimiento. Entender e interpretar son dos cosas distintas, tal como Wittgenstein había sugerido. (Cf. D. Patterson, Interpretation in law, 42 *San Diego Law Review*, 2005, p. 686-687).

17. Cf. Roger Pouivet, *Après Wittgenstein, Saint Thomas,* 2da ed. Paris, Vrin, 2014. K. O. Apel identifica en la obra de Gadamer "una ética neo-aristotélica con un trasfondo neo-pragmático y wittgensteiniano". (Apel 1998, 161).

18. Cf. K. O. Apel (2000) Wittgenstein e Heidegger, y Wittgenstein e o problema do compreender hermenêutico, en *Transformação da filosofia,* trad. P.A. Soethe, São Paulo, Loyla y K. O. Apel (1998) Wittgenstein and Heidegger: language games and life forms, y Regulativeideasorsenseevents?Anattempttodeterminethelogosofhermeneutics, en *From a transcendental-semiotic point of view* (M. Papastephanou, ed.), Manchester, Manchester University Press.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 163 29/04/2019 16:57:14

5. Comprensión vs. interpretación: la tradición analítica

¿Qué significa el entendimiento y en qué se diferencia de la interpretación? Para ser exactos, el entendimiento es la habilidad fundamental que se utiliza para abstraer y abordar conceptos. Entender es la habilidad de pensar en general, en tanto necesitamos pensar a través de conceptos. Esta habilidad resulta de aplicación no solo al "nombrar" las cosas que encontramos en el mundo. También aplica al "nombrar" prácticas y lo que hacemos. Nombrar una práctica implica conceptualizarla, y solo es posible conceptualizar una práctica si se conceptualiza el fin, el *thelos*, el *bien* de dicha práctica. Esto es equivalente a entender la práctica. Primero es necesario tener una idea, es decir, un concepto de la práctica. Las prácticas no son *reiextensae*. Esto hará la diferencia en la forma en la que conceptualizamos las prácticas.

Wittgenstein expuso este problema en su obra *Philosophical Investigations* (§ 201). Allí trata la cuestión de dónde terminan las interpretaciones, en tanto cualquier acto puede ser justificado por su conformidad con una regla, con lo cual tendemos a una regresión infinita. Por lo tanto, dice, debe existir un punto en el cual cesar, tiene que existir una "interpretación" que sea la última, y que no sea entonces en sí misma la interpretación de algo más o la traducción de una proposición original. Se trata de algo similar a captar el concepto. Pero entonces, dice, deberíamos llamar "interpretación" solamente al proceso de reemplazar una "expresión" de la regla por otra expresión de la misma regla. Interpretar es, según este sentido estricto, algo similar a traducir. Pero al decir que debe haber un lugar en el cual la interpretación finaliza, el autor apunta a demostrar que este último lugar no implica una traducción, sino entendimiento, lo cual explora en los párrafos §§ 138-142. Si entendemos la regla, actuamos acorde a ella. Este entendimiento no es como una traducción. Y este entendimiento revela la naturaleza práctica de la regla, porque cumplir una regla es una *praxis*. En *PI* 138 explica que captamos el significado de una palabra no de manera extendida en el tiempo sino inmediatamente. Pero en *PI* 141 también dice que hay casos normales (regulares) en los cuales utilizamos las palabras, y casos irregulares. A mayor irregularidad del caso, más dudoso será el uso de la palabra. Pero nadie puede o debe dudar de todo, todo el tiempo. Nuestras preguntas y dudas se fundamentan en ciertas proposiciones que en sí mismas no pueden ser puestas en duda. Para que una puerta pueda abrirse necesita de una bisagra que quede fija. (Wittgenstein, *On Certainty,* 341-343).[19]

Esto implica un punto de quiebre importante para los abogados: la interpretación queda para el plano del texto, del uso circunstancial, pero el entendimiento se reemplaza en el plano de la acción (práctica o juego).

19. L. Wittgenstein, *Da Certeza,* edição bilingüe (português/alemão), trad. M. E. Costa, Lisboa, Edições 70.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 164 29/04/2019 16:57:14

> Entendemos el significado de una palabra cuando la oímos o la decimos; la captamos *de inmediato* y lo que captamos es verdaderamente distinto del 'uso' extendido en el tiempo. *PI* § 138

Baker y Hacker citan el dictado de Wittgenstein a Waismann donde dice que "entender el significado es la habilidad de aplicar la palabra correctamente" (Baker y Hacker 2000, 381). Ahora bien, si aplicar la palabra correctamente significa aplicarla a una práctica, lo que efectivamente hacemos como parte de una práctica puede ser entendido correctamente desde el punto de vista de dicha práctica.

¿Es esto el equivalente de lo que Rawls llama la *concepción de las reglas como prácticas*, o lo que Searle denominó una *regla constitutiva*?[20] Considero que sí. Como lo expresa Rawls, podemos referirnos a una regla (o a varias reglas) como definición de una práctica. Dichas reglas no son órdenes, pero son no obstantenormativas. No son órdenes por lo que no podemos "cumplirlas" llevando a cabo una acción específica. Son normativas ya que cuando actuamos generan una crítica de lo que estamos haciendo. Esto resulta claro en el caso de cualquier "juego cerrado" (closed game), y parece menos claro en el caso de los "juegos abiertos" (open-ended games).[21] Es en el plano de las reglas constitutivas que encontramos algunos "principios" del razonamiento jurídico, como la idea de una obligación o de labuena fe. Ningún orden jurídico o normativo en general *tiene sentido* sin la idea (pura, vacía y formal) de una obligación. Es una suerte de término lógico en el discurso normativo. Lo mismo ocurre con la buena fe. Actuar de buena fe, tal como lo explicó Pufendorf[22] hace siglos, equivale a utilizar el lenguaje honestamente. No podría existir la comunicación, la interacción o la cooperación si no decimos lo que queremos decir. Estas son, aparentemente, formas de pensar meramente formales, lógicas y vacías, pero resultan aplicables al razonamiento práctico, donde la mala fe y el comportamiento predatorio son siempre una posibilidad.[23]

20. John Rawls, "Two concepts of rules", *The Philosophical Review,* 64 (1), pp. 3-32, 1955.

21.Thomas Morawetz, Commentary: the rules of law and the point of law. 121 *University of Pennsylvania Law Review,* pp. 859-873. J. Raz no considera que las diferencias entre reglas constitutivas y regulativas sean importantes, y no cree que la analogía entre el derecho y los juegos sea de demasiada utilidad. Parte de los problemas de Raz derivan de que no ve el carácter normativo de las reglas constitutivas (como por ej. las reglas de Gramática) ni que las reglas constitutivas sean más que un manojo de reglas con "validación colectiva". Cf. Joseph Raz, *Practical reason and norms,* Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 107-123)

22. Pufendorf, *De jure naturae,* L. IV, c. 1, L. V, c. 12, analizando varios pasajes de la obra de Grocio, *De iure belli acpacis,* esp. L. II, c. 16. Los autores abordan la interpretación como una aclaración de palabras, oraciones, acuerdos y estatutos, pero ambos asumen que la interpretación depende del *arte* (campo del conocimiento) dentro del cual un cierto texto/discurso se enmarca.

23. Estos son los principios de los cuales no puede dudarse. Como lo expresa Wittgenstein en *On Certainty*, § 329, si una persona duda de las definiciones mismas de un cierto campo "nunca aprenderá el juego".

El imperio de Ronald Dworkin.indd 165 29/04/2019 16:57:14

Ahora bien, existe un paralelismo entre esta idea y la explicación de Tomás de Aquino sobre las habilidades intelectuales, *intelectus*. En este sentido, en el lenguaje de Aquino es posible equiparar inteligencia con entendimiento. El intelecto "capta" todo lo que sea posible. Esta captación es una aprehensión, o *comprensión*, que significa la acción de captar de inmediato. Dicha habilidad debe ser ejercitada, debe haber un ejercicio virtuoso de la habilidad. En Latín, esta virtud de entender las "cosas" se denomina la virtud de los "primeros principios" (*habitus principiorum*). Es la habilidad de captar conceptualmente, en la mente, lo que sucede, es o está. Es también la habilidad de trascender las particularidades (que son enviadas a los órganos sensoriales de la persona). Es la habilidad de formular ideas, de concebir, de conceptualizar. Pero lo que uno conceptualiza es o bien una idea particular, o bien proposiciones sintéticas, que pueden ser explicadas mediante aseveraciones analíticas ante una pregunta.

En la filosofía de Wittgenstein, la aprehensión es el punto de partida del entendimiento, en un sentido lógico. Tenemos el concepto, pero no llegamos a él a través de otros conceptos. Hay algunos conceptos que son "evidentes", en el sentido aristotélico de no ser derivados. Son los puntos de partida, y no los puntos intermedios del pensamiento; puntos de partida establecidos antes del inicio del razonamiento (en Latín son *priusincipio*, antes de comenzar una línea de pensamiento).[24] Wittgenstein sugiere que existe una diferencia entre interpretar y entender con bases muy similares. Entender es estecaptar el concepto, y en el caso de una práctica, es captar su naturaleza fundamental, su totalidad. Este es el antecedente lógico de la actividad secundaria, que es la interpretación en caso de duda cuando alguien ya se encuentra inmerso en la práctica.

El entendimiento que viene antes de la interpretación depende de la capacidad de distinguir un *juego de lenguaje*. Por un lado, entendemos todo, como en un juego de ajedrez, porque entendemos la actividad o la práctica en su totalidad. Por otro lado, cuando estamos jugando pueden surgirnos dudas en una situación particular. Este es el caso de la interpretación del derecho. Pero, como lo expresa Duarenus, si uno duda todo el tiempo es en realidad un ignorante que no ha dominado los aspectos básicos de la práctica.

Ahora bien, la relevancia de todo esto para la jurisprudencia es distinguir la comprensión de los primeros principios, el uso del *intelecto activo* y el desarrollo del *habitus principiorium* de la interpretación de los casos dudosos. Savigny y las

24. Posiblemente esta sea una forma de considerar por qué la interpretación de Saul Kripke del argumento de Wittgenstein sobre el cumplimiento de reglas fue tan criticada por aquellos que sostenían una visión más aristotélica del asunto: algunos conceptos son aprendidos mediante el entendimiento, por aprehensión, no por demostración. En algún punto la demostración debe terminar y comenzar desde un punto que sea claro para cualquiera que forme parte de un diálogo sensato.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 166 29/04/2019 16:57:14

teorías contemporáneas de interpretación han confundido todo en una misma idea (entendiendo la confusión en sentido técnico, como la fusión de cosas distintas, *cum fusione*). Por supuesto, resulta imposible saber si entendemos una palabra sino somos capaces de utilizarla adecuadamente en un contexto específico. Wittgenstein expone claramente este concepto al afirmar que "la aplicación es un criterio de comprensión" (*PI* 146). De manera similar, Tomás de Aquino dice que la virtud (habilidad) intelectual de la prudencia es esta habilidad racional (es decir, lingüística) de dilucidar lo universal de lo particular, específicamente, de ver la regla universal en el caso particular.

¿Es siempre necesaria la interpretación? Solo si suponemos que la aplicación es siempre un caso de interpretación. Pero hubo una época en la que los abogados consideraban que existía una diferencia entre entender la ley y los estatutos en general, y aquellos casos en que era razonable dudar si la regla era apropiada.[25] En este sentido, decían que una vez comprendidos los conceptos, la ley debía ser clara. Los casos dudosos podían surgir por inconsistencias en el texto o bien debido a una dificultad inherente en el caso bajo análisis. Los abogados consideraban que los casos que escapaban de lo ordinario generaban dificultades, mientras que los ordinarios no generaban dificultad alguna y, en este sentido, requerían aplicar la ley pero no interpretarla.

Esto aporta gran claridad a lo discutido hasta aquí. Muchos de los casos que llegan normalmente a los tribunales superiores e incluso a las cortes constitucionales son de este tipo. Basta ver, por ejemplo, el caso del suicidio asistido o eutanasia. Son casos que parecen difíciles porque antes los recursos técnicos disponibles para mantener viva a una personaartificialmente, así como los recursos para el diagnóstico, eran muy limitados. Ahora que nuestro conocimiento y habilidad nos permiten mantener viva a una persona en estado vegetativo, ¿qué deberíamos hacer? Lo mismo sucede en otros casos: después del horror de los genocidios perpetrados por los Estados-Nación del siglo XX, nos cuestionamos si el discurso del odio (un concepto novedoso) debería también estar protegido por la libertad de expresión reconocida en las constituciones liberales. En efecto, se trata de dos ejemplos de casos que parecen dudosos por las nuevas y extraordinarias circunstancias.

25. Mac Cormick explica que la interpretación en "sentido amplio" implica la "aprehensión inmediata de significado", lo cual se diferencia de la interpretación en caso de dudas acerca del significado de la ley (*id., ib.*). Más adelante en ese mismo libro, al discutir las ideas de Dworkin, aclara esta distinción: "Adscribirle sentido y valor a la ley como tal (...) no es lo mismo que resolver una disputa litigiosa sobre el impacto de una sección particular del estatuto, o sobre el elemento vinculante de un precedente en particular..." (Mac Cormick 2005, 140).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 167 29/04/2019 16:57:14

6. Comprensión vs interpretación: un enfoque hermenéutico

Considero que esta suerte de "aprehensión" es también parte del círculo hermenéutico alque se refiere la filosofía hermenéutica.[26] Esta sostiene que estos inicios pueden encontrarse en la historia, la tradición y el tiempo. Mientras que en los lenguajes convencionales y formales solo se pueden utilizar definiciones estrictamente estipuladas, esto no ocurre en general en el lenguaje ordinario. Allí nos encontramos ante un mundo que nos precede, tanto física como culturalmente. El mundo material de los árboles, las rocas, el agua y otros cuerpos y organismos ya se encuentra allí, así como una gran cantidad de artefactos culturales de los cuales dependemos, comenzando porel lenguaje. Los lenguajes naturales están allí para que los usemos, pero no son el resultado de la decisión individual de una persona. En consecuencia, para entrar al mundo del lenguaje y los significados en general es necesario captar dichos significados *in media res*. El juego del lenguaje o la forma de vida ya están ocurriendo y nosotros irrumpimos "en el medio".

Taylor utiliza la idea de las suposiciones de fondo para explicar lo que dice Wittgenstein acerca del cumplimiento de las reglas. Para el autor, la suposición de fondo es el sentido inarticulado (pero *articulable*) de una práctica. Al ser inarticulada, permite que pueda ser utilizada en varias circunstancias y permite pensar en cualquier cosa sin la necesidad de tener un número finito de pensamientos en la mente. Pero también es *articulable*, lo que implica que, en caso de necesidad, el agente puede expresar el sentido de su acción haciendo referencia al sentido de la práctica. Esto se asemeja a dar una razón, sin una limitación a las razones que pueden darse. "Las reglas operan en nuestras vidas como patrones de razones para la acción, en vez de ser meramente regularidades causales. Pero las razones que podemos dar tienen un límite y, en definitiva, deben apoyarse en otro tipo de entendimiento. ¿Cuál es este entendimiento? (...) Las reglas expresas solo pueden funcionar en nuestras vidas acompañadas por un sentido inarticulado codificado en el cuerpo. Se trata del *habitus* que 'activa' estas reglas" (Taylor, 1993, 179). Este "otro" entendimiento es el trasfondo de toda actividad o práctica. Allí encontramos un sentido que no es parcial y que no puede ser traducido, según Wittgenstein. Dicho sentido penetra la práctica.

Así ocurre con el derecho y con la justicia. Aprehendemos el concepto del derecho, el que a su vez hace referencia a la práctica. La práctica de actuar conforme

26. Por el contrario, Patterson explícitamente indica que las posturas hermenéuticas y analíticas son incompatibles. En su obra "Wittgenstein on understanding and interpretation (comments on the work of Thomas Morawetz)" (*Philosophical Investigations* 29, Abril 2006) propone que la distinción que hace Wittgenstein entre entender e interpretar impide la utilización de conceptos hermenéuticos como la interpretación.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 168 29/04/2019 16:57:15

a las reglas, la práctica de la igualdad entre personas diferentes, que es esencial al concepto mismo del derecho. Dicho concepto no se refiere a un objeto fijo sino a una práctica humana en particular. De hecho, este concepto está estrechamente entrelazado con el concepto de práctica, en tanto hace referencia a la práctica de actuar conforme a las reglas. Las reglas del derecho no son técnicas, en el sentido ordinario, ya que no se utilizan para construir cosas. No son reglas para *crear* algo, sino para *hacer* algo. De hecho, son reglas para convivir ordenadamente en sociedad con otros. Utilizando la terminología clásica de la razón práctica, el derecho se enmarca en el ámbito de la *agibilium*, no de la *factibilium*. En el ámbito de la *agibilium* el agente debe desarrollar una habilidad intelectual denominada *prudentia*, mientras que en el de la *factibilium* debe desarrollar una habilidad diferente, llamada *ars*. La diferencia radica en que en las artes el resultado es externo al agente (es una *res*, una cosa o producto), mientras que en el campo de las acciones el resultado no es externo al agente o a los agentes en general, el resultado es la acción en sí misma, una decisión que se toma. El agente se encuentra inmerso en el "producto" de sus acciones. Al conformar una *polis*, el agente es parte de esa polis. Al decidir un caso, el juez es parte del tejido que compone el derecho que está aplicando.

La idea de las suposiciones de fondo, así como el rol que se les otorga, demuestran lo que la filosofía hermenéutica tiene para ofrecer. El punto de partida de todo intento de interpretación es una suposición de fondo. No es posible tener dudas serias sobre aquello que constituye el objeto de la interpretación sin antes haber adquirido algún punto de vista desde el cual acceder a dicho objeto. Este punto de vista juega un rol similar al concepto de juego en Wittgenstein, en tanto es lógicamente anterior a toda interpretación. Es imposible decir que uno está haciendo algo si no se tiene idea alguna de ese "algo". Podría pensarse que esta idea equivale a la noción de *tradición* de la filosofía hermenéutica, pero a pesar de las críticas al respecto, dicho concepto se refiere a los objetos cuya existencia se origina en la historia, no en la naturaleza. Los seres humanos pertenecen a las tradiciones, en tanto nacen dentro de comunidades preestablecidas. Están inmersos en un "círculo hermenéutico". Tal como lo explica Ricoeur, dicha pertenencia es una *participación en el sentido* (*participation au sens*) (apud Grondin, 2013, 69). Adquirimos y desarrollamos (*onentretient*) una conexión vital con esta tradición (¿forma de vida?).[27]

"Antes de la razón, se encuentra la comprensión – aquellos actos de percepción, mayoritariamente rutinarios y discretos mediante los cuales se adquieren los conceptos y las palabras con los cuales pensamos". (Finnis 2011, 2). Son estos actos de percepción los que realiza el intelecto, ejemplificando la "facultad

27. "Ce cercle n' est pas celui de Heidegger ni de Gadamer, mais Ricoeurl'entend à partir de Bultman: on ne comprend un text (ou des simboles) que si on entretient un lien vital à la chose dont il parle, que si nous sommes concernés par elle..." (Grondin 2013, 69).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 169 29/04/2019 16:57:15

fundamental de los seres humanos que permite la vida con el otro, especialmente a través del lenguaje y el diálogo" (Gadamer 2012, 261).

En consecuencia, la filosofía hermenéutica enfatiza que solamente podemos entender el sentido de las cosas mediante nuestra pertenencia a una comunidad histórica en particular. Por el contrario, la filosofía analítica enfatiza que para entender el sentido de las cosas es necesario pertenecer a cierta forma de vida. Se trata de dos tipos de pertenencia diferentes, pero no contradictorias, que resaltan dos "puntos de vista" distintos. Uno es el punto de vista de un sujeto en la historia, mientras que el otro es el punto de vista de un sujeto en una disciplina. Freud y un crítico de arte observarían la misma escultura de Miguel Ángel desde diferentes perspectivas disciplinarias. Asimismo, un crítico de arte de principios de siglo XX y otro de principios de siglo XXI también tendrían perspectivas diversas en virtud de sus circunstancias históricas.[28]

Los abogados también necesitan entender el sentido de la ley. Este proceso de "entender el sentido" es disciplinario, y es diferente del proceso de "entender el sentido" en el caso de la aplicación. No obstante, dicho proceso es lógicamente anterior a toda aplicación, aunque no necesariamente previo en sentido cronológico. De cualquier modo, los abogados (al igual que todos los demás) no solo intentan entender el sentido del derecho en su aspecto abstracto o disciplinario, sino también en un contexto histórico dado o, lo que es lo mismo, en términos históricos. No pueden escapar a los "prejuicios" de su tiempo al momento de comenzar su educación o su práctica. Están rodeados por una pecera invisible.[29] Asimismo, no pueden escapar a los problemas, conflictos y asuntos propios de sus sociedades históricas. Las sociedades constitucionales y políticamente democráticas de la segunda mitad del siglo XX o de las primeras décadas del siglo XXI plantean interrogantes anteriormente desconocidos. Dichos interrogantes surgen a partir de cambios institucionales y conceptuales. La proliferación de cortes constitucionales y de disputas judiciales, colectivas o distributivas en las jurisdicciones ordinarias, así como el uso consciente del litigio estratégico en materias de interés público en la mayoría de nuestros paísesimpactan en el funcionamiento del derecho. La incorporación de nuevos derechos al derecho constitucional, o de los derechos humanos en el plano internacional, también afectan la forma en que los doctrinarios desarrollan el concepto del derecho.

Josef Esser (*Vorverständniss und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1983, edición original 1972) estaba convencido de que los métodos (o técnicas) hermenéuticos son utilizados por los abogados para expresar sus razones (motivos) en

28. Ver G. Denieau, *Qu'est-ce intérpreter?* p. 55. Tal como lo explica Denieau, pertenecer a la historia es un *hecho* inevitable, mientras que entrar al mundo de una disciplina (o juego del lenguaje) es una *habilidad* particularmente adquirida. Ambas juegan un rol a la hora de entender el sentido de las cosas del mundo.

29. Ver Paul Veyne, *Foucault seu pensamento, sua pessoa* (trad. M. J. Morais) Río de Janeiro: Civilizacão Brasileira, 2011, p. 25)

El imperio de Ronald Dworkin.indd 170 29/04/2019 16:57:15

forma jurídica, *leges artis*. Pero los abogados no vistensus decisiones simplementecon ropas legales, sino que también deben traducirlas en formas convincentes en términos de hecho, de las circunstancias actuales. Necesitan demostrar que la decisión también es *justa*. La justicia es una especie de cualidad de ser apropiado a las circunstancias fácticas. Esta cualidad no es un simple sentimiento "ideológico" o idiosincrático de un juez o un abogado en particular. Al buscar la justificación de una decisión (aplicación) de la ley, se está haciendo uso de un "aparato categórico adquirido, en el sentido más amplio, a través de la experiencia social", la cual ayuda "inconscientemente a elegir, registrar y clasificar los aspectos típicamente relevantes de un caso o una ley". El uso de los términos "inconscientemente" y "adquirido a través de la experiencia social" sugieren que la "pre-comprensión" (Vorverständniss) es el "trasfondo" necesario a partir del cual se hace posible cualquier interpretación. Ninguna interpretación es posible sin esta comprensión, y esta comprensión no es en sí misma interpretación. Este trasfondo, *Vorverständniss,* o aparato categórico nos da una idea de qué significa el derecho y vivir bajo su reinado. Esto nos provee un primer concepto, aprehensión de significado, que no es lo mismo que resolver una duda acerca de un caso o ley en particular. Los abogados utilizan el derecho, pero para ello deben tener alguna idea de qué es el derecho. Si no están de acuerdo acerca de qué es el derecho, están frente a un desacuerdo teórico. Pero un desacuerdo de este tipo en el campo del conocimiento práctico implica un desacuerdo en las acciones y en si éstas son apropiadas.

El enfoque procedimental de Lon Fullerno carece conceptos de este tipo. Al elegir sus ocho aspectos del derecho, intenta expresar analíticamente un *concepto del derecho* que dependa de la noción del derecho como algo más que un sistema de ordenanzas. Debe tener algún *sentido*. Un orden jurídico no puede depender de las decisiones *ad hoc* de una autoridad. Las reglas deben ser entendidas y aplicadas independientemente del temperamento o las inclinaciones personales de la autoridad. Para que tengan sentido, estas reglas deben ser públicas y conocidas con anterioridad; de lo contrario servirían para calificar una conducta pero no para guiarla. Solamente podrán guiar las acciones si son públicas y conocidas en forma previa. Para guiar la conducta, necesitan ser lo más claras posibles, requerir solamente lo factible y no ser contradictorias (por ejemplo, si uno está obligado a hacer y no hacer la misma cosa al mismo tiempo, se enfrenta a una imposibilidad). También deben ser lo más permanentes posibles, ya que de otro modo desorientarán la conducta en vez de orientarla. Finalmente, deben ser utilizadas: no hacer cumplir las leyes llevará a una indiferencia generalizada ante ellas. Estas ocho condiciones propias de la *moralidad interna de la ley* son también condiciones lógicas, que hacen que la ley sea inteligible y factible.

Michael Oakeshott adopta un enfoque similar al tratar la *condición civil*. Primero, establece que la condición civil no satisface las necesidades particulares sustantivas de los participantes (los *cives*). Dicha satisfacción es el objeto

El imperio de Ronald Dworkin.indd 171 29/04/2019 16:57:15

de sus relaciones con el otro, ya sea como negociadores o como miembros de una "asociación empresaria".[30] La condición civil les permite participar de una práctica: la práctica de vivir políticamente con el otro. Pero esta práctica no tiene un propósito extrínseco. Los *cives* no pertenecen a la condición civil para obtener algo en particular. La asociación civil "debe ser identificada como una asociación en términos de la consideración moral". (Oakeshott 2003, 122) Esta asociación requiere algún sentido, alguna comprensión lógica o conceptual sobre qué significa ser un adepto (un *cives*) en esta asociación. "Lo que debemos identificar y entender son las condiciones teóricas para posibilitar una asociación *inter homines* que sea durable, diuturna e indiscutible, donde los términos de la relación estén compuestos exclusivamente por las reglas de una práctica que abarque toda y cualquier transacción entre agentes y que sea indiferente asu resultado: la práctica de ser 'justos' con el otro". (Oakeshott, 2003, 128) En consecuencia, antes de aplicar una ley en particular, es necesario comprenderla práctica de vivir en una asociación civil. Y esta comprensión de las condiciones teóricas de la asociación consiste en captar el sentido de qué es dicha asociación (o qué *significa*). Solamente se requiere interpretación cuando la asociación no tiene más sentido. De lo contrario, se presenta a sí misma como un hecho, una evidencia, una roca, como decía Wittgenstein (*PI* § 217).

7. Una teoría de la práctica: entender, utilizar e interpretar reglas y superar la hermenéutica romántica

Muchas veces los abogados conciben las leyes y los estatutos como mensajes de alguien. Los entienden como el medio por el cual se transmite la intención o voluntad de alguien más. Así, el legislador se convierte en un personaje importante y los abogados se ven atrapados por la idea de la intención detrás de la ley. Por supuesto, las leyes no crecen de los árboles. Pero el hecho de ser artefactos humanos no implica que entenderlas equivalga a descubrir los pensamientos de otra persona. Concepciones de ese tipo presuponen que para tener un orden normativo es necesario un legislador, un "alguien" que puede ser tanto un personaje histórico que existe en la realidad o bien uno ficticio que inventamos para hacer nuestro discurso más inteligible o plausible. Pero existen otras formas de encarar el asunto. Un enfoque wittgensteiniano partiría del simple hecho de que podemos hablar y que nuestro discurso está inserto en "formas de vida" o "juegos del lenguaje". Y nos adentramos en las formas de vida a través del

30. Cf. la referencia a Oakeshott que hace Rawls en *Political liberalism*, donde reconoce la relevancia de la distinción entre la condición civil y su equivalente funcional en el ámbito político.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 172 29/04/2019 16:57:15

aprendizaje de un lenguaje en el que esos "juegos" se transforman en prácticas sociales (Winch 2008, 38-61).[31] Allí, entendemos y al mismo tiempo utilizamos los significados. El "control social" de la forma en que utilizamos el significado no es simplemente un control empírico. A través del lenguaje se transforma en una restricción "lógica" para cada orador o jugador.

Para decirlo de otro modo, entendemos cierta forma de vida, práctica o juego del lenguaje manteniendo un vínculo vital con el "objeto".[32] Dicho vínculo vital no es más que la participación en esta forma de vida. Nuevamente, Peter Winch aporta una explicación importante. Tomando el pasaje de Lewis Carrol: "¿qué le dijo la tortuga a Aquiles?" ejemplifica qué significa entender. Aquiles no puede hacer que la tortuga acepte la idea básica de inferencia. La inferencia significa que una conclusión es una afirmación desconocida que se transforma en verdadera cuando deriva de ciertas premisas, una vez que dichas premisas son conocidas y verdaderas. Pero Aquiles no puede mostrarle esto a la tortuga mediante la inferencia. Es decir,

> el proceso de hacer una inferencia, que en definitiva se encuentra en el corazón de la lógica, no puede ser representado como una formula lógica; que (...) existe realmente suficiente justificación para inferir una conclusión. Insistir en la necesidad de justificar aún más demuestra la incomprensión del concepto de inferencia. Aprender a inferir no consiste solamente en que nos enseñen sobre relaciones lógicas explícitas entre proposiciones; es aprender a *hacer* algo. (Winch 2008, 53).

Por supuesto, participar en esta forma de vida implica aceptarla, para lo cual es necesario entenderla en su totalidad.

John Rawls desarrolla un punto similar en "*Two concepts of rule*". El autor considera que no solo existen reglas que obligan o prohíben acciones, sino también que definen prácticas.[33] Estas reglas de definición no son descripciones de

31. Peter Winch explica detalladamente la diferencia entre comportarse sin más, y comportarse significativamente. Para comportarse significativamente es necesario sujetarse a ciertas reglas. Una práctica no es simplemente algo que la gente hace, o que mucha gente hace: su rasgo característico es que tiene sentido hablar de una manera correcta y una equivocada de actuar. (Winch 2008, 47).

32. "On ne comprend un texte (ou des symboles) que si on entretient un lien vital à la chose dont Il parle, que si nous sommes concernes par elle, que s'il y a 'participation au sens'. C'est que, explique Ricoeur, 'ce n' est qu' en comprenant que nous pouvons croire'".(Grondin 2013, 69)

33. "Una práctica necesariamente involucra la abdicación de la libertad total de actuar en forma utilitaria y prudencial. Enseñar a participar en una práctica requiere característicamente instruir al otro acerca de las reglas que la definen. Dichas reglas no son simples descripciones de cómo se comportan aquellos que participan de la práctica, no se trata simplemente de que se comporten como SI estuviesen obedeciendo esas reglas. Por ello, es esencial para la idea de práctica que las reglas sean públicamente conocidas y entendidas como definitivas; así como también que dichas reglas puedan ser enseñadas y que su cumplimiento arroje una práctica

El imperio de Ronald Dworkin.indd 173 29/04/2019 16:57:15

lo que la gente hace en una determinada práctica, tampoco son órdenes. Por el contrario, definen la actividad para que puedan ser concebidas como artefactos humanos o invenciones, pero no como órdenes o mandatos emitidos por alguien más. Rawls las denomina reglas que conciben prácticas. Si bien son *preceptivas*, no son órdenes.[34] Son preceptivas como las reglas de la gramática, pero nadie compararía las reglas de la gramática con las leyes del mundo físico, ni con órdenes particulares dirigidas a un sujeto en particular o a un público en general. Si bien son reglas, no son órdenes como la orden de abrir la puerta o de conducir por el lado izquierdo de la calle. Las reglas de la gramática son positivas, porque no son el resultado de la razón pura, ni el objeto de una revelación divina, sino que cumplen la función de definir cómo debe hablarse un lenguaje y no pueden ser dejadas de lado por la voluntad propia de ningún participante de la comunidad del lenguaje.

Los cambios que sufren estas reglas se originan progresivamente, a través del perfeccionamiento de su uso, o drásticamente, cuando se cuestiona todo su sentido. Esto es lo que hacen los abogados en la práctica jurídica.

coherente. Para esta noción, por lo tanto, las reglas no son generalizaciones de las decisiones de individuos que aplican el principio utilitario en forma directa e independientemente de la recurrencia de casos particulares. Por el contrario, las reglas definen una práctica y están en sí mismas sujetas al principio utilitario". (Rawls 1955, 24)

34. Grisez, Germain G., "First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2, The; Note" (1965). Natural Law Forum. Paper 107. http://scholarship.law.nd.edu/nd_naturallaw_forum/107.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 174 29/04/2019 16:57:15

Cuando las cartas del triunfo chocan: Dworkin y la Doctrina de la Proporcionalidad*

*Jacob Weinrib***

En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la proporcionalidad ha emergido en las jurisdicciones de todo el mundo como la principal doctrina para la adjudicación de derechos constitucionales.[1] La doctrina consiste en un conjunto de condiciones que el gobierno debe cumplir para justificar una ley que limita un derecho constitucional. De acuerdo con la formulación canadiense, para iniciar un análisis de proporcionalidad, el gobierno debe demonstrar que la ley impugnada tiene un propósito que es apremiante y esencial en una sociedad libre y democrática. Para satisfacer el análisis de proporcionalidad, el gobierno debe demostrar (1) que los medios que utiliza la ley están razonablemente conectados con el objetivo relevante, (2) que la ley *persigue* este objetivo de manera tal de afectar mínimamente el derecho y (3) que "los beneficios que devengan de la limitación sean proporcionales a sus efectos nocivos según los valores" de una

* Traducido por Magdalena Bulit Goñi.

** Queens Law. Becario postdoctoral Dworkin-Balzan de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Borrador preparado para la conferencia "El Legado de Ronald Dworkin" en la Universidad de Buenos Aires, 7 y 8 de mayo de 2015. Los comentarios son bienvenidos: jacobweinrib@gmail.com

1. La proporcionalidad se originó en los tribunales administrativos de Prusia a fines del siglo XIX, resurgió en Alemania de la postguerra a fines de 1950, en el caso *Liith* (1958), 7BVerfGE 198 y desde entonces ha migrado hacia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Canadá, Sudáfrica, Israel, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Nueva Zelanda, Austria, India, Turquí, Suiza, España, Portugal, América Latina, Brasil, Hong Kong, Corea del Sur, Hungría y Polonia. Dieter Grimm describe a la proporcionalidad como la exportación más significativa de Alemania, Grimm "The Basic Law at 60 – Identity and Change", *Revista Alemana de Derecho*, 11 (2010):42. Sobre la convergencia de los Estados de derecho en la doctrina de la proporcionalidad ver Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 145-210. Con relación a los orígenes históricos de la proporcionalidad, ver David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago: University of Chicago Press, 1994), 307 ff. Y especialmente Alec Stone Sweet y Jud Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008):98 en adelante.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 175 29/04/2019 16:57:15

sociedad democrática y libre.[2] En cada etapa de esta secuencia justificatoria, los gobiernos tienen la carga de justificar la limitación de un derecho constitucional.[3]

Este trabajo ubica la teoría de los derechos de Ronald Dworkin en relación con la proporcionalidad, la doctrina que estructura la práctica de adjudicación constitucional en los sistemas jurídicos alrededor del mundo. Si hay un punto en el que los defensores de la proporcionalidad y sus críticos están de acuerdo es que el modelo de Dworkin de los *derechos como cartas de triunfo* se presenta como una alternativa radical a la doctrina. Los defensores de la proporcionalidad normalmente interpretan que Dworkin ofrece una teoría rigurosa según la cual los derechos no son susceptibles a las limitaciones justificadas que admite la doctrina.[4] Los críticos de la proporcionalidad conciben a esta doctrina como una confusión peligrosa que diluye las protecciones categóricas que aportan los derechos a sus titulares.[5] Al no reconocer que los derechos son cartas de triunfo, la proporcionalidad derrumba la distinción entre los derechos e intereses,[6] principios y políticas.[7] Este trabajo sostiene que cada uno de estos puntos es erróneo. En lugar de estar en oposición a la doctrina de la proporcionalidad, el modelo de Dworkin es un ejemplo de ella. La proporcionalidad formula condiciones que especifican lo que significa tomar en serio los derechos cuando entran en conflicto con otras cartas de triunfo. Es más, cuando Dworkin trata las complejidades morales de estos casos llega a las mismas condiciones que forman la doctrina.

Según me consta, Dworkin no discute expresamente la doctrina de la proporcionalidad en ninguna parte. Cuando se encuentra con cláusulas de limitación en

2. *Thompson Newspapers Co. V. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 SCR 877, parr. 125. Ver también *R v. Oakes*, [1986] 1 SCR 103; *Dasgenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 SCR 835.

3. *R. v. Oakes,* 136-7; *S. v. Makwanyane and Another* (1995) 3 SA 391 (CC), parr.102 y Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, *Los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 28 de septiembre 1987, E/CN.4/1985/4, I.A.12.

4. Ver por ejemplo, Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitaions*, 365; Kai Möller, "Balancing and the Structure of Constitutional Rights", *International Journal of Constitutional Law* 5 (2007): 460; Mattias Kumm, "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement", en *Law, Rights, and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. George Pavlakos, Oxford: Hart Publishing, 2007, 131-2.

5. Neomi Rao, "On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law", Columbia Journal of European Law 14 (2008): 238; Stavros Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights", *International Journal of Constitutional Law 7* (2009): 489; Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 110-14.

6. Alison L. Young, "Proportionality is Dead: Long Live Proportionality", en *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, and Reasoning*, ed. Grant Huscroft, Bradley W. Miller, Grégoire Webber, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 44 y 48.

7. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MIT Press, 1999, 258-9.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 176 29/04/2019 16:57:15

los documentos de derechos humanos, los descarta como el producto de "compromisos políticos" necesarios para atraer el consentimiento de los países vacilantes.[8] Tampoco emplea la terminología distintiva que normalmente asiste a la aplicación de la doctrina.[9] Sin embargo, argumentaré que cuando uno cambia el enfoque de las palabras de Dworkin hacia sus ideas, se disuelve el antagonismo entre los derechos como ejemplo de cartas de triunfo y la doctrina de la proporcionalidad.

Dado que mi objetivo es centrarme en la interconexión entre los derechos como ejemplo de cartas de triunfo y la doctrina de la proporcionalidad, me abstraeré, en gran medida, de dos conjuntos de controversias interpretativas. La primera se refiere a la mejor manera de entender la evolución y la unidad de la teoría (o teorías) de los derechos de Dworkin.[10] La segunda refiere a la mejor manera de entender la justificación de la doctrina de la proporcionalidad, la relación entre sus condiciones y la importancia de las variaciones en la forma en que la doctrina se conceptualiza y se formula en diferentes jurisdicciones constitucionales.[11] Mi objetivo principal en este trabajo no es contribuir directamente con cualquiera de estos debates, sino explorar el terreno en el que se superponen.

1. Las cartas de triunfo y sus límites

La caracterización que hace Dworkin de los derechos como ejemplos de cartas de triunfo surge de la simple idea de que los derechos fundamentales tienen un

8. Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 49 (en adelante *Is Democracy Possible Here?*).

9. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, 117.

10. Para discusiones críticas de los tratamientos de la naturaleza y la justificación de los derechos de Dworkin, véase, por ejemplo, Richard H. Pildes, "Dworkin's Two Conceptions of Rights", *Journal of Legal Studies* 29 (2000): 309-315 (distinguiendo entre derechos como inmunidades que protegen a los individuos de las preferencias de la mayoría y los derechos como restricciones al tipo de razones por las que la mayoría puede infringir los intereses individuales); Paul Yowell, "Critical Examination of Dworkin's Theory of Rights", *American Journal of Jurisprudence* 52 (2007): 93-137 (haciendo hincapié en la incongruencia entre la comprensión de los derechos como la protección de intereses blindados y excluyendo las preferencias externas); and Donald H. Regan, "Glosses on Dworkin: Rights, Principles, and Policies", *Michigan Law Review* 76 (1978): 1221 (identificando los ensayos de Dworkin "sobre las preferencias externas como disquisiciones interesantes de la corriente principal de"su teoría de los derechos). Para una interpretación que pretende introducir una mayor coherencia en la teorización de Dworkin sobre los derechos alineándolo exclusivamente con la restricción contra el recurso a las preferencias externas, ver Jeremy Waldron, "Pildeson Dworkin's Theory of Rights", *Journal of Legal Studies* 29 (2000): 301-307.

11. Véase por ejemplo, Jacob Weinrib, *Dimensions of Dignity: The Theory and Practice of Modern Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, Studies in Constitutional Law Series, proximamente, ch. 7.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 177 29/04/2019 16:57:15

estatus elevado con respecto a una serie de objetivos colectivos afirmados en nombre del interés público, incluidos los servicios públicos, la preferencia popular, los costos no prohibitivos, y la conveniencia administrativa. Como expone Dworkin: "los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, un objetivo colectivo no es suficiente justificación para denegarles lo que desean tener o hacer como individuos o cuando no es justificación suficiente para imponerles una pérdida o un daño".[12] En lugar de concebir los derechos como la libertad que permanece luego de que el gobierno haya promovido los objetivos colectivos, Dworkin invita a sus lectores a entender los derechos como una limitación de su búsqueda. Suponer lo contrario, insiste, es abandonar la idea de que los derechos de los individuos pueden limitar la conducta de su gobierno.[13]

Una vez que los derechos se entienden de esta manera, debe resistirse la tentación de equilibrar los derechos fundamentales respecto de los objetivos colectivos.[14] Esto es así porque si la naturaleza deun derechoes imponerse a los objetivos colectivos, entonces los derechos y los objetivos no compiten entre sí en un plano común. En su lugar, cualquier instancia de un derecho fundamental prevalece sobre cualquier instancia de un objetivo colectivo. Incluso en los casos en que la infracción marginal de un juicio podría hacer una contribución significativa a un objetivo colectivo, el disfrute del derecho no puede restringirse. Los objetivos colectivos pueden violar derechos pero no puede haber conflictos entre ellos.

La afirmación de que ciertos tipos de consideraciones están subordinadas a los derechos no equivale a la afirmación de que los derechos como *tales* son absolutos. De este modo, Dworkin explica que la limitación de la libertad exige "una justificación especial más poderosa e imperiosa que la justificación" que el gobierno debe proveer para "otras decisiones políticas".[15] En *Los derechos en serio* delimita los motivos por los que los derechos podrían verse limitados justificadamente:

> Tampoco quiero exagerar. Quien afirme que los ciudadanos tienen un derecho en contra del Gobierno no necesita ir tan lejos como para decir que el Estado no tiene nunca una 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... Lo que no puede hacer es decir que el Gobierno está justificado para invalidar un derecho basándose en los fundamentos mínimos que serían suficientes si tal derecho no existiera. No puede decir que el Gobierno está autorizado a

12. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, xi.

13. Ibídem, 194.

14. Ibídem, 197-8. Ver también Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, Londres, Chatto & Windus, 1990, 10 y Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, 27 ff.

15. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, 127.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 178 29/04/2019 16:57:15

> actuar sin más base que un juicio según el cual es probable que, en términos generales, su acción produzca un beneficio a la comunidad. Tal admisión despojaría de sentido a las reclamaciones de derecho".[16]

Para Dworkin los derechos superan una serie de consideraciones subordinadas, pero, sin embargo, pueden ser limitados cuando aparece una carta de triunfoen el ladoopuesto dela disputa. En estos casos, un derecho podría estar en conflicto con otro derecho o con algún objetivo de "especial urgencia".[17]

El ejemplo de los derechos concurrentes de Dworkin involucra la ley de difamación. En este dominio, el derecho fundamental de la libertad de expresiónestá limitado con el fin deproteger el "derecho de los demás a no tener sus reputaciones arruinadas por una declaración desconsiderada".[18] Dworkin está convencido de que la difamación no es un ejemplo aislado: "los derechos individuales que nuestra sociedad reconoce a menudo entran en conflicto de esta manera, y cuando lo hacen es el trabajo del gobierno discriminar".[19] Además, indica que, cuando las consideracionesde este tipoestán en juego, el equilibrio es inobjetable: "equilibrar es apropiado cuando el Gobierno debe escoger entre demandas de derecho concurrentes".[20]

Dworkin también acepta que ciertos tipos de objetivos pueden justificar la limitación de un derecho constitucional. Destaca que los "objetivos de rutina ordinarios de la administración política" no pueden justificar la limitación de un derecho– de lo contrario la afirmación de que los derechos son cartas de triunfo carecería de sentido.[21] Dworkin caracteriza a un objetivo según qué derechos podrían ser limitados justificadamente como "razón contundente" que "sea consistente con los supuestos en los que debe basarse el derecho original".[22] Explica que estas suposiciones refieren a "la vaga pero poderosa idea de la dignidad humana" o "la idea más familiar de la igualdad política".[23] Por lo tanto, la afirmación de Dworkin es que el único tipo de objetivo que puede justificar la limitación de un derecho fundamentales el que se adhiere a la base normativa general sobre el que se apoyan los derechos fundamentales. Su ejemplo típicode este objetivo es una emergencia:

16. *Taking Rights Seriously*, 191-2. La versión original es: "individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury on them".

17. Ibídem, 92.

18. Ibídem, 193.

19. Ídem.

20. *Taking Rights Seriously,* 92.

21. *Taking Rights Seriously,* 92.

22. Ibídem, 200. Para una discusión útil sobre este pasaje ver François du Bois, "Rights Trumped? Balancing in Constitutional Adjudication", *Acta Jurídica* (2004): 160-1.

23. *Taking Rights Seriously,* 198.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 179 29/04/2019 16:57:15

> Un derecho puede ser considerado como una carta de triunfo, además, aun cuando no podría triunfar sobre el interés general en casos de emergencia: cuando intereses concurrentes son graves y urgentes, como suelen ser cuando están en riesgo grandes números de vidas o la supervivencia de un estado. Entonces, podríamos decir, la carta de triunfo se ve triunfada no por una justificación común sino por una carta de triunfo más alta.[24]

Desde el punto de vista de los derechos como cartas, los derechos se ubican en distintos tipos de relaciones respecto de los diferentes tipos de objetivos. Los derechos triunfan sobre cualquier objetivo que es ajeno a la suposición moral sobre la que se basan. Por el contrario, cualquier objeto que refleje la base subyacente de los derechos es en sí mismo una carta de triunfo. Mientras que los derechoslimitan elprimer tipodeobjetivo, pueden estar limitados porel último.

Una distinción similar surge de la condición límite que precede a la aplicación de la doctrina de la proporcionalidad. Consideremos el enfoque de la Suprema Corte de Canadá. La cláusula delimitación en la "*Carta Canadiense de Derechos y Libertades*" garantiza los derechos y libertades enunciados en ella sujetos únicamente a los límites razonables prescritos porla ley que se puedan justificar de manera demostrable en una sociedad librey democrática.[25] Dickson, presidente de la Suprema Corte, interpretó que esta disposición indica que "los valores fundamentales de una sociedad libre y democrática"[26] tienen una "doble función".[27] Como afirmó en *R.c. Oakes*, el caso canadiense embrionario sobre la limitación de los derechos constitucionales:

"Los valores y principios subyacentes de una sociedad libre y democrática son la génesis de los derechos y libertades garantizados por la Carta y el último estándar contra el cual se debe probar que un límite aun derecho o libertad, a pesar de su efecto, es razonable y está fehacientemente justificado".[28]

Para el juez Dickson, los valores y principios subyacentes de una sociedad libre y democrática fundan todos los derechos constitucionales y todas las limitaciones justificadas.[29] La fidelidad a estos valores constitucionales exige al gobierno cumplir con los derechos constitucionales o justificar su limitación, apelando a sus valores subyacentes. Una vez que un tribunal determina que una ley viola

24. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 473. Ver también *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, 127 and *Is Democracy Possible Here*, 50.

25. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1, Parte I de la Constitución, 1982, siendo la Lista B de la Ley Canadiense 1982 (U.K.), 1982, c. 11, s. 1.

26. *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 SCR 1038, 1056.

27. *R v. Keegstra*, [1990] 3 SCR 697, 736.

28. *R. v. Oakes*, 136.

29. Ídem. Ver también *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor* [1990] 3 SCR 892, 916: "lo que es de suma importancia es el reconocimiento de que s. 1 garantiza tanto los derechos y las libertades de la Carta como los limita en referencia a los principios fundamentales en una sociedad libre y democrática".

El imperio de Ronald Dworkin.indd 180 29/04/2019 16:57:15

un derecho constitucional, si el gobierno pretende mantener la validez de la ley, tiene la carga de justificar la infracción mediante la demostración de que la ley promueve un objetivo que se adhiere a estos valores. Tales objetivos incluyen, *inter alia*, "la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de otros".[30] Alternativamente, los objetivos que son "triviales o discordantes respecto de los principios de una sociedad libre y democrática" son incapaces de justificar la limitación de un derecho constitucional.[31] El tribunal ha sostenido que tales objetivos incluyen la utilidad, el coste no prohibitivo y la conveniencia administrativa – los mismos objetivos colectivos que Dworkin considera como subordinados a los derechos.[32]

La condición de límite para aplicarla doctrina de la proporcionalidad replica la estructura de los derechos como ejemplos decartas de triunfo. La afirmación-compartida noes que los derechos normalmente superan los objetivos que no se adhieren a las suposiciones subyacentes a los derechos, sino que estos objetivos son incapaces de justificarla infracción de un derecho. La doctrina de la proporcionalidad aplica a los casos en que un derecho supuestamente es confrontado por una instancia concurrente de su fundamento subyacente. Para plantearlo en los términos de Dworkin, la proporcionalidad aplica a los casos en los que el gobierno alega que un derecho está en conflicto con otra carta de triunfo.

2. Colisión entre cartas de triunfo

Los críticos de la proporcionalidad que desean incorporar a Dworkin a su causa a veces advierten que no respalda "el principio de proporcionalidad o equilibrio como una parte inherente del análisis de los derechos".[33] Vimos en el apartado anterior que Dworkin acepta que la ponderación es apropiada para casos

30. *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295, para. 95. Para una lista similar de objetivos, ver the *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, 28 septiembre de 1984, E/CN.4/1985/4.

31. *R v. Oakes*, 138-9. En Alemania, la condición límite es más débil: un objetivo legítimo puede, en principio, justificar la violación de un derecho constitucional. Esto significa que los derechos pueden no ser limitados en aras de objetivos que son discordantes con los principios de una sociedad libre y democrática, sinoque por objetivos *triviales* pueden promover el análisis de proporcionalidad. Desde un punto de vista dworkiniano, el problema es que el enfoque alemán no excluye la posibilidad de que los derechos estén sujetos a un balance con relación a las consideraciones sobre las que triunfan. Sobre el enfoque alemán, ver Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence", *University of Toronto Law Journal* 57 (2007): 388-9.

32. Ver por ejemplo, *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 SCR 177, parágr. 70.

33. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, 117.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 181 29/04/2019 16:57:15

de triunfos que compiten entre sí.[34] Esta sección sostiene que cuando Dworkin se relaciona con las complejidades morales de estos casos, invoca las mismas condiciones que conforman la doctrina.

La doctrina de la proporcionalidad consiste en tres condiciones que el gobierno debe satisfacer para justificar la vulneración de un derecho constitucional. La primera y la segunda de estas condiciones –conexión razonable y mínima afectación– examinan la afirmación del gobierno de que un derecho está en conflicto con otra carta de triunfo. La tercera –la proporcionalidad *stricto sensu*– refiere al deber del gobierno en los casos de cartas de triunfo concurrentes.

Para satisfacer el requisito deconexión razonable, el gobierno debe establecer que los medios utilizados por la ley que vulneran los derechos contribuyen al objetivo de la ley. Si el gobierno falla al satisfacer esta condición, la ley impugnada no puede ser justificada porque limita a un derecho en pos de la realización de un objetivo que la vulneración no promueve. En tales casos, la justificación para la limitación de derechos constitucionales falla porque no importa cuán esencial es el objetivo de cumplir con las suposiciones morales de los derechos subyacentes, el objetivo no es promovido por los medios que emplea la ley. Por lo tanto, en la medida en que el derecho se viola, la infracción es gratuita. Dworkin no usa el término *conexión razonable*, pero invoca repetidamente este requisito. Por ejemplo, en *Life's Dominion* rechaza el argumento de que el estado debería prohibir el aborto con el argumento de que:

> [...] una sociedad en la que el aborto es tolerado es una sociedad que concibe la vida humana como algo barato y en la que la gente común tiene más probabilidades de ser asaltada y asesinada. Obviamente, el proteger a las personas de un ataque asesino es un objetivo legítimo de la sociedad. Pero este argumento sigue siendo insatisfactorio, en tanto un Estado necesita una razón de peso para justificar la prohibición del aborto y, por tanto, la fuerte evidencia de que la prohibición es necesaria. No hay evidencia, más allá de la especulación más infundada, de que permitir el aborto de los fetos no viables genera una cultura en la que las personas toman una actitud más insensible hacia el asesinato de niños o adultos. En efecto, el aborto dentro del primer trimestre de embarazo está permitido libremente en muchos países europeos y estas son sociedades mucho menos violentas que lo que son muchas comunidades estadounidenses actualmente o que lo que eran cuando el aborto estaba, en gran parte, prohibido.[35]

34. Ver la nota 17. Sobre la compatiilidad de las cartas de triunfo y el equilibrio ver, see Matthias Klatt and Moritz Meister, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 27.

35. *Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1993, 115. Ver también *Is Democracy Possible Here?*, 50 (considerando que la política estadounidense "de encarcelamiento en Guantánamo sin ningún cargo o juicio"

El imperio de Ronald Dworkin.indd 182 29/04/2019 16:57:15

El punto de Dworkin es que aun cuando un estado invoca un objetivo apropiado para limitar un derecho, en tanto la conexión entre la limitación y la realización del objetivo es especulativa, el objetivo fracasa como justificativo de la limitación. Un derecho no es considerado seriamente si es limitado por el bien de una carta de triunfo que no es promovida por la limitación. Como Dworkin expone el punto en *Los derechos en serio*, si permitimos que los derechos sean limitadossobre la base de la "especulación" o "supuestos vagos" en cuanto a su relación con un objetivo convincente, entonces "hemos aniquilado los derechos".[36]

La satisfacción de la condición de conexión razonable no es suficiente para justificar la limitación de un derecho constitucional. Aun cuando la limitación de derechos promueva el objetivo de la ley, sigue siendo posible que el objetivo sea logrado a través de medios que sean menos perjudiciales para el derecho. La mínima afectación requiere que el gobierno busque la realización de su objetivo a través del medio que perjudique los derechos en la menor medida. El hecho de no cumplir con el requisito de la mínima afectación indica que el conflicto entre el derecho y el objetivo compensatorio se ha sobrestimado. Si el objetivo puede ser logrado perjudicando en la medida mínima el derecho, entonces un perjuicio más grave no puede ser justificado. En *Freedom's Law*, Dworkin invoca el requisito de una afectación mínima en un debate sobre la libertad de expresión. Sugiere que si es ciertoque "ciertas formas de pornografía" representan un "peligro claro y presente" para la seguridad de las mujeres, la censura de esas formas estaría justificada "salvo que métodos menos severos de control, tal como la restricción de la audiencia de la pornografía, sería viable, apropiada y efectiva".[37]

La satisfacción del requisito de la afectación mínima establece que un derecho está en conflicto con otra carta de triunfo. Esto significa que no es posible realizar completamente una de las cartas de triunfo sin afectarla otra. Si las cartas de triunfo colisionan, surge una pregunta difícil: ¿cuál es el deber del gobierno respecto de las cartas de triunfo concurrentes? En *Los derechos en serio*, Dworkin parece rechazar la cuestión cuando sugiere que, en casos de conflicto, "el gobierno no puede hacer nada más que estimar los fundamentos de los derechos concurrentes, y actuar en consecuencia".[38] Esta declaración podría sugerir que no existe una norma moral para la evaluación de la acción (o inacción) del gobierno en

---

no puede ser justificada porque viola los derechos de forma que no está "bien calculado para terminar o incluso reducir" significativamente el peligro de ataques terroristas contra Estados Unidos).

36. *Taking Rights Seriously*, 195-6.

37. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 219. Para un ejemplo similar en el contexto de libertad de expresión ver *Taking Rights Seriously,* 204 (argumentando que el gobierno "puede evitar que un hombre que ejerce su derecho de hablar cuando existe un riesgo claro y sustancial de que su discurso va a hacer un gran daño a una persona o a la propiedad de otras personas y no tiene disponible ningún otro medio para prevenirlo como en el caso del hombre gritando '¡Fuego!' en el teatro").

38. *Taking Rights Seriously*, 199.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 183 29/04/2019 16:57:15

los casos en los que las cartas de triunfo entran en conflicto. En la ausencia de tal estándar, cuando las cartas de triunfo colisionan, el gobierno no puede hacer ningún daño. Sin embargo, esta no puede ser la visión de Dworkin porque, unas páginas antes, después de reconocer que los "derechos individuales que nuestra sociedad reconoce a menudo entran en conflicto", sugiere inmediatamente que cuando el gobierno se enfrenta a cartas de triunfo que compiten entre sí debe tomar "la decisión correcta" defendiendo a la "más importante de las dos".[39] Por lo tanto, Dworkin se ha comprometido con la opinión de que hay un estándar por el que se puede evaluar la legitimidad dela conducta del gobierno respecto de las cartas de triunfo en conflicto. Entonces, ¿cuál es ese estándar?

La teoría de Dworkin provee una respuesta a esta pregunta. Recordemos que, según su punto de vista, todas las cartas de triunfo –esto es, todos los derechos fundamentales y todos los fundamentos de limitación admisibles– son instancias del deber general del Estado de proteger la dignidad humana y la igualdad política.[40] Por lo tanto, estos principios constituyen una base común para considerar el grado en que se infringe un derecho y el significado de la carta de triunfo a la que se opone.[41] La teoría de Dworkin encaja con la proporcionalidad *stricto sensu*, la etapa final del análisis de proporcionalidad. Este término fue acuñado por el especialista en derecho administrativo alemán Rupprecht von Krauss, que lo concibió en términos de "relacionar dos o más cantidades que se pueden establecer en contra de un criterio común".[42] El derecho y el objetivo de competir pueden concebirse como cantidades, ya que cada uno puede cumplirse en distintos grados. La infracción de un derecho puede ser leve o grave, al igual que el grado en que una limitación fomenta un objetivo compensatorio. El criterio con el que se pueden definir estas cantidades son las suposiciones morales comunes a cada uno. La proporcionalidad *stricto sensu* cuestiona si la limitación promueve la realización de los supuestos morales que subyacen a las cartas de triunfo concurrentes.

Dworkin parece invocar la condición de proporcionalidad *stricto sensu* cuando, en una discusión sobre el conflicto entre el deber del gobierno de proteger los derechos humanos y de su deber de proteger a los habitantes del terrorismo,

39. Ibídem, 194.

40. Ibídem, 198. En la dignidad y la igualdad como unificadora de todos los derechos políticos, ver *Justice for Hedgehogs*, 330.

41. Sobre la aplicabilidad de las consideraciones cuantitativas a los conflictos entre los triunfos, ver Jeremy Waldron, "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Journal* 45 (1994): 816-7: "Si los diamantes son triunfos, incluso el dos de diamantes triunfa sobre el as de picas. Pero el ejemplo de carta de triunfo no excluye por completo las consideraciones cuantitativas. Se sugiere (...) que puede haber opciones adicionales que esténentre los propios triunfos, y de puedan hecho sopesarse y confrontarse: si los diamantes son triunfos entonces puedo triunfar sobre el dos de diamantes con un tres de diamantes".

42. Rupprecht von Krauss, *Der Grundsatz der Ver hältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels in Verwaltungsrecht* (1955), 14.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 184 29/04/2019 16:57:15

advierte que lo incorrecto de suponer "que cualquier acto que mejora nuestra propia seguridad, no importa cuán marginalmente, está por ello justificado".[43] Dworkin responde, por un lado, observando cómo las prácticas como la tortura y la detención preventiva constituyen infracciones sorprendentemente graves de los derechos humanos, y teniendo en cuenta, por otra parte, que "la emergencia no es lo suficientemente grave como para justificar estas prácticas".[44] Si bien la seguridad es el tipo de objetivo por el cual pueden infringirse derechos justificadamente, las suposiciones subyacentes a los derechos no son un objetivo por el cual se puedan infringir gravementelos derechos en pos de una leve mejora en la seguridad.[45]

En respuesta a las complejidades morales de los casos en los que los derechos están presuntamente en conflicto con otras cartas de triunfo, Dworkin apela a las condiciones que preceden y conforman la doctrina de la proporcionalidad.[46] Además, Dworkin afirma la condición que se aplica a cada una de ellas: "el gobierno debe asumir la responsabilidad de demostrar que *cualquier* interferencia con *cualquier* parte de las libertades fundamentales es realmente necesaria para conseguir algún objetivo esencial".[47] La doctrina de la proporcionalidad toma diversas condiciones que se encuentran dispersas a lo largo del corpus de Dworkin y las consolida en una secuencia de condiciones para la identificación de los casos

43. *Is Democracy Possible Here?*, 50.

44. Ibídem, 26.

45. Para una ilustración del punto de Dworkin ver HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council* v. *Israel* [2004] IsrSC 58(5) 807. Cuando el gobierno israelí planeó construir un muro de separación para prevenir ataques terroristas, los residentes de Cisjordania presentaron reclamos ante la Suprema Corte israelí, alegando que el muro de separación –gran parte del cual había sido construido en tierras de Cisjordania– representaba una grave violación de sus derechos, incluido su derecho a la propiedad, la libertad de movimiento y la libertad de ocupación. Aplicando la doctrina de la proporcionalidad, la Corte determinó que el gobierno actuó en cumplimiento de un objetivo apropiado (seguridad), obteniendo una conexión racional entre los medios (la construcción del muro de separación) y el objetivo, y que no había medios alternativos que cumplieran en el mismo grado de seguridad menoscabando los derechos de los residentes de Cisjordania, en una menor medida. Sin embargo, la Corte sostuvo que el gobierno no había cumplido el requisito de proporcionalidad en *stricto sensu*, ya que, como el juez Barak dijo más tarde, una ruta alternativa estaba disponible: 'siempre un poco menos de seguridad y mucha más protección de los derechos humanos", Barak, "Proportional Effect: The Israeli Experience", *University of Toronto Law Journal* 57 (2007): 376.

46. No quiero ir demasiado lejos y decir que todas las discusiones de Dworkin sobre los derechos y sus límites se adhieren a la lógica de la doctrina de la proporcionalidad. Por ejemplo, los críticos de Dworkin han notado que, a veces, Dworkin demuestra un afán por evitar las complejidades de los conflictos constitucionales mediante el reconocimiento de la presencia de una carta de triunfo de un lado de una disputa, aunque insiste en que solo consideraciones de preferencia populares se encuentran en el otro. Ver por ejemplo, Rae Langton, "Whose Right? Dworkin, Women and the Pornographers", *Philosophy and Public Affairs* 19 (1990): 326-7 y Susan J. Brison, "The Autonomy Defense of Free Speech", *Ethics* 108 (1998): 325.

47. *A Bill of Rights for Britain*, 11.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 185 29/04/2019 16:57:15

de conflicto constitucional y la determinación de la obligación del gobierno con respecto a ellos. El resultado es que los derechos como ejemplo de carta de triunfo son coherentes con la doctrina de la proporcionalidad, pero la proporcionalidad ofrece una orientación doctrinal que carece del modelo.

3. Conclusión

Al tener en cuenta la interconexión entre la exposición teórica de los derechos de Dworkin y la doctrina de la proporcionalidad, se pueden hacer dos críticas. La primera es que la teoría de los derechos de Dworkin carece de recursos para pensar en los casos en los que los derechos entran en conflicto con otras cartas de triunfo.[48]

La segunda es que al especificar las condiciones en las que los derechos pueden ser vulnerados justificadamente, la doctrina de la proporcionalidad no toma en serio los derechos.[49] Estas críticas están relacionadas. Para la elaboración de lo que significa tomar en serio los derechos, Dworkin ofrece una base teórica para las condiciones que preceden y conforman la doctrina de la proporcionalidad. A su vez, la doctrina proporciona una forma de ordenar las consideraciones parciales a las que Dworkin apela en una secuencia ordenada de condiciones. Un gobierno que toma muy en serio los derechos no los subordina en aras de promover un objetivo que es extrínseco a sus suposiciones subyacentes. Tampoco dicho gobierno limita los derechos gratuitamente, ya sea mediante la limitación de los derechos en aras de un objetivo que la limitación en realidad no promueve o limitando el derecho a un mayor grado de lo que exige el objetivo. Por último, un gobierno que toma en serio los derechos limita los derechos solo en los casos en los que la limitación favorece las suposiciones sobre las que descansan los propios derechos. Estas condiciones forman una explicación de lo que significa tomar en serio los derechos siempre que se proponga su limitación.

48. Lorenzo Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, Oxford University Press, 2007, xii: "Dworkin define como derechos los triunfos sobre la utilidad, atando ineludiblemente derechos y servicios públicos. Sin embargo, tal concepción no deja lugar para la posibilidad de conflictos que postula la existencia de dos argumentos no utilitarios que se oponen entre sí".

49. Ver, por ejemplo, Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights", 489.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 186 29/04/2019 16:57:16

Jugando en la catedral: cadáver exquisito, novela encadenada y más allá*

*Roberto P. Saba***

Los artistas del movimiento Dadá se rebelaron contra la cultura de la razón. Creían que los acólitos de la razón eran los responsables de muchos de los males que habían asolado al mundo y que culminaron en las guerras mundiales de la primera mitad del S. XX. Uno de sus blancos favoritos era el propio lenguaje, en tanto que principal forma de expresión de la cultura de la razón que había llevado a la humanidad al borde del abismo, si no la había hundido ya en sus profundidades.[1] Su rebelión se puso de manifiesto tanto en su arte visual como en su poesía.

Algunos de los artistas del movimiento Dadá iniciaban el proceso creativo con un juego al que llamaron *el cadáver exquisito*.[2] Esta experiencia lúdica, en la que participaban tanto artistas visuales como poetas, comenzaba con uno de los jugadores escribiendo el primer verso de un poema que sería una empresa conjunta. El verso se escribía en la parte superior de una hoja en blanco y luego era ocultado, doblándose el papel de modo que el segundo jugador no pudiera leerlo. Este recibía lo que, en apariencia, era una hoja en blanco, sabiendo

* Traducido por Ezequiel Monti.

** Universidad de Buenos Aires - Universidad de Palermo.

1. Leah Dickerman y Matthew S. Witkovsky, *The Dada Seminars*, National Gallery of Art, Washington, D.A.P, 2005. Véase también: Henri Béhar y Michel Carassou, *Dada. Historia de una subversion*, Barcelona, Península, 1990.

2. El juego fue creado a partir de un viejo juego de mesa y popularizado por los miembros de la corriente surrealista a principios del S. XX. Robert Desnos, Paul Eluard, André Bretón y Tristán Tzara, quienes solían jugarlo, creían que la creación, en particular la creación poética, debía ser anónima, realizada en grupos y lo más intuitiva, espontánea, lúdica y automática como fuera posible. En el *cadáver exquisito,* aspectos completamente accidentales desempeñan un papel crucial. En las creaciones artísticas desarrolladas de este modo los nombres de los autores son suprimidos, concibiéndose a la obra como una creación grupal en la que domina la combinación contingente de sus partes componentes. Una variante del *cadáver exquisito* es la que corresponde a la costumbre de ciertos autores de terminar los poemas comenzados por sus colegas. En la Argentina, bajo el seudónimo común de H. Bustos Domecq, Jorge Luis Borges y Adolfo Bioy Casares escribieron un famoso cadáver exquisito: *Seis problemas para Don Isidro Parodi*.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 187 29/04/2019 16:57:16

únicamente que allí estaba, oculto, el primer verso del poema que ayudaría a completar. De esta manera, el segundo jugador/poeta escribía el segundo verso del poema en total libertad, sin saber lo que había sido dicho en el primero, y así sucesivamente con los restantes poetas. Luego de varias rondas de versos escritos por diferentes autores/jugadores, la hoja contenía una cantidad de versos ocultos entre sus pliegues. Al finalizar la etapa de escritura, el papel se desplegaba dando como un resultado un poema que había sido escrito colectivamente y que carecía totalmente de sentido, casi como en una pintura del artista argentino León Ferrari en la que el dibujo se parece a un texto escrito a mano pero que, visto de cerca, no contiene palabras. El lenguaje había sido derrotado, llevándose consigo a la razón y a la cultura. De acuerdo con el *Diccionario abreviado del Surrealismo* de André Breton, el nombre del juego tiene su origen en las primeras palabras del primer poema escrito utilizando este experimento creativo: 'El Cadáver - Exquisito - beberá - el joven vino'.[3]

Un procedimiento similar era practicado por artistas con dibujos.[4] Cada artista añadía su contribución, la escondía doblando la hoja de papel donde estaba dibujada, y la pasaba al siguiente artista, quien añadía su parte usando solo las terminaciones de las líneas dibujadas por el otro artista como puntos de referencia. El resultado era una serie de figuras monstruosas y carentes de sentido. André Breton describió estos experimentos con una inusual teoría de lo que llamó 'construcción común'.[5]

Ronald Dworkin, en su libro *Law's Empire*, apela a la descripción de otro juego para ilustrar su teoría del derecho y de la interpretación jurídica.[6] Se trata de la novela encadenada y se asienta en la idea de la bondad de la razón y la integridad del lenguaje o, más precisamente, de la obra literaria y, en particular, de la novela como género. Esta experiencia lúdica, como bien se sabe, involucra a un grupo de jugadores que se proponen, de un modo similar a los poetas dadaístas, escribir o construir una novela en forma colectiva, con contribuciones de diferentes individuos. Sin embargo, contrariamente a sus contrapartes lúdicas del

3. Otros ejemplos son: "El dormitorio de niñitas friables pone correctamente a la odiosa caja" y "La ostra Senegal comerá el pan tricolor'. Se consideraba que estos fragmentos poéticos revelaban lo que Nicolas Calas caracterizó como la "realidad inconsciente en la personalidad del grupo" resultante de un proceso de, como lo llamó Ernst, 'contagio mental'. Véase: *Dada & Surrealist Art*, por William S. Rubin, Chief Curator of the Painting and Sculpture Collection, The Museum of Modern Art, New York, Nueva York: Harry N. Abrams, Inc., 1968.

4. El juego fue adaptado a las posibilidades del dibujo, e incluso del collage, mediante la asignación a cada jugador de una sección de un cuerpo. Interesantes *cadavres exquis* fueron reproducidos en una edición especial de *Variétés* titulada "Le Suréalisme en 1929". Véase: *Dada & Surrealist Art*, por William S. Rubin, Chief Curator of the Painting and Sculpture Collection, The Museum of Modern Art, New York. Publisher: Harry N. Abrams, Inc., Nueva York 1968.

5. André Breton, "El surrealismo en sus obras vivas" (1953) en André Breton, *Manifiestos del Surrealismo*, Barcelona, Editorial Labor, 1992, pp. 327-338.

6. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 228-232.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 188 29/04/2019 16:57:16

movimiento artístico controversial, los narradores dworkinianos son plenamente conscientes de lo que ha sido escrito previamente. Esta conciencia, que es clave para el proceso de escritura en cadena, restringe pero no anula la libertad de los sucesivos escritores. En este sentido, con el objetivo de preservar la integridad del texto, una cualidad ausente en los textos Dadá, cada narrador no solo conoce lo que ha sido escrito previamente sino que también está limitado por ello en cuanto a las opciones para su propio texto. El resultado final, alejado de los textos carentes de sentido de los dadaístas, es una novela cuyo sentido reside en que los capítulos escritos sucesivamente por los diferentes autores componen un texto integral, muy diferente de los textos *desintegrados* del *cadáver exquisito*. Para Dworkin, la novela encadenada es, al igual que el *cadáver exquisito* para Breton, una construcción colectiva pero, contrario a esta, no se trata de la construcción colectiva de un sinsentido sino de un texto significativo.

Carlos Nino desarrolló otra metáfora, muy relacionada con la de la novela encadenada de Dworkin, para describir su propia teoría de cómo funciona el derecho. Nino nos propone pensar en la construcción colectiva de una catedral medieval, como la que fue construida en Colonia, Alemania, que involucra a muchas personas de distintas generaciones realizando contribuciones a una empresa común aunque, a fin de mantener la integridad del edificio, todas están más o menos limitadas por el trabajo realizado por los trabajadores de las generaciones previas. A pesar de las similitudes entre las metáforas de Nino y Dworkin, creo que la de Nino añade una dimensión relevante al reflejar el aspecto intergeneracional de la construcción de un sistema jurídico, algo que también está relacionado con algunas teorías de la democracia que critican a la democracia constitucional por ser un régimen en el que los vivos son gobernados por los muertos.

En resumen, Nino y Dworkin argumentan que el derecho es una construcción colectiva significativa, basada en principios elegidos por el pueblo y justificados en razones morales. Los intérpretes jurídicos, entre ellos los jueces, deben hacer su parte en esta construcción siendo conscientes del hecho de que son parte de una empresa colectiva. El *stare decisis* o regla del precedente, aunque no es suficiente, podría justificarse en el presupuesto de que cada decisión realizada por un juez interpretando el derecho es otro ladrillo en la catedral de Nino. Sin embargo, las decisiones judiciales no son el único material relevante a ser tenido en cuenta para mantener la integridad el derecho, las decisiones de legisladores y funcionarios de la administración como las de los constituyentes son también parte de la construcción común y deben ser consideradas como relevantes por cada intérprete. La tradición del derecho continental rechaza el *stare decisis* basándose en cierta idea de lo que es el derecho –un texto– y de la democracia y la separación de poderes –el pueblo es soberano y su voluntad es expresada por el Congreso o Parlamento– cuya consecuencia es que los jueces no están obligados, ni siquiera invitados, a considerarse a sí mismos como parte de una empresa colectiva en el proceso de construir el significado del derecho. Así, la pregunta que quisiera

El imperio de Ronald Dworkin.indd 189 29/04/2019 16:57:16

examinar es si los jueces de los sistemas jurídicos en la tradición continental –o los jueces formalistas en general– están, sin darse cuenta, jugando al cadáver exquisito en lugar de a la novela encadenada.

Ambos teóricos han desarrollado sus respectivas teorías viniendo de tradiciones muy diferentes. Dworkin escribe desde el contexto angloamericano, perteneciendo él mismo a la tradición del *common law*. Nino escribe, en cambio, para la versión argentina de la tradición continental. Sin embargo, ambos autores comparten una misma visión de lo que es el derecho y de cómo funciona, lo que muestra que su comprensión del derecho como integridad no es exclusiva de ninguna de las dos tradiciones, así como el formalismo no pertenece únicamente al derecho civil continental.

Nino y Dworkin desarrollaron sus teorías teniendo en mente dos enemigos en común: el formalismo y su concepción del derecho según la cual puede ser interpretado sin apelar a principios –como argumenta, por ejemplo, Scalia–, por un lado; y una cierta forma de relativismo según la cual el significado del derecho depende exclusivamente de los principios en los que cree el intérprete o la comunidad –entendida como la mayoría–, por el otro. Es importante señalar que, a veces, el formalismo se presenta como una reacción a la amenaza del relativismo, mientras que, a su vez, el relativismo es presentado como una reacción al *error* de la idea formalista según la cual el derecho puede ser aislado de la moral y la política. Además, el argumento a favor del formalismo ha sido, y aún es, asociado a la defensa de la democracia y en contra de la discreción de los jueces en la aplicación del derecho, tanto en la tradición del *common law* como en la del derecho continental. Las teorías radicales de la democracia, como la que acompañaba a la Revolución Francesa en la Europa continental, así como ciertas concepciones sostenidas por abogados del *common law*, como Antonin Scalia, identifican al formalismo como el antídoto contra la manipulación judicial de la voluntad del pueblo expresada en la legislación aprobada por el Parlamento o el Congreso.

En resumen, argumentaré aquí a favor del valor de las contribuciones de Nino y Dworkin en respuesta a las consecuencias negativas del formalismo en el proceso de decisión judicial, que tanto daño ha hecho, y continúa haciendo, a la comprensión del derecho en la tradición del derecho continental.

1. Formalismo, textualismo y democracia

En marzo de 1995, el juez Antonin Scalia dio su controversial *Tanner Lecture on Human Values* en la Universidad de Princeton, bajo el título *Common Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*. Dos años después, esa conferencia fue publicada

El imperio de Ronald Dworkin.indd 190 29/04/2019 16:57:16

en el libro *A Matter of Interpretation*, editado por Amy Gutman, y que incluía comentarios de Gordon S. Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon y Ronald Dworkin.[7]

Scalia argumenta allí que a lo largo de los últimos cien años el sistema jurídico estadounidense se ha convertido gradualmente en una suerte de sistema de derecho continental en el que el derecho de origen legislativo es predominante en comparación al derecho de origen judicial. Su preocupación es que, no obstante, la educación jurídica sigue formando a los abogados como si el derecho consistiera únicamente de precedentes, por lo que prepara pésimamente a los futuros jueces cuya tarea será la de interpretar reglas sancionadas por la legislatura. Mucho antes que Scalia, en 1982, Guido Calabresi había dirigido su atención al mismo problema en su *A Common Law for the Age of Statutes*[8] y, más recientemente, en 1994, William Eskridge Jr. también escribió sobre el asunto en su *Dynamic Statutory Interpretation*.[9] Scalia, basándose en una determinada teoría de la democracia, argumenta a favor de una teoría de la interpretación de textos legislativos a la que denomina *textualismo* y que busca limitar el poder del juez en el proceso de establecer el significado del derecho, a diferencia de las teorías de Calabresi y Eskeridge que confían a los jueces la responsabilidad de llenar las lagunas y eliminar las contradicciones legales.

Scalia argumenta que los abogados –y, en particular, los jueces– de los sistemas de derecho continental están mejor preparados que sus colegas de los sistemas del *common law* en la tarea que estos deben llevar a cabo, ya que las habilidades requeridas para la nueva época de dominio del derecho legislativo son, precisamente, aquéllas para las que los estudiantes de derecho son entrenados en los países de tradición continental. En otras palabras, los abogados del *common law* están fundamentalmente capacitados para el trabajo con precedentes en un contexto en el que el derecho de origen legislativo es dominante, mientras que los abogados continentales, entrenados en la aplicación del Código Civil, están mejor preparados que aquéllos para dicha tarea. Mary Ann Glendon, en un comentario al artículo de Scalia, comparte su diagnóstico. Argumenta que "a primera vista, podría parecer obvio que [los abogados de los sistemas de la tradición del derecho civil] tienen una ventaja metodológica. Históricamente, los sistemas de derecho civil y de *common law* han promovido el desarrollo de conjuntos significativamente diferentes de capacidades. Así como los abogados del *common law* se enorgullecen de sus técnicas para lidiar con precedentes, los abogados del derecho civil glorifican sus métodos para redactar e interpretar

7. Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1997.

8. Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, 198

9. William Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, 1994.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 191 29/04/2019 16:57:16

códigos".[10] No obstante, Glendon también señala que, de modo similar a lo que ocurrió en Estados Unidos con el *common law*, el Código mismo ha sido combinado en el derecho continental europeo con un mar de leyes que han complicado el trabajo de los abogados. Esto es lo que Natalino Irti llama *decodificación*,[11] término que alude a la pérdida de centralidad de los Códigos a causa de la sanción de leyes o regulaciones administrativas referidas a problemas particulares. Glendon argumenta que en este nuevo contexto los abogados de los sistemas de derecho continental tienen una ventaja modesta en virtud de su experiencia en métodos de interpretación basados en el Código. Glendon también advierte acerca del talón de Aquiles de lo que llama '*civil law methods*', a saber, una relativa ausencia de habilidades en el análisis de casos, lo que se vuelve necesario cuando los jueces comienzan a generar una importante cantidad de decisiones interpretando un cuerpo de leyes en expansión, pero afirma que los abogados de tradición continental han comenzado a remediar esta deficiencia, contrario a los abogados del *common law* que no prestan atención a su propia falta de entrenamiento en la interpretación de textos legislativos.[12] En cuanto a la interpretación constitucional en Europa continental, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial y luego de la adopción de constituciones escritas y la creación de Tribunales Constitucionales con el poder para controlar la constitucionalidad de las leyes, Glendon elogia a los jueces de países como Alemania que han hecho uso de las habilidades desarrolladas en la interpretación del Código para interpretar la Constitución. Parece coincidir con Scalia en que el formalismo y el textualismo que previamente fueron usados para aplicar el Código Civil son ahora útiles para limitar la creatividad de los jueces en la aplicación de un texto legislativo mucho más vago y ambiguo, como lo es el texto constitucional. Al elogiar a los tribunales alemanes por el modo en que interpretan la Constitución, afirma que "el texto, sin embargo, sigue siendo el Alfa y Omega de la interpretación. Sirve tanto como punto de partido para el razonamiento judicial y como límite externo al rango de resultados posibles".[13] Scalia y Glendon ven en el formalismo y el textualismo el antídoto del derecho continental para los jueces 'creativos' –en sentido peyorativo– del *common law*, quienes interpretan la Constitución apelando a intenciones, propósitos o principios para reemplazar a la voluntad del pueblo por la suya.

Scalia mira a los métodos de interpretación basados en el Código de los países de Europa continental con una evidente envidia. Glendon añade a su

10. Véase el comentario de Mary Ann Glendon al artículo de Scalia en Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1997, pp. 101-102.

11. Natalino Irti desarolló este concepto en una conferencia que brindó en 1978 en la Universidad de Salamanca y que luego fue publicada bajo el título *L'età della decodificazione*, 4ta Edición, Milán, Giuffré, 1999.

12. Mary Ann Glendon, *supra* nota 11 pp. 101-102.

13. Ibídem, pp. 106-107.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 192 29/04/2019 16:57:16

análisis el hecho de que los jueces de los sistemas de tradición continental han tenido que aprender habilidades propias del *common law* cuando en la segunda mitad del S. XX se establecieron los Tribunales Constitucionales y el control de constitucionalidad. En este artículo, expongo mi propia preocupación acerca del sistema argentino, que parece reflejar, pero a la inversa, a la de Scalia y Glendon. El sistema jurídico argentino es un híbrido inusual que combina todos los rasgos de la tradición continental con un modelo de control de constitucionalidad inspirado en los Estados Unidos. A diferencia de sus primos europeos, el matrimonio entre estas dos tradiciones –codificación y control de constitucionalidad– estuvo presente desde el comienzo de la historia nacional, a mediados del S. XIX. La Constitución argentina, cuyo texto original es muy similar al de la Constitución de los Estados Unidos, fue sancionada por la Asamblea Constituyente en 1853 y en 1864 el Congreso Nacional sancionó el Código Civil, inspirado en los modelos de Francia y Brasil. En 1863, la Corte Suprema decidió el caso *Sojo,*[14] en el que, citando largos parágrafos de *Marbury v. Madison*, estableció el control judicial de constitucionalidad. Por otro lado, debido a que la tradición continental rechaza el *stare decisis*, la regla del precedente no pertenece al panorama jurídico argentino. Por último, siguiendo a la tradición constitucional estadounidense, y contrariamente a lo que solía suceder en la tradición continental, las decisiones de la Corte Suprema se publican íntegramente –con los argumentos de la mayoría y de los votos disidentes– desde el comienzo de la historia de la institución. A pesar de la longevidad de este matrimonio, los rasgos de la tradición continental –como el formalismo y el textualismo– han dominado tanto la educación jurídica como la práctica judicial. Recientemente, con la reforma constitucional de 1994, también ha influido en el proceso de designación de jueces con la creación del Consejo de la Magistratura, una institución heredada de la tradición continental que tiene como objetivo el establecimiento de un proceso para la identificación de candidatos a los Tribunales más científico-técnico y menos político, que se complementa, sin reemplazar, con el proceso de designación de 1853, inspirado en el modelo de los Estados Unidos. En síntesis, el modelo híbrido de Argentina, aunque combina rasgos de la tradición continental con la institución del control judicial de constitucionalidad, está claramente dominado por las prácticas e ideales de la primera, lo que afecta al funcionamiento de la práctica constitucional.

Mi punto es que, simétricamente a las preocupaciones de Scalia y Glendon, la tradición predominantemente continental de Argentina no prepara adecuadamente a los jueces para el desarrollo de la práctica de juzgar bajo el modelo de control judicial de constitucionalidad de tradición estadounidense, lo que, según creo, requiere algunas de las habilidades que los abogados adquieren en las facultades de derecho norteamericanas y que están vinculadas a una comprensión

14. CJSN, *Fallos,* 32:120.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 193 29/04/2019 16:57:16

del derecho como integridad y de la adjudicación como una parte fundamental de la empresa de construir y preservar esa integridad.

El artículo de Scalia y su teoría textualista han sido agudamente criticados por Dworkin. Creo que los argumentos de Dworkin en su comentario a Scalia, así como su teoría más amplia de la interpretación jurídica –y, en particular, constitucional– pueden ser utilizados para exponer los déficits de la tradición continental en la práctica de juzgar y proveer ideas inspiradoras para resolver el problema. De algún modo, los errores teóricos que Dworkin señala en la teoría textualista de Scalia no son tan distintos de los errores que, según creo, cometen los abogados, profesores y jueces de los sistemas de la tradición continental. La defensa del formalismo de Scalia, así como su rechazo de la lectura moral del derecho, es paralela a la centralidad del formalismo en la tradición del derecho continental y a su defensa de la separación entre el derecho y la moral. Por lo dicho hasta aquí, el lector podría pensar que mientras Scalia y Glendon creen que el jardín del vecino –el sistema de derecho continental– es más verde, yo creo que el jardín del *common law* es, de hecho, más bello. Sin embargo, no creo que el derecho continental sea malo y el *common law* sea bueno, aunque sí creo que la práctica de juzgar del *common law* aprehende mejor que la práctica del derecho continental cómo el derecho efectivamente funciona o lo que realmente es: una práctica social. También creo que la práctica de juzgar que se ha desarrollado en los sistemas de tradición continental, y que Scalia y Glendon ambicionan para Estados Unidos, está fundada en una serie de premisas equivocadas acerca de lo que el derecho es y cómo se produce. En este sentido, Dworkin y Nino nos ofrecen una visión de lo que el derecho es y de cómo se crea, que puede ayudarnos a criticar tanto la práctica de juzgar de los sistemas de derecho continental como la visión de autores que comparten la opinión de Scalia y Glendon acerca de cómo debería ser la práctica de juzgar en el *common law* en la era del derecho legislado.

Scalia y Glendon argumentan que la era del derecho legislado en el sistema del *common law* estadounidense ha puesto de relieve un problema que está fundamentalmente ligado a una cuestión de habilidades y entrenamiento: los abogados del *common law* carecen de las habilidades que poseen sus contrapartes continentales. Para Glendon, los abogados continentales tienen un talón de Aquiles, a saber, su carencia de habilidades para el análisis de casos, aunque también elogia el hecho de que admiten este déficit y, consecuentemente, han sido exitosos en mejorar este respecto. Sin embargo, mientras Scalia y Glendon se concentran en la cuestión de las habilidades, Dworkin y Nino se concentran en la comprensión de lo que hace que el derecho sea derecho y en cómo, dada esa concepción del derecho, debería ser la práctica de juzgar. El rasgo central del derecho para Dworkin y Nino es la integridad y comparten una visión acerca de cómo se la preserva. Como argumentaré más tarde, de hecho, el abogado continental también se preocupa por la integridad, pero cree que puede ser lograda por los legisladores a través de la codificación, mientras que Nino y Dworkin

El imperio de Ronald Dworkin.indd 194 29/04/2019 16:57:16

extienden esa responsabilidad a los jueces y la práctica de la adjudicación. En resumen, no creo que el problema que enfrentamos en relación con la adjudicación, tanto en la tradición continental como en la del *common law*, se reduzca a la posesión o carencia de las habilidades apropiadas. Es un problema que, por supuesto, está vinculado con la cuestión de las habilidades pero que es mucho más profundo, tal como argumenta Damaska al comparar el uso y comprensión de los precedentes en ambas tradiciones:

> Vale la pena destacar que una doctrina de precedentes formalmente vinculantes sería mucho más rígida en el marco institucional continental que en el *common law.* La razón principal es, no tanto el mayor espíritu de reverencia hacia los superiores del primero en relación con el segundo, sino la diferente comprensión del precedente. [...] El juez continental no sopesa la simetría de las situaciones de hecho que, bajo la égida del *stare decisis*, permite distinciones finas y, de ese modo, asegura el crecimiento flexible del derecho. Por el contrario, busca reglas cada vez más concretas en decisiones previas, sin atender al contexto fáctico. Asumiendo la naturaleza obligatoria de esta progresiva concretización de la norma, los estándares de decisión devendrían, con el tiempo, intolerablemente rígidos, siendo cada nueva decisión una gota adicional en la formación de una cada vez más larga estalactita de normas. En pocas palabras, mientras que una organización judicial con un ordenamiento jerárquico débil puede requerir una doctrina de precedente vinculante como estabilizador ideológico interno, un poder judicial de carrera jerárquica probablemente esté mejor sin ella.[15]

La posición de Damaska es consistente con la afirmación de Montesquieu: 'lo que debe ser conocido' en este particular e innovativo 'método de casos' no es el análisis de los hechos y el modo en que estos pueden requerir la aplicación de decisiones judiciales pasadas o la creación de una nueva regla consistente con los precedentes aplicables.[16] Lo que realmente importa en este idiosincrático método de casos es *saber* cuál es la nueva regla que surge de los precedentes –el *holding*– que habrá de ser considerada como una versión más detallada de lo que hasta ahora había sido expresado en el Código o la Constitución.

El problema de Scalia y la tradición continental comienza con el modo en que ingenuamente creen que el textualismo puede superar lo que consideran el problema más importante que afecta a los sistemas jurídicos y políticos: las

15. Damaska, Mirjan R., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Nueva Haven, Yale University Press, 1986, p. 37. Véase también Damaska, Mirjan R., "On circumstances favoring codification", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, pp. 355-371.

16. Glendon, Gordon y Osakwe, Mary Ann Glendon, Michael Wallace Gordon and Christopher Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, 2º edicicón, St. Paul, West Publishing Co., 1994, pp. 130-151.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 195 29/04/2019 16:57:16

decisiones judiciales fundadas en juicios de valor personales. Esta aparente libertad de decisión por parte de los jueces no solo crea incertidumbre para los ciudadanos, quienes, dado que 'el derecho es lo que los jueces dicen que es', no pueden conocer el contenido del derecho, sino que también erosiona el sistema democrático porque las decisiones del pueblo expresadas en el Código Civil o en las leyes, son modificadas mediante la libre interpretación que los jueces realizan de los textos respectivos. La respuesta ingenua a este problema está fundada en la creencia de que podemos evitar que los jueces tomen decisiones valorativas si los disciplinamos y los obligamos a aplicar el texto en su significado original. La raíz de la preocupación es fundamentalmente política y no es nueva. Desde las revoluciones francesa y norteamericana, quienes sostienen teorías democráticas radicales se han preocupado porque los jueces no tergiversen la voluntad del pueblo en el proceso de interpretar y aplicar la ley. Los revolucionarios norteamericanos,[17] así como los europeos (fundamentalmente franceses y alemanes),[18] temían terminar bajo el control de quienes aplican el derecho a casos particulares.

No es fácil caracterizar una tradición jurídica sin exponerse a ser criticado por no haberla descripto fielmente. Las simplificaciones son inevitables y la descripción de lo que entendemos por la tradición seguramente no refleja todas las modalidades específicas que la tradición adopta en cada país que pertenece a ella. En cualquier caso, si creemos que podemos identificar diferentes tradiciones jurídicas, debemos ser capaces de extrapolar ciertos rasgos comunes que son compartidos por los distintos sistemas jurídicos que pertenecen a una misma tradición. Creo que la tradición del derecho continental puede ser esencialmente caracterizada en virtud de dos rasgos: una teoría democrática que subyace al diseño y funcionamiento de las instituciones jurídicas, y una concepción acerca de cómo el derecho, entendido como una expresión de un ideal de justicia, es creado y por quién es creado.[19]

Como señalan Scalia y Glendon, existe un *ethos* democrático subyacente a la tradición de derecho continental que cree en la soberanía del Parlamento y del pueblo, lo que se traduce institucionalmente en un principio de separación de poderes que limita la actividad de los jueces a la aplicación del derecho previamente establecido por el pueblo sin modificarlo ni añadirle valor. Este presupuesto democrático, argumenta Scalia, también emerge en los Estados Unidos a principios del siglo XX cuando el Congreso y la Administración comienzan a sancionar leyes y regulaciones generales. Es por esto que Scalia cree que el sistema jurídico estadounidense se ha convertido en un sistema de derecho continental,

17. Véase el comentario de Gordon S. Wood al artículo de Scalia en Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1997, at pp. 49-63.

18. Mary Ann Glendon *supra* nota 11.

19. Desarrollo este punto en *A Community of Interpreters*, JSD Dissertation, Yale Law School, 2010.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 196 29/04/2019 16:57:16

esto es, en un sistema en el que prima la codificación por sobre el derecho creado por los jueces a través de precedentes. La noción de soberanía democrática en combinación con el principio de separación de poderes ve con desconfianza al poder judicial, pues los jueces pueden, mediante la interpretación del derecho, traicionar la voluntad del pueblo expresada en los Códigos o en las leyes del Congreso. Por ello la tradición del derecho civil se esfuerza por limitar la discreción de los jueces en la aplicación del derecho, del mismo modo que lo intenta Scalia con respecto a los jueces norteamericanos. Los jueces deben aplicar el derecho *textualmente*, sin indagar en las intenciones del legislador. El juez, en palabras de Montesquieu, debe limitarse a ser la boca de la ley o, conforme una metáfora norteamericana más actual, debe ser el fonógrafo de la ley.

La tesis de que el juez debe decidir conforme a la voluntad del pueblo que subyace al formalismo es compartida por el relativismo y ambas posiciones fundan sus argumentos en una teoría radical de la democracia. Dworkin y Nino son teóricos democráticos. Más aún, Nino, a diferencia de Dworkin, es un demócrata radical que aboga por una democracia deliberativa y, por ende, también desconfía fuertemente de las decisiones judiciales en la medida en que son sumamente deficitarias en términos de deliberación política. Sin embargo, ambos acuerdan en lo que podría ser descripto como un hecho duro: el derecho no puede ser entendido sino como integridad.

1.1. Integridad

A pesar de las críticas que los formalistas de ambas tradiciones han dirigido a la perspectiva de Nino y Dworkin, la integridad es –explícita o implícitamente– un presupuesto del formalismo. La codificación, en tanto rasgo básico de la tradición del derecho civil, es, en efecto, no solo un intento de evitar que los jueces interpreten el derecho más allá de la voluntad del pueblo sino también, y fundamentalmente, un intento *por lograr* la integridad del derecho. La integridad es también lo que guía a Scalia cuando argumenta que los jueces estadounidenses deben actuar como sus contrapartes de los sistemas continentales en la medida en que el sistema del *common law* estadounidense se parece actualmente, en lo que Calabresi ha llamado la era de la legislación (*the age of statutes*), a los sistemas continentales. Dworkin expone la preocupación oculta, y probablemente inconsciente, de Scalia por la integridad cuando destaca las 'excepciones' a su rígido formalismo con el fin de evitar contradicciones normativas y remediar errores legislativos.[20]

20. Véase el comentario de Ronald Dworkin al artículo de Scalia en Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1997, pp. 115-127.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 197 29/04/2019 16:57:16

Así, el error de los formalistas no consiste en rechazar o negar el hecho del derecho como integridad sino en el modo en que creen que la integridad es preservada. Mientras el formalista ve a la integridad como el resultado del trabajo del codificador o del legislador, Dworkin y Nino consideran que la preservación de la integridad es una empresa colectiva que no puede excluir ni a los jueces ni a otros intérpretes del derecho, como académicos, legisladores y funcionarios de la administración.

Retomando el juego dadaísta, no creo que los abogados y jueces del derecho civil estén jugando al cadáver exquisito. Sin embargo, tampoco están jugando a la novela encadenada. Los formalistas, sean del derecho civil o del *common law*, creen que los jueces juegan a un tercer juego que encuentro más similar a lo que ellos pueden suponer es el rol de los actores en una obra de teatro –aunque se trata, creo, de una interpretación errónea del arte de la actuación. Los formalistas parecen creer que los jugadores de este juego –esto es, los jueces– representan su papel siguiendo un guión teatral –el código o ley– de modo tal que la integridad del texto es preservada por su apego a lo establecido previamente por el guionista –el legislador– como si los actores, o incluso el director, no necesitaran interpretar el texto. Los actores, en esta interpretación estrecha del arte de actuar, son la boca del guión como los jueces son, en la visión formalista, la boca de la ley.

Los jueces del derecho civil no pueden seguir el *stare decisis* y, por lo tanto, aplican el derecho en cada caso sin comprender que es necesario tener en cuenta el modo en que sus predecesores han entendido, escrito e interpretado su parte en la construcción colectiva del texto cuya materialización final los reúne a todos. Probablemente partan del presupuesto de que no están haciendo o edificando nada sino representando algo creado previamente: el Código. Existe una diferencia clave entre los poetas dadaístas y los jueces formalistas. Mientras los primeros abierta y deliberadamente participaban de un juego que sabían resultaría en un texto sin sentido, los segundos creen que, lejos de estar contribuyendo a la redacción de un poema ininteligible, están haciendo su parte para asegurar que un poema coherente –el Código– llegue a los ciudadanos del modo más fiel posible, esto es, sin agregar significado o contenido de su propia autoría. Sin embargo, mi hipótesis es que, sin saberlo, los jueces formalistas están de hecho involucrados en un juego dadaísta cuyo resultado es un derecho ininteligible en virtud de su falta de integridad. Sea por desconocimiento o por desinterés respecto de las verdaderas consecuencias de sus propios actos, están contribuyendo a la desintegración del derecho.

El relativismo es, en este sentido, distinto al formalismo. Los relativistas juegan un juego que se asemeja más explícitamente al jugado por los dadaístas y, en consecuencia, dado que asumen que quien establece el significado –o la carencia de significado– del texto es cada escritor-intérprete, argumentarán en favor de la necesidad de apoderarse del lápiz y el papel para alcanzar la integridad mediante el triunfo en la lucha de poder del nombramiento de jueces. Los demócratas

El imperio de Ronald Dworkin.indd 198 29/04/2019 16:57:16

radicales, en tanto versión específica del relativismo, argumentarán que el único actor legitimado para ello es la mayoría del pueblo y, por esa razón, demandarán que los jueces reflejen la voluntad de la mayoría, lo que es particularmente problemático cuando el texto jurídico a ser interpretado es la constitución, que, se supone, debe establecer un límite a la voluntad mayoritaria. En este sentido, un cierto tipo de formalista –aquel que aboga por el significado o la intención originales– no es tan diferente de su primo relativista.[21]

1.2. ¿Voluntad o elección constreñida?

Al reconstruir la controversia entre la teoría geométrica del derecho de Langdell y la articulada por Frank, Llewellyn y otros realistas, Anthony Kronman destaca que la tensión relevante es entre quienes creen que el trabajo de los jueces está limitado a analizar principios jurídicos -los formalistas- y quienes creen que los jueces están forzados a tomar decisiones en el proceso de aplicar el derecho, toda vez que deben elegir las reglas aplicables y los hechos relevantes, elecciones que habrán de realizar de acuerdo con su propia voluntad e influenciados por sus historias de vida personales.[22] Kronman remonta la teoría científica del derecho a Aristóteles e identifica a Hobbes como su principal exponente, juntamente con Austin y Bentham, quienes veían al *stare decisis* como la causa fundamental de todos los defectos del *common law*, en la medida que permite a los jueces decidir cada caso de acuerdo con su propio sentido de justicia, reduciendo el derecho a un cúmulo caótico de decisiones contradictorias.

Como es sabido, una de las diferencias más relevantes entre las tradiciones del *common law* y del *civil law* reside en que esta última rechaza el *stare decisis*. Quienes consideran al *stare decisis* como un elemento positivo del sistema jurídico sostienen que los jueces del *common law* deben preguntarse a sí mismos dos cosas antes de decidir un caso. Primero, si el caso presente es similar a casos decididos en el pasado por ellos mismos u otros jueces. Segundo, asumiendo que el caso presente difiere de los casos decididos previamente, si esta diferencia es o no relevante.[23] Las consideraciones a ser tenidas en cuenta por el juez del *common law* respecto a las resoluciones judiciales de casos similares prestan especial atención a los hechos involucrados.[24] Esto presupone, entre otras cosas, que, al igual que los jugadores en el juego de la novela encadenada, los jueces dan por sentado que

21. Desarrollo este punto en *A Community of Interpreters*, JSD Dissertation, Yale Law School, 2010.

22. Kronman, Anthony, *The Lost Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, Capítulo 4.

23. Benjamin Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, Nueva Haven y Londres, Yale University Press, 1921.

24. Damaska, *supra* nota 16, p. 33.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 199 29/04/2019 16:57:16

el derecho responde al principio de integridad. Esto es, que el derecho es uno y está fundado en principios universales de justicia que no varían de caso a caso.[25] Hay aquí un reconocimiento implícito del principio de igualdad que los jueces deben aplicar al seguir las directivas de la práctica judicial del *common law*.[26]

Los jueces de la tradición del derecho continental no están obligados a apelar a las decisiones previas de sus colegas a fin de establecer el significado del derecho y esto es una consecuencia directa del hecho de que no se reconoce la posibilidad de que existan disidencias interpretativas. Para la tradición del derecho continental, todos los desacuerdos son empíricos porque el derecho es visto desde lo que Dworkin denomina la 'perspectiva de los hechos ordinarios' (*plain-fact perspective*). Para esta tradición no hay lugar para desacuerdos acerca del contenido del derecho. Esto, a su vez, es una consecuencia del hecho de que se ignora la necesidad de interpretación. El significado del derecho es claro y auto-evidente y, por lo tanto, no requiere ser interpretado por los jueces quienes deben limitarse a aplicarlo estrictamente del modo previsto por el legislador al redactar la ley. Un buen juez, técnicamente capacitado para realizar esta tarea cuasi-mecánica –análoga a la de la boca que debe abrirse y cerrarse siguiendo los mandatos del cerebro cuando le requiere hablar–, no tiene necesidad de mirar al pasado, ni mucho menos al futuro, para considerar las decisiones de sus colegas. Esta aplicación deliberadamente aislada del derecho no implica, empero, ignorar el valor de la integridad del derecho ni el principio de igualdad que debe ser la consideración principal en la aplicación de las reglas generales que componen el sistema jurídico. Por el contrario, desde el punto de vista de la tradición del derecho continental, el derecho responde a este valor tanto como el derecho del *common law*. En efecto, el Código, expresión única del derecho, es considerado como un cuerpo de reglas coherente, completo y que posee integridad. A diferencia de los poetas dadaístas, los jueces del *civil law* no buscan destruir la integridad del lenguaje –del derecho, en este caso– sino preservarla mediante la aplicación directa del Código, sin la mediación del intérprete. La diferencia entre los jueces del *common law* y del *civil law* no es que unos buscan y otros rechazan la integridad del derecho. Ambos la anhelan y la buscan. La diferencia es que el *common law* asume que la interpretación es inevitable y, en consecuencia, busca ajustarles la rienda a los jueces, mientras que el *civil law* se apoya en el mito de que es posible evitarla y, por lo tanto, no hace ningún esfuerzo para limitar a los jueces, ya que directamente les niega el rol de intérpretes, asumiendo que lo único que les concierne es la *mera* aplicación del Código o la Constitución, un conjunto de reglas coherente que ya responde al valor de la integridad.

25. Dworkin, *supra* nota 6, pp. 167, 176, 218-219.

26. Dworkin, *supra* nota 6, p. 222. Alberto Garay, "El precedente judicial en la Corte Suprema", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 2, Números 1-2, 1997, 51-108.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 200 29/04/2019 16:57:16

La tradición del derecho continental adscribe a este mito a punto tal que ha creado una ciencia para resolver los problemas que puedan surgir en el proceso de aplicación del derecho a casos particulares por parte de los jueces. El propósito de esta ciencia, conocida como dogmática jurídica, es, precisamente, evitar cualquier actividad interpretativa por parte de los jueces en caso de una controversia acerca del significado del derecho. Vale la pena detenerse a explicar, aunque sea brevemente, esta ciencia así como las críticas dirigidas a ella a efectos de comprender mejor el lugar marginal de los precedentes en la tradición continental.

Conforme la dogmática jurídica, el derecho es un sistema de reglas completo y coherente. En este sentido, presupone que su autor, *el* legislador, que siempre es identificado con una única persona –en lugar de con un órgano colectivo conformado por individuos con voluntades diferentes y opuestas–, es omnipresente, omnisciente, perfectamente informado y libre.[27] Estos presupuestos guían al juez y lo ayudan a llevar a cabo su tarea de aplicar el derecho sin apelar a la interpretación, lo que inevitable añadiría al significado del derecho la indeseable decisión valorativa del intérprete. Como ya sabemos, la única valoración admitida por la teoría radical de la democracia que subyace a la tradición del derecho continental, al menos desde la Revolución Francesa, es la del *pueblo como legislador*. Consideremos algunos ejemplos. Es posible que el juez, al decidir un caso, se encuentre con dos reglas aplicables que responden a dos principios contradictorios. En este caso, el juez es auxiliado por la dogmática jurídica que, al asumir la libertad y omnisciencia del legislador, entiende que la expresión de su voluntad más próxima al presente, la ley más reciente, desplaza a la anterior, la ley más vieja. Así, la regla *lógica* según la cual 'la ley posterior deroga a la ley anterior' resuelve el dilema del juez, quien solo debe aplicar las reglas más recientes. De un modo similar, si una regla dictada por el legislador perfecto se refiere a una situación genérica y está en conflicto con una regla posterior referida a una situación más específica, la dogmática jurídica sostendrá que el legislador omnisciente dictó la regla específica sabiendo que la regla general que la contradice ya existía. En virtud de ello, debemos asumir que la regla específica constituye una excepción a la regla general, ya que el legislador nunca se contradice a sí mismo. Así, la dogmática rescata al juez aquejado por este dilema mediante la regla según la cual 'la regla específica prevalece sobre la general'.

La dogmática jurídica y su pretensión de conferir al derecho el título de ciencia han sido duramente cuestionadas por los críticos del positivismo ideológico, sean cognitivistas en meta-ética, como Nino,[28] o simpatizantes de la teoría crítica, como Christian Courtis y Alberto Bovino en la Argentina.[29] Para el primer grupo de

27. Nino, *supra* nota 7, pp. 85-101.

28. Ídem.

29. Courtis, Christian y Bovino, Alberto, "Por una dogmática conscientemente política" en Christian Courtis (ed.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 201 29/04/2019 16:57:16

críticos, la pretensión de la dogmática jurídica de aislar al juez de la necesidad de realizar juicios de valor es insostenible, aunque consideran que es posible imponerles límites a través de la teoría moral o política. Para el segundo grupo de críticos, los juicios de valor son también inevitables pero, además, rechazan la posibilidad de controlar o limitar la discrecionalidad del intérprete al realizar juicios de valor. Desde esta perspectiva crítica, hay poco que pueda hacerse para evitar la desintegración o manipulación espuria del derecho. Todo se reduce a un mero ejercicio de poder por parte del juez.

La posición de Nino abre la puerta al juego de la novela encadenada. En un texto clásico,[30] Nino critica el presupuesto de la dogmática jurídica según el cual es posible evitar la actividad interpretativa en la aplicación del derecho. El deseo de librar a la decisión judicial de la amenaza de la interpretación o, lo que para él era lo mismo, de los juicios de valor, no es susceptible de ser satisfecho. Nino argumenta que el razonamiento práctico subyacente a los juicios jurídicos consiste en una serie de pasos, muchos de los cuales inevitablemente requieren juicios de valor. No obstante, estos inevitables juicios de valor que deben realizar los diversos intérpretes del derecho están limitados por el hecho de que todos son participantes de una práctica o ejercicio común: la construcción colectiva del significado del derecho y, en particular, del derecho constitucional, entendido como una práctica colectiva. Como ya mencioné, Nino usa una metáfora distinta a la de novela encadenada de Dworkin pero que es, no obstante, interesantemente similar. El autor argentino sostiene que la tarea constructiva de los intérpretes –que no son exclusivamente jueces– es como la construcción colectiva de una catedral medieval, que involucraba a sucesivas generaciones de arquitectos y trabajadores.[31] Aunque el trabajo de estos en la construcción de la catedral ocurría muchos años después del inicio del proyecto, su contribución no era un acto de total libertad o, al menos, no necesariamente. Su tarea era necesaria para preservar la integridad de lo que había sido construido hasta entonces, esto es, de lo construido hasta que llegara su turno de participar en la construcción. Esto no significaba que el arquitecto de cuarta generación no tuviera opciones, o que no pudiera tomar decisiones con cierto grado de libertad pero, ciertamente, no disfrutaba de una libertad total en el desarrollo de esta tarea. Por supuesto, siempre existía la posibilidad de que el arquitecto decidiera demoler lo que había sido construido durante los últimos doscientos años y comenzar de nuevo pero aquí es cuando surgen ciertas preguntas. Por ejemplo, ¿cuán legítima es la pretensión del arquitecto de destruir el edificio colectivo construido hasta ese punto y comenzar de nuevo? ¿Qué previene que el arquitecto de cada generación haga lo mismo, de modo que el complejo edificio, que requiere el trabajo de varias generaciones, nunca pueda terminarse?

30. Nino, *supra* nota 7, pp. 85-101.
31. Ídem.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 202 29/04/2019 16:57:16

Del mismo modo, los jueces nineanos deben tomar decisiones que involucran consideraciones valorativas pero estas no pueden realizarse como si nadie hubiera realizado ninguna contribución interpretativa. Elegir una opción interpretativa, que es esencialmente realizar un juicio de valor, sin mirar al pasado es lo mismo que hacer una contribución arquitectónica a la construcción de una catedral sin mirar lo que ha sido edificado hasta ahora. La construcción colectiva de una catedral, del significado del derecho, debe ser inteligible y cada decisión valorativa/interpretativa en este proceso intergeneracional involucra un elemento de discrecionalidad así como un límite en el ejercicio de esta discreción. No es un acto automático ni libre de valoraciones del tipo que Napoleón esperaba de los jueces en relación con el Código. Pero tampoco es un acto de poder totalmente arbitrario e infalible como argumenta la teoría crítica del derecho.

En resumen, la tradición del derecho continental exige a los jueces que apliquen el derecho sin interpretarlo, valiéndose únicamente de las herramientas que le provee la ciencia de la dogmática jurídica. El juez es estimulado a creer –y esto también genera expectativas similares por parte de otros actores de la comunidad política y jurídica– que su tarea es de naturaleza técnica y que es posible desempeñarla sin realizar juicios de valor y sin considerar las decisiones, presentes o futuras, de sus colegas. Si no hay juicios de valor que deban realizarse –dado que no es necesario interpretar algo– entonces tampoco es necesario que los jueces participen de un *diálogo moral o valorativo* con otros jueces. Los precedentes son, pues, completamente irrelevantes en este tipo de procedimiento de decisión jurídica. En la tradición de derecho continental, la invocación de precedentes, que a veces ocurre, no tiene el mismo significado que las que hacen los jueces de los sistemas del *common law*. Los jueces continentales invocan precedentes selectivamente, como una fuente de legitimidad, incurriendo así en una falacia de autoridad. La tradición del derecho civil reconoce que la jurisprudencia es una fuente de derecho pero solo marginal y secundaria, lo que sugiere solo una tímida aceptación de la inevitabilidad de la interpretación que no llega a tener el peso suficiente para la institucionalización del carácter vinculante de los precedentes en la práctica de la adjudicación, como mencioné que señalaba Damaska.

El rechazo de la necesidad de que los jueces interpreten los textos jurídicos, inherente a la tradición del derecho continental –y que explica la función de la dogmática jurídica–, nos deja en una situación desafortunada a quienes aspiramos a construir una práctica interpretativa que contribuya a los fundamentos de la integridad del derecho y se preocupe por ella. Los jueces, en la creencia de que están involucrados en la inocente tarea burocrática de aplicar automáticamente el derecho, no se ven a sí mismos como constreñidos por una teoría de la interpretación que creen justificada, ni por la necesidad de ser consistentes con la decisiones de otros intérpretes en casos similares. Cada juez-intérprete decide cada caso como si él fuera el primer y único intérprete de la regla en

El imperio de Ronald Dworkin.indd 203 29/04/2019 16:57:17

cuestión, sin sentirse limitado por las decisiones de otros intérpretes debido, precisamente, a que no son reconocidos como tales. Los jueces argentinos viven en una situación de libertad prácticamente irrestricta, con una mínima o nula necesidad de rendir cuentas por sus juicios interpretativos, y ello gracias al presupuesto mítico de que no interpretan en absoluto. Una vez que corremos el velo que oculta el hecho de que son ellos quienes determinan el significado y contenido del derecho (del Código o la Constitución) en cada caso, advertimos que lo hacen sin ningún tipo de control o límite a su actividad. Esto es una consecuencia de nuestra creencia de que ningún tipo de control o límite es necesario para el desarrollo de una tarea tan neutral e inocente como la de meramente aplicar el derecho. En esta versión modificada del modelo dadaísta de decisión jurídica,[32] los jueces emiten sentencias en casos particulares sin prestar atención a los decisiones interpretativas de sus pares bajo la suposición de que todos, en tanto expertos en la aplicación del derecho, automáticamente tomarán decisiones consistentes entre sí. Así, debemos preguntarnos si este modelo sería capaz de sobrevivir a la revelación de que la supuesta aplicación mecánica y automática del derecho no es posible y que cada juez, al aplicar el derecho, está inevitablemente *creando el derecho*.

La tradición del derecho continental nos deja, pues, con un sistema jurídico, un marco institucional y un modelo de juez ideal, ninguno de los cuales es adecuado para aceptar la *inevitabilidad de la interpretación*. La revelación de que reconciliar el desacuerdo acerca del contenido del derecho es una parte constitutiva de la actividad de los jueces pone de manifiesto los defectos de un sistema jurídico que carece de los instrumentos necesarios para protegerse a sí mismo de la total discreción del intérprete y la subsiguiente desintegración del derecho. La dogmática jurídica y su aspiración de disciplinar a los jueces mediante la aplicación de silogismos son insuficientes para enfrentar a la actividad destructiva de cientos de intérpretes que operan aisladamente en la creencia de que no son parte de una comunidad de intérpretes, dado que no son intérpretes, no existe tal comunidad. El presupuesto de que el significado del Código es autoevidente, combinado con la creencia de que el juez es un experto neutral que usa un método silogístico para aplicar el derecho, conducen a la conclusión de que cada juez puede tomar decisiones sin considerar el modo en que otros jueces han decidido casos similares en el pasado.

Si todos los jueces fueran igualmente buenos en el cumplimiento de la tarea que se espera de ellos, entonces todos tomarían decisiones similares en casos similares, dado que se limitarían a aplicar correctamente, y de la misma

32. La llamo "modificada" porque, como dije, a diferencia de los poetas dadaístas, el propósito de los jueces continentales no es producir un derecho incoherente y carente de integridad. El problema es que la tradición continental espera ingenuamente que todos los jueces decidan coherentemente y, de ese modo, producir un derecho apolíneo como resultado de la aplicación 'correcta' de las leyes.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 204 29/04/2019 16:57:17

manera, el contenido autoevidente del Código. En las palabras del reconocido académico argentino Augusto Morello, los jueces no se verían tentados a 'crear el derecho'.[33] En este juego, que difiere tanto del juego del cadáver exquisito del movimiento Dadá como de la novela encadenada de Dworkin, cada jugador –cada juez continental del sistema jurídico híbrido de la Argentina– reescribe, en el contexto de un caso particular, parte de una novela que ya ha sido escrita por el legislador. Como todos los jueces *conocen* el contenido de la novela –porque es un hecho ordinario que puede ser empíricamente verificado en los libros que registran las decisiones del Parlamento–, cada uno de ellos puede reescribir una parte específica de ella sin necesidad de consultar lo escrito por sus predecesores y, sin embargo, este escrito colectivo debería tener sentido porque todos conocen la novela de antemano –porque *conocen* el Código– y se limitan a re-escribir una parte, aquélla apropiada para el caso que deben resolver. Retomando los conceptos de Dworkin, es como si la integridad legislativa nos permitiese no preocuparnos por la integridad adjudicativa.[34] Como ya dije, en los hechos, los jueces no juegan ninguno de los juegos antes mencionados sino que se comportan más como actores que han aprendido un guión teatral de memoria, de modo que cuando se enfrentan a un caso particular simplemente repiten las líneas que le corresponden a su personaje, en una especie de danza perfectamente sincronizada. Son más como músicos que, aunque cada uno toca una sola línea del pentagrama, al reunirse tocan, como por arte de magia, o automáticamente, una obra consistente e integrada previamente escrita por el legislador en el Código. Como sugerí antes, este rasgo del proceso jurídico de toma de decisiones, tal como es entendido por la tradición continental, al menos en su versión argentina, da a los precedentes solo un valor marginal, dado que no es necesario saber cómo los otros han interpretado el derecho porque, en efecto, la interpretación no es necesaria cuando el derecho es visto como un hecho ordinario y las controversias jurídicas como controversias empíricas. Tampoco considera que la expresión de una disidencia sea válida – el derecho es autosuficiente y se corresponde con lo expresado por el pueblo en el texto del Código o la Constitución. Si las opiniones disidentes fuesen permitidas, ello implicaría admitir implícitamente que el derecho tiene más de un significado. Como se cuenta que dijo Napoleón cuando aparecieron las primeras obras que *interpretaban* su Código: un Código interpretado es un Código muerto.

33. Augusto Morello, "Recientes tendencias en la posición del juez", en Roberto Berizonce (coord.), *El juez y la magistratura (tendencias en los albores del siglo XXI)*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 1999, pp. 61-63.

34. Dworkin, *supra* nota 6, pp. 167, 176, 218-219.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 205 29/04/2019 16:57:17

1.3. Integridad, adjudicación y la concepción del derecho como un hecho ordinario en la tradición del derecho civil

Dworkin describe y ataca lo que llama 'la concepción del derecho como un hecho ordinario' (*plain-fact view)*. Esta concepción sostiene que 'el [contenido del] derecho depende solo de hechos históricos ordinarios, que el único desacuerdo sensible es acerca de lo que las instituciones jurídicas han efectivamente decidido en el pasado, que los desacuerdos teóricos son ilusorios y mejor comprendidos, no como una discusión acerca de lo que el derecho es, sino acerca de lo que debería ser'[35] argumenta que esta concepción distorsiona la práctica jurídica[36] de forma tal que bloquea la posibilidad de desarrollar el derecho como una práctica social argumentativa.[37] Dworkin está claramente refiriéndose a lo que observa en Gran Bretaña y los Estados Unidos.[38] No se propone describir el estado del derecho o de la práctica jurídica en países que no son parte de la tradición del *common law*. Sin embargo, creo que esta descripción de la concepción del derecho como un hecho ordinario es sumamente útil para explicar cómo la tradición continental entiende el derecho y por qué concede un espacio limitado o nulo a la argumentación y los desacuerdos teóricos. Si estoy en lo correcto, siguiendo otra vez las lecciones de Dworkin, esta visión del derecho asumida por la tradición del derecho civil distorsiona la práctica jurídica de forma tal que hace imposible que el derecho constitucional (o el derecho en general) se desarrolle, pues el derecho constitucional es evidentemente una práctica social argumentativa. Permítaseme asumir como hipótesis que los sistemas jurídicos de la tradición continental están fundados en la concepción del derecho como un hecho ordinario y en la consiguiente negación de la práctica jurídica como una práctica argumentativa. Si esto fuera cierto, sería comprensible que todas las instituciones del sistema jurídico, desde los tribunales hasta las facultades de derecho, y todos sus actores, desde jueces a profesores de derecho, se comportaran como si la argumentación no fuera necesaria para la práctica jurídica. Supongamos ahora que el desarrollo del derecho constitucional es imposible sin la existencia de una práctica argumentativa y combinemos las instituciones de la tradición de derecho civil con una Constitución y un modelo de control de constitucionalidad basado en el estadounidense. El resultado de este híbrido es un conjunto de instituciones y actores que carecen absolutamente de las herramientas adecuadas para el desarrollo del derecho constitucional y, por lo tanto, para el gradual establecimiento y consolidación de una Constitución. Esto es exactamente lo que creo que ha sucedido en el caso de Argentina. Aun cuando hoy casi nadie admitiría que la

35. Dworkin, *supra* nota 6, p. 31.
36. Ibídem, p. 15.
37. Ibídem, p. 13.
38. Ibídem, p. 2.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 206 29/04/2019 16:57:17

visión del derecho como un hecho ordinario es correcta –aunque la mayoría de los académicos y de las personas de a pie optan por reemplazarla por una visión del derecho como una cuestión de poder y manipulación– las instituciones clave fueron originalmente diseñadas bajo el presupuesto de que lo era y, por ende, ellas y los actores del sistema jurídico carecen de las herramientas exigidas por la práctica jurídica argumentativa que de hecho tiene lugar. Adicionalmente, dado que la mayoría de las personas de a pie adhiere a la concepción del derecho como un hecho ordinario y creen que existe una respuesta simple y única a las controversias jurídicas que depende únicamente del estudio detallado de los hechos, es extremadamente difícil mostrar que las conclusiones a las que lleva dicha concepción son falsas.

Una de las exigencias de la moralidad política es que casos similares sean tratados similarmente.[39] Esto es lo que Dworkin denomina la virtud de la integridad política.[40] La exigencia de integridad justifica 'un compromiso con la consistencia de principio como un valor en sí mismo' y sugiere que 'la integridad, más que alguna superstición de elegancia, es la vida del derecho como lo conocemos'[41] Dworkin divide a la exigencia de integridad en dos principios más prácticos: el principio de integridad en la legislación y el principio de la integridad en la adjudicación. El primero 'requiere que quienes crean el derecho mediante el dictado de leyes se preocupen porque el derecho sea coherente en principio'. El segundo 'requiere que quienes tienen la responsabilidad de decidir qué es el derecho lo vean y lo apliquen como coherente en ese sentido'.[42] Y añade:

> El segundo principio explica cómo y por qué el pasado debe tener una fuerza propia especial en los tribunales, contra lo que sostienen los pragmatistas. Explica por qué los jueces deben concebir el cuerpo de derecho que administran como un todo más que como un conjunto de decisiones discretas que son libres de tomar o modificar una por una, sin más que un interés estratégico por el resto.[43]

La fuerza especial que Dworkin reclama para el pasado es lo que subyace a su metáfora de la novela encadenada. Dworkin imagina a los jueces tomando decisiones en casos particulares de un modo similar a los escritores en el juego de la novela encadenada, quienes a fines de crear una novela que responda al principio de integridad deben realizar su propia contribución tomando seriamente en cuenta lo escrito previamente por los otros jugadores.[44] De modo similar, Carlos

39. Ibídem, p. 166.
40. Ibídem, pp. 166-167.
41. Ibídem, p. 167.
42. Ídem.
43. Ídem.
44. Ibídem, pp. 228-232.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 207 29/04/2019 16:57:17

Nino imagina la construcción colectiva de una catedral medieval y explica que los constructores que se suceden de generación en generación deben tomarse en serio lo que han hecho sus colegas previamente.[45]

Aunque Dworkin seguramente esté pensando en los sistemas jurídicos que mejor conoce, los de Gran Bretaña y los Estados Unidos, no argumenta que el compromiso con la consistencia y los dos principios que derivan de él sean exclusivos de los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *common law*. Al sostener que la 'integridad [...] es la vida del derecho como lo conocemos' es claro que considera que la integridad no es solo un rasgo del derecho del *common law* sino del derecho en general. ¿Cómo podríamos afirmar que la exigencia de consistencia de principio que Dworkin considera central en los países sobre los que escribe no es una exigencia que hagamos y debamos hacer a los regímenes jurídicos y políticos de todo tipo, incluidos aquellos que pertenecen a la tradición del derecho civil? De hecho, la tradición del derecho civil explícitamente afirma su compromiso con la consistencia y el principio de la integridad legislativa cuando despliega su estrategia codificadora. ¿Qué es el Código si no un esfuerzo monumental por alcanzar la integridad legislativa?

Tanto la tradición del *common law*, a la que seguramente Dworkin tenía en mente al escribir *Law's Empire*, como la del derecho civil, comparten la ambición de tratar casos similares del mismo modo. Ambas tradiciones están comprometidas con la meta de alcanzar la consistencia, ambas creen que 'la integridad [...] es la vida del derecho como lo conocemos', ambas construyen su concepción de sistema jurídico sobre la base del principio de integridad en la legislación. El Código y su aspiración a ser completo y coherente es una estrategia para realizar este principio. No obstante, el punto en el que la tradición del derecho civil parece alejarse de la exigencia dworkiniana de integridad es con respecto al segundo principio de integridad en la adjudicación. Es como si la tradición del derecho civil, probablemente como resultado de la concepción del derecho como un hecho ordinario, creyera que la integridad puede alcanzarse respetando solo el principio de integridad en la legislación porque el derecho puede y debe ser aplicado por los jueces automática y mecánicamente. La integridad del Código sería, entonces, lo único necesario para dar integridad al derecho como un todo. Casi como en un juego de espejos, para volver a la cita de Dworkin, este abandono del segundo principio por la tradición del derecho civil puede explicar cómo y por qué no se le asigna ninguna fuerza especial al pasado en los tribunales de los sistemas pertenecientes a esa tradición. Puede explicar por qué los jueces de la tradición del derecho civil no conciben al cuerpo de derecho que administran como un todo sino como un conjunto de decisiones discretas que se sienten libres de tomar o cambiar una por una, sin demostrar más que un interés estratégico por las decisiones previas.

45. Nino, *supra* nota 7, pp. 33-42.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 208 29/04/2019 16:57:17

Por lo tanto, el ideal del juez hercúleo que debe hacer el esfuerzo de contribuir, junto a sus colegas pasados y contemporáneos, a desarrollar una narrativa encadenada, para usar la metáfora de Dworkin, o del juez-arquitecto, para usar la de Nino, requiere que el juez sea consciente de las tradiciones interpretativas pasadas (y probablemente también futuras) que han de informar sus decisiones en cada caso particular y, a su vez, han de ser enriquecidas por ellas. De lo contrario, la obra colectiva carecería de integridad y, por lo tanto, de significado. Si esto es así, es fácil explicar por qué la regla del precedente es tan ajena y tan categóricamente rechazada por la tradición del derecho continental.

El *common law* opera sobre una plataforma totalmente diferente. Aunque confiere al Parlamento la autoridad para dictar leyes, estas deben ser consistentes con el derecho común que el pueblo, por medio de sus legisladores, pero también mediante sus propias prácticas, ha ido construyendo y a cuya conformación los jueces han contribuido mediante su interpretación en casos concretos, ayudados por la regla del precedente, aunque no solo por ella.

En la tradición del *common law*, el buen juez es aquél que es capaz de involucrarse en un diálogo constructivo con otros jueces, pasados, contemporáneos e incluso futuros. En cambio, en la tradición de derecho continental, el buen juez es aquél que mejor *conoce* el derecho -concebido como un hecho ordinario- y que lo aplica fielmente de acuerdo con la voluntad del legislador, sin *agregar* contenido a la norma mediante una interpretación que encubra su modificación. La interpretación es una actividad a ser evitada, en lo posible, en su totalidad. Estas dos visiones de lo que el derecho es y las subsiguientes expectativas acerca de lo que los jueces deben hacer definen el contenido de la educación de los abogados y las expectativas de lo que debe suceder en las aulas. También determina las diferencias apreciables en ambos sistemas en cuanto a los mecanismos y procedimientos para la selección de jueces.

Dado que la tradición del derecho continental no espera –o incluso prohíbe– que el juez interprete el derecho, no tiene sentido intentar limitar la discreción interpretativa del juez mediante la exigencia de que sus interpretaciones sean consistentes con una única teoría de la interpretación que fundamente sus opciones interpretativas.

El derecho y, particularmente, el derecho constitucional, es expresado en el lenguaje ordinario de modo sumamente impreciso. Su naturaleza indeterminada implica que los textos jurídicos son extremadamente inespecíficos en cuanto a su significado, mucho más que el Código. El juez, en el proceso de aplicar el derecho, y particularmente el derecho constitucional, necesita dar al texto un significado y, así, tiene tres opciones al decidir cómo proceder y desarrollar su propia práctica.

La primera, que podríamos llamar la del juez *legalista*,[46] consiste en aplicar el derecho sin interpretarlo. Esta opción debe descartarse por impracticable: es

46. Damaska, *supra* nota 16.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 209 29/04/2019 16:57:17

imposible aplicar la Constitución, cuyo texto es tan abierto e indeterminado, sin interpretarla. El derecho siempre requiere interpretación y la separación de la aplicación de la interpretación es una ambición ingenua y, como ya se ha visto, imposible.

La segunda opción consiste en aplicar el derecho de acuerdo con la interpretación preferida por el juez de acuerdo con sus propios juicios de valor o criterios de justicia. Esta opción está asociada a cierto tipo de escepticismo -del cual la escuela de los *critical legal studies* es un ejemplo- acerca de la posibilidad de evitar la manipulación retórica del derecho por parte del juez, quien puede fácilmente enmascarar su voluntad y convicciones personales con lo que aparenta ser un argumento jurídico.[47] Este enfoque interpretativo es rechazado por quienes creemos que existe un ideal de justicia subyacente al derecho liberal que debe ser aplicado incluso contra la voluntad del juez, si este no es capaz de reconciliarse con él. La sumisión al derecho implica precisamente evitar la sumisión a la voluntad discrecional de aquellos con poder de decisión, como los jueces.[48] El enfoque escéptico podría descartarse sobre la base de que el derecho no es una cuestión que dependa de las preferencias de cada juez sino, más bien, la expresión de un ideal de justicia. Este hecho derrota a la voluntad del intérprete y sus juicios de valor personales.

La tercera opción es que el juez/intérprete aplique el derecho dejando sus propias convicciones morales a un lado. Sin embargo, no debería esperarse que evite todo juicio de valor, dado que este es un elemento inevitable en la interpretación de textos y, en particular, de aquéllos que adolecen de imprecisión y vaguedad.[49] Dejar las propias convicciones morales a un lado significa, en este contexto, que el juez debe realizar los inevitables juicios de valor requeridos por el proceso de interpretación de conformidad con una teoría interpretativa. Esta teoría establece los criterios y principios en función de los cuales el juez realiza un juicio de valor. Examinemos un ejemplo. La Constitución argentina dice en su artículo 14: 'Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa'. El gobierno decide prohibir y bloquear el acceso a un sitio de internet de noticias y opinión política porque es abiertamente crítico de su política económica. La decisión respecto a si esta acción gubernamental es constitucional está determinada por las palabras escritas en 1853 en el artículo 14 de la Constitución. Una lectura textual, literal u originalista de la Constitución podría sostener que no fue la voluntad del constituyente prohibir la interferencia estatal con expresiones

47. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, Parte 3.

48. Owen Fiss, "The Death of Law?" en Owen Fiss, *The Law as it could Be*, Nueva York, New York University Press, 2003, p. 191.

49. Nino, *supra* nota 7.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 210 29/04/2019 16:57:17

que no fueran realizadas a través de la prensa y, dado que la publicación de ideas en internet es diferente de la publicación de ideas en la prensa impresa, la expresión de opiniones políticas en internet no estaría protegida por el artículo 14. Sin embargo, si elevamos el nivel de abstracción de la descripción de la voluntad del constituyente,[50] podríamos sostener que la idea inicial no era proteger solo la expresión de opiniones publicadas en la prensa sino que estas son solo un ejemplo del tipo de expresiones protegidas por el artículo 14. Podríamos añadir también, usando un test contra-fáctico, que como la intención del constituyente era la protección de la auto-expresión, si internet hubiera existido en el S. XIX, esta forma de expresión hubiera sido incluida entre las especialmente protegidas. La opción del originalismo o del textualismo o del literalismo, o la opción de un cierto nivel de abstracción en la descripción de la voluntad constituyente original deben justificarse con razones que, a su vez, respondan a una teoría acerca de cómo interpretar el derecho - y en particular, la Constitución.

La mayoría de los jueces no elige una teoría interpretativa ni la explicita en cada caso en el que dicta sentencia. Sin embargo, cada vez que un juez decide de un modo u otro está descartando otras formas posibles de interpretar el derecho. Como dijo Dworkin, la línea que divide a la adjudicación de la filosofía del derecho se desvanece.[51] Esta elección solo puede realizarse sobre la base de una teoría interpretativa explícita o implícita, consciente o inconsciente. Inevitablemente, cada juez decide cada caso basándose en una teoría de la interpretación jurídica. Esta teoría interpretativa, unida a la exigencia de que sea consistentemente aplicada en todos los casos en los que el juez –o la comunidad de jueces– debe decidir, funciona como un *corset* que restringe las capacidades interpretativas discrecionales de los jueces. Los jueces ya no deciden las cuestiones valorativas que inevitablemente surgen durante el proceso interpretativo de acuerdo con lo que requieren sus propios valores. Más bien, deciden conforme a los estándares y directivas de la teoría interpretativa que adoptaron, la que, a su vez, deben ser capaces de justificar, por ejemplo, apelando a una teoría política, moral o metaética.[52] Por supuesto, hay razones para sostener que ciertas teorías interpretativas son deficientes o injustificadas mientras que otras son correctas y este es el punto desde el cual es posible criticar la tarea del juez-intérprete. Sin embargo, es imposible que los jueces interpreten el derecho sin tomar partido acerca de cuál es la teoría interpretativa correcta que justifica sus decisiones al asignar significado al texto jurídico.

50. Ibídem, pp. 77-105.
51. Dworkin, *supra* nota 6, p. 90.
52. Nino, *supra* nota 7, pp. 77-105.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 211 29/04/2019 16:57:17

2. Comunidad de intérpretes: la práctica de juzgar cómo debería ser

La concepción constructivista del derecho, ejemplificada por la novela encadenada de Dworkin y la catedral de Nino, supone que la determinación del significado del derecho y, por supuesto, de la Constitución, requiere un diálogo entre los intérpretes a fines de dotar a los textos jurídicos con significado a través del intercambio de argumentos en un proceso deliberativo que incorpora a diferentes generaciones a través del tiempo. Este diálogo tiene lugar no solo entre los jueces entre sí sino también entre estos y el resto de la comunidad jurídica, incluyendo a los ciudadanos. El proceso interpretativo que tiene por objetivo descifrar el significado elusivo de la Constitución debe, además, concluir en resultados consistentes a efectos de salvaguardar la integridad del derecho y, en particular, del derecho constitucional. Así, este diálogo entre intérpretes no solo es el mejor procedimiento epistémico para *conocer* lo que dice el derecho (o la Constitución) sino también el único modo de evitar conspirar contra la integridad del derecho. Solo una comunidad de intérpretes puede alcanzar este objetivo. Un mero agregado de intérpretes aislados entre sí no podría lograr esto, a menos que quisiéramos crear una obra dadaísta. En este sentido, creo que la práctica de juzgar requiere el desarrollo de un diálogo amplio al interior de esta comunidad de intérpretes, que tendría lugar entre los miembros presentes de la comunidad política y jurídica, pero que también abarcaría a otras generaciones que la constituyen -no solo a los presentemente vivos sino también a los pertenecientes a generaciones pasadas. Todos trabajarían juntos para construir una práctica constitucional significativa e inteligible.

He intentado distanciarme de la presentación usual del debate de derecho comparativo que yuxtapone la tradición del derecho continental con la del *common law*. El sistema jurídico argentino, inspirado por la tradición del derecho continental y, al mismo tiempo, por la tradición constitucional de los Estados Unidos (que, a su vez, posee rasgos heredados del *common law* británico), es un caso inusual que nos permite ver que el verdadero contraste es entre una concepción formalista del derecho, inherente a la tradición del derecho civil (pero que no es extraña a la tradición del *common law*), y una concepción constructivista del derecho como una práctica social, que subyace a la tradición del derecho constitucional. Por lo tanto, las dificultades del sistema jurídico argentino en la construcción de un significado integrado de la Constitución no reside en las supuestamente irreducibles diferencias entre la tradición del derecho continental y la del *common law*, sino en la tensión existente entre las concepciones formalista y constructivista del derecho que compiten al interior del inusual sistema jurídico establecido en Argentina, así como entre dos concepciones opuestas de

El imperio de Ronald Dworkin.indd 212 29/04/2019 16:57:17

la democracia que subyacen a la estrategia codificadora y al constitucionalismo, respectivamente.

Los extremos de estos dos pares de motivaciones teóricas –formalismo y constructivismo, por un lado, y democracia radical y constitucional, por el otro– están atrapados en una lucha permanente al interior del sistema jurídico argentino, cada uno conquistando diferentes áreas del sistema y de sus instituciones. El Código estaba basado en, y además trajo consigo, una concepción formalista del derecho que fue arrollada por las consecuencias de la adopción del modelo constitucional de los Estados Unidos. Este, a su vez, trajo consigo elementos del constructivismo jurídico y constitucional que se llevan mal con las implicancias de la estrategia codificadora. Las fuerzas de la tradición del derecho civil se evidencian en la visión dogmática del derecho: supremacía *de facto* de los Códigos sobre la Constitución, concebida como una mera declaración filosófica de principios o como una carta de navegación orientadora pero no vinculante, y casi nunca como un conjunto de límites jurídicos al legislador ni, por ende, al contenido del Código. La tradición del derecho civil también está presente en la enseñanza de los textos jurídicos como cuerpos sin vida cuyo significado es autoevidente. En cuanto al constitucionalismo, se evidencia en la concepción del derecho como una práctica social que le es inherente y en la comprensión compartida por la comunidad jurídica de que el significado de la Constitución depende de cómo los jueces interpreten el texto, incluso si disienten o si acuerdan pero por razones distintas. El constitucionalismo también se manifiesta cuando los jueces asumen la responsabilidad por el rol que ocupan firmando sus votos personalmente, en un gesto de adhesión a una práctica argumentativa de la que participan y que, reconocen, no tiene fin. La influencia del constitucionalismo también se observa en la publicación de las decisiones judiciales de modo que todos podamos participar en este vasto diálogo en busca del significado de la Constitución y del derecho en general. Ambos puntos de vista, el formalista y el constructivista –que inspiraron y fueron introducidos por la codificación y el constitucionalismo, respectivamente– luchan por establecer su supremacía sobre el otro al interior de un mismo sistema jurídico. Sin embargo, debe reconocerse que el primero está mejor posicionado, en los hechos, que el segundo.

El constructivismo de Dworkin y Nino es un intento por revelar el error en el que incurren formalistas y relativistas, y su empresa teórica debería ayudarnos a que los abogados y, sobre todo, los jueces jueguen al único juego que el derecho o, al menos, como dijo Dworkin, 'el derecho como lo conocemos', nos permite jugar.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 213 29/04/2019 16:57:17

El imperio de Ronald Dworkin.indd 214 29/04/2019 16:57:17

Parte III: Derecho Internacional y Derechos Humanos

El imperio de Ronald Dworkin.indd 215 29/04/2019 16:57:17

El imperio de Ronald Dworkin.indd 216 29/04/2019 16:57:17

Ronald Dworkin y el Derecho Internacional: un intercambio inconcluso*

*Robert Howse***

1. Introducción

Para sus amigos y colegas, entre los que me encuentro, la pérdida de Ronnie Dworkin hace ya dos años no podría haber llegado en un peor momento. Tal como lo demuestran sus últimas obras tanto como cualquier otra, su pensamiento y sus cuestionamientos, que despiertan e inspiran el debate filosófico, fueron una fuente inmensa de vitalidad, que parecía permanente porque respondía a la necesidad permanente de todos aquellos que tenemos la inclinación de pensar filosóficamente sobre los asuntos fundamentales del derecho y la política. Solo pude conocer a Ronnie durante los últimos años de su vida; en este tiempo él comenzaba a prestarle atención al derecho internacional, mi campo primario de investigación. Tanto en New York University (NYU) como en una conferencia notable en Berlín, fui testigo de los primeros esfuerzos de Ronnie por articular una teoría del derecho internacional, confrontando algunos de sus principales aspectos doctrinales y estructurales. El ensayo resultante, *A New Philosophy for International Law*, estaba bajo revisión al momento de la muerte de Ronnie. Fue publicado luego de su muerte en *Philosophy and Public Affairs*, editado por los colegas (y colaboradores cercanos de Ronnie) Liam Murphy y Sam Scheffler.[1]

No es sorprendente que la "nueva filosofía del derecho internacional" de Dworkin comience desde un relato sobre la inadecuación del positivismo y termine con una teoría interpretativa de moralidad política; estos movimientos reflejan o aplican el enfoque general del derecho de Dworkin. Lo que es, por el contrario, sorprendente es la confianza de Dworkin al aplicar este mismo enfoque a "un tipo de sistema jurídico" que carece de aquellas instituciones que, en los otros

* Traducción de Juan Nascimbene.

** New York University Law School.

1. Ronald Dworkin, "A New Philosophy for International Law", Philosophy and Public Affairs (2013) 41:1, 2-30. En adelante, ANPIL.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 217 29/04/2019 16:57:17

trabajos de Dworkin, apuntalan la interpretación jurídica como práctica normativa en las democracias constitucionales, a saber: una legislatura representativa y una corte suprema. Dworkin es consciente de la brecha institucional, y hace sugerencias sobre cómo puede cerrarse. ¿Pero acaso estas sugerencias no suponen que el derecho internacional podría y debería convertirse en algo distinto, como el marco constitucional de algún tipo de gobierno global?

En este ensayo breve, quiero sugerir (o por lo menos provocar a que pensemos sobre la posibilidad de que) la teoría interpretativa moral del derecho internacional pueda funcionar *dentro* de los aspectos institucionales del derecho internacionalya existentes: la descentralización, la falta de jerarquía y la fragmentación de los regímenes. Si nos liberamos lo suficiente del positivismo, deberíamos poder reconocer que la finalidad, la supremacía, la autoridad legislativa legítima, la jerarquía normativa, aunque todas son importantes para los relatos (típicamente) positivistas, no son esenciales para la integridad del derecho en una teoría interpretativamoral. En efecto, si el derecho internacional *estuviera* construido sobre todos estos aspectos institucionales, correría el riesgo de convertirse en despótico, o por lo menos en hegemónico, y el enfoque interpretativo moralconvertiría a Hércules en Zeus, por así decirlo. Al construir este argumento, me adscribo a cada uno de los elementos esenciales que Dworkin plantea en su teoría interpretativa moral en ANPIL, pero también busco hacer articulaciones más completas de algunos de estos elementos presentes en los trabajos de Dworkin plenamente desarrollados, en particular en *Law's Empire.* También recurriré a la filosofía del derecho internacional orientada al derecho natural de Hersch Lauterpacht, que representa un estilo de argumentación del derecho internacional con resonancias dworkinianas: por ejemplo, el rechazo de Lauterpach a las "brechas" en el derecho internacional y su oposición al *non-liquet* tienen mucho en común con la insistencia de Dworkin en que los jueces pueden y deben dar "respuestas correctas" aun en los casos más difíciles.[2] Asimismo, también me nutriré del pensamiento de Alexandre Kojeve, un filósofo hegeliano de izquierda que desempeñó un rol crítico en la redacción de uno de los tratados sobre comercio internacionalmás importantes de la posguerra, el GATT. En su trabajo sobre filosofía del derecho, Kojeve muestra cómo un orden jurídico universal global puede, no obstante, estar institucionalmente descentralizado.[3] Un orden de este tipo, según Kojeve, no necesita ser concebido como el producto de legisladores que gobiernan el mundo, ni requiere una corte mundial que tenga la última palabra en la interpretación.

Una advertencia. A Ronald Dworkin se lo asocia generalmente con lo que puede llamarse la escuela o el enfoque de la doctrina anglo-americana. Muchos

2. Ver Hersch Lauterpacht, "Some observations on the prohibition of '*non-liquet*' and the completeness of law".

3. Alexandre Kojeve, Outline of a Phenomenology of Right, tr. Bryan-Paul Frost y Robert Howse, con un Ensayo Interpretativo de Robert Howse y Bryan-Paul Frost, lnham, MD, Rowman & Littlefield, 2000.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 218 29/04/2019 16:57:17

de sus debates y de sus conexiones académicas se dieron dentro de esa comunidad, al igual que la mayoría de aquéllos que han estudiado profundamente su obra. Yo, sin embargo, vengo de un lugar bastante diferente. Fue *Law's Empire* el que me abrió al enfoque de Dworkin precisamente porque se asemejaba a la tradición continental en la que estudié filosofía. Para mí, Hans-Georg Gadamer fue el puente hacia Dworkin; *Law's Empire* se nutrió explícitamente de la hermenéutica filosófica a la que me expuse a través de sus conferencias en la Universidad de Toronto cuando era un alumno de grado; cuando leí *Law's Empire* siendo estudiante del primer año de derecho tuve una epifanía, yo había elegido estudiar derecho por razones puramente instrumentales y de repente vi la relación entre el estudio del derecho y mi orientación temprana hacia la hermenéutica normativa (Gadamer, Ricoeur, Leo Strauss, etc.). Por lo tanto, "mi" Dworkin es el Dworkin en su momento más alejado de la tradición o enfoque de la doctrina algo-americana. No obstante, aun si nunca pude dominar la técnica específica de argumentación que es lo distintivo de la legitimidad filosófica en la doctrina anglo-americana, no creo estar entrando en un terreno para el que no estoy calificado al discutir con las ideas de Dworkin sobre el derecho internacional; pues el título del ensayo de Dworkin indica que no propone una filosofía *del* derecho internacional sino *para* el derecho internacional, y por tanto los académicos y los que ejercen el derecho internacional son algunos de los destinatarios de su esfuerzo, sino los principales.

2. La inadecuación de los enfoques positivistas del derecho internacional

Dworkin comienza con un argumento sobre lo inadecuadas que son las teorías positivistas para proveer "un enfoque que nos ayude a decidir... qué es lo que el derecho internacional sostiene sobre determinados temas" (p. 5). Como él nota, los positivistas le otorgan una importancia mayúscula al consentimiento de los Estados para dotar de validez al derecho internacional; el consentimiento se utiliza como base para entender no solo el derecho convencional (tratados) sino también la costumbre e incluso el *ius cogens*; existe porque "suficientes estados para constituir la 'comunidad internacional' han *reconocido* reglas fundamentales como perentorias y no negociables" (p. 6).

La primera inadecuación que ha notado Dworkin sobre la visión positivista es que esta no da cuenta de cómo cualquier Estado que no haya prestado su consentimiento puede estar obligado por una norma de derecho internacional. Dworkin supone que es importante para el funcionamiento del sistema jurídico internacional que los Estados que no hayan prestado su consentimiento puedan

El imperio de Ronald Dworkin.indd 219 29/04/2019 16:57:17

ser obligados a seguir ciertas reglas jurídicas (p. 7). La segunda dificultad que Dworkin identifica en la visión positivista es que si lo fundamental es el consentimiento, entonces la "cuestión interpretativa dominante" se convierte en lo que las partes creyeron haber consentido en un momento determinado; e incluso en el caso de los tratados, donde existe un texto, las palabras del tratado pueden no ser decisivas. El intento de fijar un acuerdo común sobre qué pensaban las partes que estaban consintiendo probablemente lleve a un "callejón sin salida" interpretativo. Como Dworkin reconoce, una respuesta positivista podría ser simplemente delegar a una autoridad interpretativa, como una corte internacional, la "discreción de imponer la respuesta que desee" (p. 8). Pero Dworkin, aludiendo –creo yo– a la no aceptación generalizada de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, sugiere que no pareciera haber "disposición alguna entre los Estados a aceptar" tal delegación. Dworkin tiene, sin dudas, razón en que la autoridad interpretativa suprema universalmente reconocida de una corte mundial es un elemento esencial de un sistema jurídico internacional adecuado desde un enfoque positivista.

Pero yo agregaría que en este punto del análisis él parece insinuar –correctamente desde mi punto de vista y tal vez de alguna manera en tensión con el propósito de este ensayo– que hay algo sobre esta obstinación que no es meramente una clase de miopía temporaria o un compromiso inadecuado con el derecho internacional; puede tener una base más profunda que refleja una dificultad fundamental para modelar un sistema jurídico internacional desde una perspectiva positivista.

Una respuesta positivista alternativa, que Dworkin no trata, podría ser que los Estados de hecho *consintieron* que las reglas y los principios interpretativos fueran empleados para determinar lo que acordaron en un tratado; y mientras que los Estados puedan ver que aquello a lo que están obligados se corresponde con el texto del tratado interpretadosegún las reglas acordadas, la teoría del consentimiento funciona como fundamento de su obligación. Se considera que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y especialmente los artículos 31 y 32, que establecen las reglas y los principios interpretativos, tienen esencialmente el consentimiento universal de los Estados, y en efecto son ampliamente considerados como costumbre. No conozco un solo caso en el que un intérprete de un tratado haya considerado que estas reglas no son aplicables u obligatorias.

No obstante, cuando recurrimos al contenido de los artículos 31 y 32 de la CVDT, vemos rápidamente que lejos de impedir o dispensar de una teoría interpretativa moral, las reglas de la CVDT de hecho suponen o implican una teoría de este tipo. Recurramos a la historia de la negociación del tratado (CVDT 32), que sería una fuente altamente autoritativa si lo que estuviera principalmente en discusión fuera una forma de interpretación subsidiaria y *opcional*, que solo podría ser utilizada si los cánones *obligatorios* del artículo 31 de la CVDT no

El imperio de Ronald Dworkin.indd 220 29/04/2019 16:57:17

respondieran satisfactoriamente una pregunta interpretativa; con su énfasis en el objeto, el fin y el contexto del tratado, y su arraigo en la práctica y los acuerdos subsiguientes, como así también otras reglas de derecho internacional aplicables entre las partes, el artículo 31 de la CVDT, de hecho, le exige al intérprete de un tratado recurrir al mismo ejercicio constructivo que Dworkin le asigna a Hércules: resolver la cuestión interpretativa a través de una visión integral de la comunidad normativa relevante, en el primer plano del régimen de tratados, y en el trasfondo del sistema jurídico internacional como un todo. Pensar en el objeto y el fin de un tratado *antes* queen cualquier consideración sobre la historia real de sus negociaciones, requiere casi necesariamente tener presente la moralidad política sobre cuya base tendría sentido que los Estados, y en algunas instancias los individuos, aceptaran la obligación internacional en cuestión como *derecho*. Obviamente, uno podría preguntarse por qué los redactores de la CVDT, y los Estados que la consintieron decidieron poner el énfasis en la construcción del objeto y el fin en lugar del registro de aquello que fue consentido: lo que hicieron conlleva una visión del orden jurídico internacional como una empresa aspiracional y progresiva, y no como una mera intermediación de compromisos entre soberanos con intereses divergentes o simplemente para poner fin a un conflicto (como en los tratados de armisticio), sino más bien la creación de nuevos órdenes normativos, para los que el texto del tratado es el punto esencial de partida pero su *telos* o fin es lo que gobierna. ¿De qué otra forma, además, podría uno imaginarse la tendencia a adoptar enfoques dinámicos o evolutivos de interpretación de tratados, avalados, por ejemplo, en decisiones internacionales renombradas como el fallo del Cuerpo de Apelaciones en el caso *Shrimp/Turtle*?

Pero, por ahora, retornemos a las articulaciones de Dworkin sobre las dificultades del enfoque positivista. Yendo más allá de la cuestión de la interpretación de tratados, Dworkin sugiere que un enfoque positivista de la costumbre no funciona porque no existe una regla de reconocimiento adecuada. ¿Cómo distinguir las convenciones o costumbres que son obligatorias de las que no lo son? El positivista, por supuesto, se referiría al requisito de la *opinio juris*, es decir, que los Estados entienden que siguen la costumbre porque es una obligación jurídica. Dworkin parece ver esto como inadecuado, en ausencia de alguna explicación de por qué los Estados en general *pueden* o *deben* estar de acuerdo en que una convención en particular sea una obligación. ¿Por qué, sin embargo, no podría el positivista responder que esa explicación es innecesaria en tanto haya un entendimiento claro sobre el tipo de prueba que establece quelos Estados entienden, de hecho, una convención como obligatoria? La tarea del juez no es determinar qué convenciones crean obligaciones sino establecer como hecho qué convenciones aceptan los Estados como obligatorias. Mi conjetura es que la respuesta de Dworkin podría ser que esta evidencia es confusa, ambigua y frecuentemente dudosa. Quedan muchas preguntas sin resolver: cuánta prueba, de cuántos estados y de qué calidad; ¿cómo jerarquizar una nota diplomática en relación con

El imperio de Ronald Dworkin.indd 221 29/04/2019 16:57:17

la posición de un Estado en las Naciones Unidas, o en un litigio internacional, o un discurso del Ministro de Relaciones Exteriores en el Parlamento? y ¿cómo establecer el carácter continuo de la sensación de que la convención crea una obligación, especialmente cuando durante ciertos períodos de tiempo algunos Estados o incluso todos los Estados se desvían de su observancia? Al tamizar y valorar esta evidencia, las cortes y los tribunales no se guían por el tipo de reglas interpretativas establecidas en la CVDT: al valorar y ponderar la prueba ante ellos es casi inevitable que tengan en mente una noción de por qué una convención particular puede ser pensada como una parte necesaria o apropiada de un orden *jurídico* internacional deseable. Como ha sugerido Ruti Teitel, incluso si uno se remontara a los enfoques tradicionales de la costumbre, en los cuales la corte pone especial énfasis en "identificar" la costumbre basándose en la evidencia de la práctica estatal y la *opinio juris,* se puede ver frecuentemente que la corte se encuentra en efecto permeada por la visión dela conveniencia de la convención como norma jurídica, anclada en una concepción de la moralidad política propia del sistema jurídico internacional. Por tanto, como ella señala, en *Paqueta Havana*, la Corte Suprema de EEUU, considerando una cantidad de prueba de práctica estatal y *opinio juris* se guio de todos modos por lo que imaginaba que era la base moral de la convención en cuestión, la excepción de capturar buques pesqueros inocentes en tiempos de guerra: en última instancia estaba "basada en consideraciones de humanidad hacia una pobre y laboriosa orden de hombres".[4] Los enfoques más modernos de la costumbre ponen más énfasis en base lógica del contenido de una convención como un elemento del orden jurídico internacional, se apoyan en comentarios académicos, resoluciones de la ONU y otras fuentes que son declarativas de los fundamentos morales de las convenciones, en lugar de solo evidenciar el hecho de su aceptación por los Estados como obligaciones jurídicas.

Por último, Dworkin arguye que un enfoque positivista tiene dificultad en defender la noción de una obligación jurídica continua cuandocambian los gobiernos: "parece injusto que las personas sufran serias desventajas solo porque los políticos elegidos por personas completamente diferentes bajo constituciones totalmente distintas hayan firmado un documento muchos años atrás" (p. 10). En oposición, "lo que el derecho interno crea, lo puede destruir" (p. 10). Una posible respuesta positivista puede ser que, por lo menos en el caso del derecho de los tratados, *pacta sunt servanda* es un principio controlante que es una convención en sí misma a la que consienten los Estados cuando suscriben un tratado. Pero como señala Dworkin, esto es un argumento circular, dado que *pacta sunt servanda* se invoca aquí para *establecer* la noción de que los compromisos a los que un Estado presta su consentimiento crean obligaciones.

4. Teitel, Ruti, Humanity`s Law, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 176.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 222 29/04/2019 16:57:17

3. El concepto interpretativo del Derecho Internacional

Estas son las fallas o deficiencias del positivismo que establecen el contexto del esquema dworkiniano de la teoría interpretativa moral del derecho internacional. La premisa inicial de este ejercicio es imaginar una corte internacional con jurisdicción obligatoria sobre todos los Estados y con sanciones efectivas para hacer cumplir sus sentencias. Una teoría interpretativa moral debe permitirnos contestar "¿qué exámenes y argumentos debe adoptar esta corte hipotética para determinar los derechos y las obligaciones de los Estados (y otros actores y organizacionesinternacionales) que sería *apropiado* hacerlos cumplir coercitivamente?" (p.14).

Como señala Dworkin, en el escenario nacional la respuesta a esta pregunta depende de la visión sobre los respectivos roles que desempeñan los tribunales al hacer cumplir los derechos y las legislaturas democráticas o representativas al responder a las demandas de un cambio político. El derecho es una parte distintiva de la moralidad política porque no todas las demandas moralmente justificadas son adecuadas para ser respondidas por los tribunales a través de la exigibilidad de los derechosen oposición a "una acción política colectiva" (p. 12). Pero el marco institucional requerido se encuentra ausente en el plano internacional.

La jugada innovadora que hace Dworkin para responder a esta dificultad es proponer que se puede derivar una teoría interpretativamoraldel derecho internacional, en forma indirecta, como si fuera una teoría interpretativa moral interna de un Estado democrático constitucional; la cooperación internacional y de hecho la restricción internacional a su propia soberanía puede ser deseable o necesaria para que el Estado se acerque al ideal de reivindicar perfectamente la moralidad política de sus ciudadanos. Con relación a los derechos humanos, por ejemplo, "cualquier Estado, incluso uno que ha sido justo y benigno hasta el momento, mejora entonces su legitimidad cuando promueve un orden internacional efectivo que evitará su propia degradación futura a una tiranía" (p. 17). Las restricciones jurídicas internacionalesal uso de la fuerza se encuentran implícitas en el deber del Estado de asegurar la seguridad de sus propios ciudadanos, que pueden ser amenazados tanto desde el exterior como desde el interior del Estado, etc. El principio conglobante es, para Dworkin, el de la prominencia: "si un número significativo de Estados, que comprenden auna población significativa, ha desarrollado un código de práctica aceptado, ya sea a través de un tratado o de otra forma de coordinación, entonces otros Estados tienen por lo menos un deber *prima facie* de suscribir a esa práctica también, con la importante condición de que este deber se sostiene solo si una práctica más general en ese sentido, y que se expande de esa manera, mejoraría la *legitimidad del Estado suscribiente* y el orden internacional en general" (p. 19) (énfasis añadido).

La prominencia provee el principio interpretativo requerido para los documentos internacionales como la Carta de la ONU: "la interpretación que obtiene el

El imperio de Ronald Dworkin.indd 223 29/04/2019 16:57:17

mejor sentido del texto, dado el objetivo subyacente del derecho internacional, entendido como la creación de un orden internacional que proteja a las comunidades políticas de la agresión externa, proteja a los ciudadanos de esas comunidades de la barbarie nacional, facilite la cooperación cuando resulte esencial y provea alguna medida de participación del pueblo en su propio gobierno en todo el mundo" (p. 22).

Dworkin ilustra la operatividad de este principio interpretativo con el ejemplo de la intervención humanitaria. La interpretación estándar de la prohibición del uso de la fuerza en el artículo 2(4) de la Carta de las Naciones Unidas es que la intervención humanitaria forzosa está prohibida a menos que la autorice el Consejo de Seguridad. De esta forma, los juristas con intuiciones morales fuertes sobre el imperativode intervenir en Kosovo para prevenir o parar las atrocidades se encontraron aparentemente forzados a abrir una brecha entre la moralidad política ("legitimidad") y el derecho positivo de la Carta. Pero Dworkin señala correctamente que el artículo 2(4) debe ser leído teleológicamente, dada la suposición en el texto de que el uso de la fuerza está prohibido solo cuando sea contrario a los "Propósitos de las Naciones Unidas": "Pondríamos bajo los 'Propósitos de las Naciones Unidas' citados en el Artículo 2(4) a aquellos que emanan de la responsabilidad moral quetenían las naciones al crear esa institución: la responsabilidad de proteger a las personas de los peligros de la soberanía exacerbada del sistema westfaliano" (p. 23). Dworkin continúa apoyando esta interpretación al citar una variedad de documentos internacionales que discutenla responsabilidad que tienen los Estados en una situación en donde el Consejo de Seguridad no actuara, particularmente por el ejercicio del veto por uno o más de sus Miembros permanentes.

4. Las implicancias de la teoría interpretativa moral para el desarrollo de las instituciones internacionales

Resulta claro de la parte final de su ensayo que Dworkin cree que el derecho internacional visto a través de los lentes de la teoría interpretativa moral encontraría su realización o actualización en lo que Dworkin admite ser un mundo que es un mera posibilidad distante: donde una corte internacional tenga jurisdicción obligatoria y poderes coercitivos y donde haya una institución representativa global, una legislatura mundial. Lo mejor que puede ofrecer Dworkin es la esperanza de que los cambios en las reglas de votación e innovaciones similares en la Asamblea General de la ONU puedan llevar a alguna modesta aproximación a la legitimidad de una legislatura doméstica. Pero estas últimas páginas son especulativas y de sugerencia, tanto como el principio de "prominencia" parece

El imperio de Ronald Dworkin.indd 224 29/04/2019 16:57:18

profundamente arraigado en el enfoque de la teoría moral y política de Dworkin, mientras que al mismo tiempo desafía profundamente muchas concepciones del orden jurídico internacional.

Deseo extraer un conjunto de conclusiones de la prominencia distinto que aquellas que Dworkin parece extraer al final de su ensayo. En lugar de que el derecho mundial necesite algo que se aproxime a un Estado mundial, la prominencia, yo argumentaría, apunta a la "nacionalización" del derecho internacional, para usar una frase de Alexandre Kojeve. Kojeve, quien se hizo famoso por ser un defensordel estado mundial, el que algunos críticos como Leo Strauss temieron que pudiera ser una fórmula para el despotismo universal, desarrolló de hecho una visión alternativa del orden global en un libro que escribió durante la Segunda Guerra Mundial, mientras trabajaba para la resistencia en Francia: *Outline of a Phenomenology of a Right*. En su libro, Kojeve argumenta que un orden jurídico universal, verdaderamente internacional (en oposición al inter-estatal) emerge a través de los administradores y jueces nacionales que reconocen en las decisiones de los otros principios comunes de *Droit* (un entendimiento común de justicia o moralidad jurídica). Este reconocimiento permite, por lo menos en principio o potencialmente, que el derecho internacional se convierta en derecho nacional, esto es, que sea aplicado imparcial y desinteresadamente por cualquier juez en cualquier lugar del mundo, mientras que al mismo tiempo le permite al derecho nacional convertirse en "internacional", ser aplicado imparcial y desinteresadamente por cualquier juez en cualquier lugar del mundo. Dado que no hay divergencia entre el principio de moralidad política o jurídica nacional y el del plano internacional, o en efecto de cualquier otro Estado, el juez no está más en la posición de tener que favorecer, como un funcionario de ese Estado, sus demandas distintivas de moralidad política o jurídica.

Para Kojeve, como para Dworkin, el derecho internacional surge de la necesidad de los Estados de buscar una regulación jurídica más allá de su territorio para cumplir con la finalidad del derecho como tal, las demandas morales justificadas de los ciudadanos: "el *Droit* parece incapaz de actualizarse a sí mismo salvo que se convierta en 'internacional'".[5] Sin embargo, paradójicamente, Kojeve también estima que "es posible que [el *Droit* internacional] no pueda actualizarse a sí mismo sin dejar de ser 'internacional'". Será entonces cuestión de saber si debe convertirse en un Droit "nacional" en el propio sentido de la palabra.[6] Existe entonces un movimiento dialéctico entre la nacionalización de lo internacional y la internacionalización de lo nacional. Volvamos ahora al principio de prominencia de Dworkin.

Puesto que Kojeve, como Kant en su *Paz Perpetua*, vio a la fundación de la justicia o el orden jurídico transnacional o internacional como basada en

5. *Supra* n. 3, p. 316.
6. Ibídem, p. 315.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 225 29/04/2019 16:57:18

las demandas o los derechos de los ciudadanos, su teoría de la actualización del derecho globalmente, implica una condición progresiva de que todos los Estados deben tener lo que Kant llamó constituciones republicanas, i.e. deben fundarse en la moralidad política del ciudadano, lo que implica tener instituciones representativas y derechos que los individuos puedan hacer valer. Sin embargo, Dworkin no establece esta condición, no se refiere en efecto a una situación en la que el principio de prominencia demanda sumisión a normas jurídicas internacionales que también obligan a los Estados despóticos, teocráticos, o que de cualquier otra forma carecen de instituciones políticas y jurídicas nacionales legítimas. El principio de prominencia no explica por qué *estos* Estados se consideran legítimamente obligados por el derecho internacional. Hasta que estos Estados no hagan su transición hacia estructuras políticas y jurídicas basadas en la moralidad política de los ciudadanos, el carácter de su participación en un orden jurídico internacional no puede fácilmente articularse sobre el principio de prominencia. Para que en estas circunstancias una teoría interpretativa moral del derecho internacional continuara funcionando, se necesitaría postular alguna moralidad que no dependiera en última instancia para su expresión jurídica en el plano internacional de su derivación de imperativos de esquemas jurídicos y políticos a nivel estatal. En otras palabras, una moralidad cosmopolita que implique que los seres humanos tienen obligaciones o derechos respecto de los demás que deberían ser pasibles de expresión y protección jurídica independientemente de los esquemas jurídicos o políticos que existan dentro de los Estados. En mi opinión, esto requeriría desviarse del positivismo en una forma aún más radical que la que Dworkin estaba preparado a sostener. De esta forma, uno puede ser empujado hacia algo más cercano al enfoque grociano del derecho natural de Lauterpacht, formulado en abierta oposición al positivismo de su maestro Hans Kelsen[7], o al "derecho de la humanidad" de Teitel.

Al emplear una teoría interpretativa moral, una corte o tribunal internacional debería respetar el pluralismo de esquemas políticos y jurídicos exhibidos por los Estados que se encuentran obligados por la norma internacional en cuestión,[8] un número considerable de los cuales podrían ser vistos como ilegítimos desde la perspectiva de la teoría general de Dworkin sobre la moralidad política y jurídica. Una corte internacional con jurisdicción obligatoria y poder de coerción (de las cuales el Cuerpo de Apelaciones de la OMC es tal vez la aproximación más cercana) podría tener dificultades para obligar legítimamente a un Estado con estructuras jurídicas y políticas completamente diferentes a aceptar una interpretación del derecho internacional basada en la prominencia de la norma jurídica en

7. Lauterpacht, Hersch, The Grotian tradition in International Law and Kelsen's Pure Science of Law in supra n. 2.

8. Ver Howse, Robert y Langille, Joanna, Permitting Pluralism: The Seal Products Dispute and Why the WTO Should permit Trade Restrictions Justified by Non instrumental Moral Values, Yale Journal of International Law, Vol. 37, 2012.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 226 29/04/2019 16:57:18

la moralidad política de una democracia liberal. Podría aun, como se menciona más arriba, aplicar una teoría interpretativa moral, pero debería complementar la prominencia con la moralidad cosmopolita o una moralidad de la humanidad; la que de hecho sería plausible en el caso de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y tal vez también el uso de la fuerza.

Sin embargo, el caso de las cortes y los tribunales regionales y nacionales puede ser diferente (cuando el régimen regional supone o se basa, por lo menos de manera aspiracional, en la premisa de que todos en la región tienen esquemas políticos y jurídicos legítimos, i.e. aquellos que reflejan la moralidad política del ciudadano, el caso de los tribunales europeos y, en cierta medida, dadas las circunstancias actuales, también el régimen de los Derechos Humanos de las Américas). No sorprende que las teorías no positivistas del derecho internacional, como la de Lauterpacht, que no entienden el derecho internacional como un sistema autónomo divorciado de la moralidad política nacional, pongan énfasis en el rol que las cortes y los tribunales nacionales tienen en interpretar y aplicar el derecho internacional,[9] y en el valor de sus decisiones como jurisprudencia, como así también en la importancia que tienen los principios generales del derecho, que derivan de elementos comunes entre los distintos sistemas jurídicos del mundo, en la interpretación del derecho internacional. El propio Dworkin se refiere a esta última dimensión y antes de desviarse hacia las posibilidades de reforma institucional a nivel internacional parece casi reconocer la dialéctica kojeviana de la nacionalización de lo internacional y la internacionalización de lo nacional como una suposición de su enfoque: refiriéndose a la conexión del *ius gentium* con el derecho internacional, sugiere que "la interacción entre las normas internacionales y nacionales de derechos humanos es particularmente importante por esta razón".[10] (p. 21). Y, de hecho, cuanto más pueda alinearse la moralidad cosmopolita con el *ius gentium,* menor será la posibilidad de que su invocación por una corte o tribunal internacional que aplique una teoría moral interpretativa sea vulnerable a objeciones del tipo de las de Schmitt o Koskenniemi[11] de que la moralidad cosmopolita no es más que la moralidad de la democracia liberal transformada en una ideología universalizadora.

Tradicionalmente, en el mundo westfaliano, el rol de los tribunales internacionales fue concebido en términos de resolución de disputas entre Estados con intereses contrapuestos; la necesidad de una instancia internacional surgió de la noción de que no sería posible encontrar una solución aceptable para ambos Estados si cada Estado juzgara su propia causa. La legitimidad del adjudicador internacional surgió

9. Lauterpacht, Hersch, Decission of Municipal Courts as a Source of International Law in supra n.2.

10. Ver también Waldron, Jeremy, Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, Harvard law Review 119 (2005) y el capítulo 7 de Teitel, Humanity's Law.

11. Ver por ejemplo Koskenniemi, Book Review Ruti Teitel, *Humanity's Law*, 26 Ethics and International Affairs 395 (2012).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 227 29/04/2019 16:57:18

de su percepción como *árbitro neutral* entre dos Estados y, tal como observó Kojeve, la neutralidad nunca puede garantizarse porque este supuesto tercero neutral aun si es otro Estado, o de otro Estado, siempre tendría su *propio* interés particular en el orden internacional que podría afectar su juicio en el asunto. Pero si pensamos al derecho internacional no como una herramienta a través de la cual un árbitro neutral puede resolver en forma justa una disputa entre dos soberanos sino más bien como derivado de la moralidad política de los ciudadanos dentro del Estado y a la adjudicación como la aplicación de ese derecho de conformidad con la teoría interpretativa moral, entonces, la legitimidad del derecho aplicado en la adjudicación no proviene de la *supuesta* neutralidad del adjudicador sino de la naturaleza de la adjudicación; la integridad del derecho.[12] Una corte o un tribunal nacional o regional podría interpretar y aplicar el derecho en forma totalmente legítima siempre que actuara como el Hércules de Dworkin: interpretando la norma en cuestión de tal manera de que la haga coherente con un principio fundamental. Lo que significa imaginar una red de estructuras y decisiones que pertenecen al departamento del derecho en cuestión y en última instancia al sistema jurídico en general como un todo coherente unificado por un principio moral en el que se inserta la norma que está siendo interpretada. Precisamente porque las decisiones de un tribunal nacional o regional no obligan directamente con fuerza coercitiva a otros Estados, tenemos un control sobre el peligro de que el tribunal en su interpretación simplemente imponga una moralidad política interna sobre otros Estados. Por otra parte, si seguimos el principio de "prominencia" de Dworkin parece difícil imaginar que una corte nacional pueda ignorar la moralidad política del ciudadano, que es, después de todo, la última autoridad para un Estado (al menos uno democráticoliberal) que se somete a las obligaciones internacionales. En consecuencia, las cortes y los tribunales nacionales (y los regionales en aquellas regiones en las que existe una moralidad política común como la UE) se transforman en una característica institucional deseable. Pueden aplicar en forma apropiada una teoría interpretativa moral de tipo "robusta" (es decir, no limitándose a la moralidad cosmopolita) sin arriesgarse a la acusación de imperialismo o hegemonía sobre otros Estados que no comparten esta moralidad política.

Pero, si se recurre tanto a cortes y tribunales nacionales y regionales, ¿podría uno imaginar alcanzar alguna vez una jurisprudencia unificada del derecho internacional en lugar de un conjunto de interpretaciones divergentes basadas en la moralidad política de Estados individuales o de uniones del tipo federal, según lo entienden sus tribunales? Teitel y yo imaginamos un tipo de diálogo judicial entre cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales en la interpretación y aplicación del derecho internacional, que llamamos *cross-judging*.[13] Esto

12. Ver generalmente Law's Empire, capítulo 6.

13. Howse, Robert y Teitel, Ruti, Cross-Judging: Tribunalization in a Fragmented but Interconnected Global Order, New York University Journal of International Law and Politics 41:4 (2009). P. 959-990.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 228 29/04/2019 16:57:18

es, como hemos explicado, un diálogo fundamentado en la igualdad; ninguna de estas cortes o tribunales puede imponer coercitivamente su interpretación en la jurisdicción de otro, precisamente porque no tenemos una corte mundial como la que Dworkin nos invita a imaginar y (pareciera) a buscar. Por lo tanto, en el caso *Tadic* el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia rechazó explícitamente ejercer un control sobre la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia relacionadacon la responsabilidad internacional en el contexto del derecho penal. Pero aunque no se sometan simplemente a ellas, las cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales deben reconocer y atender las razones de los demás, en la medida en que esas razones puedan ser vistas como interpretaciones de principios. Y en la medida en que las razones puedan ser vistas de esta forma, y sean reconocidas como teniendo un peso persuasivo, las diferencias entre los esquemas políticos y jurídicos nacionales pueden terminar reduciéndose, al menos de la forma en que las cortes y los tribunales los imaginan. Esto es similar a lo que Kojeve imaginó como la dialéctica de la nacionalización de lo internacional y la internacionalización de lo nacional.

Habrá etapas en esa dialéctica en las que el profundo pluralismo o las diferencias profundas entre los esquemas políticos y jurídicos de los Estados limitarán la aplicación de la teoría interpretativa moral y entonces la actualización correcta del derecho internacional, y también las etapas de la aplicación de la "prominencia" por un tribunal nacional, podrían en forma implícita o explícita implicar un desafío a la interpretación o la aplicación del derecho internacional por instituciones internacionales. Hay dos ejemplos recientes de ello. En el caso *Kadi*, la Corte Europea de Justicia anuló la implementación por parte de las autoridades europeas de una resolución vinculante del Consejo de Seguridad de la ONU en tanto resultaba inconsistente con los derechos humanos como fundamentos principales de la Unión Europea (se encontraba en discusión una lista negra de personas involucradas en el apoyo financiero al terrorismo, lo que permitía el congelamiento de activos sin brindarle posibilidad alguna a la persona afectada de pedir una revisión o apelar la medida). También la Corte Constitucional de Italia desafió recientemente una sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Italia vs. Alemania,* en el que estableció, de una manera muy tradicional, westfaliana, que existía una norma consuetudinaria internacional de inmunidad soberana que le exigía a Italia prohibir las demandas judiciales contra Alemania por parte de sus ciudadanos que fueron víctimas de atrocidades en tiempos de guerra perpetradas por las fuerzas alemanas; la corte italiana sostuvo que los derechos exigibles contra los perpetradores de tales crímenes era un aspecto no derogable del orden constitucional italiano. En cada instancia uno podría decir que la moralidad política sobre cuya base, de acuerdo con la prominencia, el Estado tendría una obligación de someterse al orden jurídico internacional, estaba en tensión con los requerimientos positivos de dicho orden tal como se aplica o interpreta a nivel internacional. La positividad del derecho internacional en la

El imperio de Ronald Dworkin.indd 229 29/04/2019 16:57:18

instancia específica tuvo que ceder ante la moralidad que es la basede la obligación internacional como tal, en la teoría Dworkin. En el caso de *Kadi*, algo de la dialéctica kojeviana ha ya dejado de ser importante hasta cierto punto, como resultado de *Kadi*, el Consejo de Seguridad de la ONU se ha encaminado hacia un mecanismo rendición de cuentas o de revisión de la lista negra, poniendo entonces la toma de decisiones del Consejo de Seguridad en una mayor consonancia con la base moral del propio instrumento del que el Consejo deriva su autoridad, la Carta de la ONU.

5. Conclusión

Una teoría interpretativa moral como la que esboza Dworkin en uno de sus últimos ensayos no implica necesariamente y de hecho no debería implicar instituciones de tipo estatales a nivel internacional, incluso como un objetivo distante (aunque el propio pensamiento de Dworkin parecía ir en esa dirección). En cambio, un orden jurídico internacional se desarrolló y se desarrolla a través de un proceso que se parece a lo descripto por Alexandre Kojeve como la dialéctica de la nacionalización de lo internacional y la internacionalización de lo nacional o interno. Siendo una dialéctica, este proceso no está libre de tensión entre los diferentes niveles del orden jurídico. Dicha tensión, en las interpretaciones de distintos tribunales, e incluso ocasionalmente en el desafío a las reglas jurídicas positivas como las aplican las instancias internacionales, no es fatal al derecho internacional entendido como un sistema jurídico válido y justificado, una vez que uno se libera de presunciones positivas. Tampoco puede uno argumentar de modo convincente que nunca resultaría en una síntesis completamente estable o un derecho positivo unificado para el mundo. Para aquellos que desde una perspectiva democrática son escépticos a intentar alcanzar esa síntesis o unificación a través de lo que equivaldría a instituciones hegemónicas de un gobierno mundial, esto es un alivio y no una decepción. La multiplicidad de sitios donde se aplica e interpreta el derecho internacional con relación al derecho nacional y la moralidad política evita su transformación en una ideología universal y universalizante respaldada por un poder coercitivo de alcance global. Actualizar completamente el alcance global del derecho requiere que las cortes y los tribunales sean capaces de reconocer y responder a las interpretaciones de los otros, y esto es así incluso en el caso de la Corte Internacional de Justicia, dado que no difiere de ellos en su capacidad de desplegar su poder coercitivo de alcance global.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 230 29/04/2019 16:57:18

Conferencia sobre El Legado de Ronald Dworkin NYU/UBA. ¿Justicia transicional para erizos?*

*Ruti Teitel***

Estoy agradecida por la oportunidad de reflexionar en esta ocasión sobre la contribución de Ronald Dworkin a la justicia transicional en la Argentina a partir de mi propio compromiso con la transición en ese país, más que desde la perspectiva alguien que estudia a Dworkin. Los debates acerca de la justicia en la Argentina de 1980 resultarían ser formativos de mi propia teoría sobre la justicia transicional, que iba a terminar escribiendo durante la década de 1990.[1]

Es un capítulo menos conocido sobre la vida de Ronald Dworkin que su primer viaje a la Argentina fue por invitación delentonces primer presidente electo democráticamente post-junta, Raúl Alfonsín, e iniciado por su amigo y filósofo en el gabinete, Carlos Nino. Dworkin mostró su solidaridad con la nueva democracia en el período inmediatamente posterior a la transición del régimen militar. Como muchas personas aquí, sin duda, recuerdan, Ronald Dworkin vino en 1985 con un grupo de filósofos y asistió a una sesión de los juicios que tendría un fuerte efecto sobre él. Durante su tiempo allí, contribuiría a una parte del Prefacio al Informe de Comisión de la Verdad de Sábato, "Nunca Más".[2] Y luego, más tarde, contribuiría con un artículo, "*Un Informe desde el Infierno*" en el *New York Review of Books*. En estos trabajos describió el pasado político violento de la Argentina y los horrores del período militar, y también abogaría por la necesidad de castigar a los perpetradores.Esto sería una rara incursión en cuestiones de justicia en el contexto de la transición política a la democracia. Echemos un vistazo más de cerca a este compromiso.

* Traducido por María Victoria Bruno.

** New York Law School.

1. Ver Ruti Teitel, *Transitional Justice* (2000).

2. Ver *Preface*, *Never Again* (Farrar Strauss Giroux 1986).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 231 29/04/2019 16:57:18

1. ¿Lo personal es lo político? El compromiso de Dworkin con el debate sobre la Justicia Transicional de la Argentina

¿Por qué la Argentina? Al reflexionar sobre ese período Owen Fiss, profesor de Yale, comentó queel grupo de filósofos que viajaron allí durante la transiciónconocía a Carlos Nino, pero conocía muy poco sobre la Argentina o sobre los pormenores de la elaboración de políticas en materia penal que se estaban debatiendo.[3] Lo personal era lo político aquí,ya que la persona a la que era cercano Ronnie era Carlos Nino, el filósofo más destacado en la Argentina en aquel entonces, quehabía sido nombrado en el gabinete y quien a su vez estaba tratando de descifrar cómo lidiar con las atrocidades del pasado. Nino, a quien conocí en Praga durante la transición, era una personalidad carismática así como un pensador convincente. En la Argentina de aquel entonces, la tarea filosófica era difícil, ya que era necesario conciliar el ejercicio de justicia con las realidades políticas de la época. Como académico del derecho penal, Nino se encontraría en una posición difícil en el gabinete de Alfonsín; la de redactar primero la ley que establecería la base para el enjuiciamiento de los militares –un hito en la historia argentina–, pero luego presidiendo la limitación de los juicios, que en última instancia conduciría al final del involucramiento de los filósofos en la administración pública y luego al final del gobierno de Alfonsín.

La cuestión que quiero abordar aquí es únicamente la forma en que estos dos prósperos filósofos entendían el significado de la justicia en ese contexto histórico transicional, donde la elección de la paz frente a la justicia, como a menudo se lo enmarca hoy, parecía ocupar un lugar preponderante. En última instancia, el compromiso primordial de Nino para establecer y mantener la democracia lo llevaría hacia una dirección pragmática. Como veremos, fue apoyado en esta dirección por Dworkin, cuyo compromiso basado en principios con el problema de la justicia tendía a evitar abordajes dicotómicos a esos dilemas mientras adoptaba la deliberación pública en relación con los valores compartidos.

Por último, la cuestión normativa más amplia que plantea esta instancia histórica es la cuestión del rol del profesor de leyes o jurista como "intelectual público", ya sea de Nino en la Argentina, o, de Dworkin en los Estados Unidos y, de manera más global. En losEstados Unidos, uno podría decir que Dworkin personificó ese papel con sus frecuentes escritos sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde interpretaría los términos de las decisiones más importantes relativas al estado de derecho y los derechos individuales en formas que

3. Ver Owen Fiss, *The Death of a Public Philosopher*.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 232 29/04/2019 16:57:18

apuntaban a mostrar un continuo o, como él lo llamaría, el hilo coherente en el constitucionalismo estadounidense.

2. El problema de la Justicia en el contexto de la transición argentina

Incluso antes de convertirse en el primer presidente electo de la Argentina post-junta, Raúl Alfonsín (a quien también conocí durante ese período), había encargado a dos asesores, ambos filósofos del derecho penal, que lo guiaran en la política del nuevo gobierno en materia de derechos humanos y, en particular, para desarrollar criterios para el enjuiciamiento de violadores de derechos humanos. Tuve la suerte de conocer a ambos, Jaime Malamud y Carlos Nino, y hubo una conferencia en los inicios de la década de 1990 en Miami, con motivo del esperado regreso el presidente haitiano Aristide, a la que habíamos asistido todos y tuvevarias conversaciones acerca de la relación de la justicia y la democracia en ese momento en relación con Haití y las potenciales lecciones de las Américas.[4]

Jaime Malamud, al igual que Carlos Nino, tendría problemas con el alcance del juicio, o la cuestión de los criterios para establecer la responsabilidad por violaciones de derechos humanos, y por lo tanto la adjudicación durante la transición,[5] es decir, cómo establecer los criterios para la adjudicación de responsabilidad por violaciones de derechos humanos. Como lo expresó Malamud, "Varios problemas críticos surgieron en el curso del desarrollo de los criterios sustantivos para la adjudicación de responsabilidad. Los más prominentes de estos problemas fueron: (1) determinar los medios por los cuales anular la ley de auto-amnistía que los militares habían promulgado poco antes de renunciar al poder; (2) establecer grados de responsabilidad por violaciones de los derechos humanos y restringir el número de autores a ser llevados a juicio y (3) encontrar procedimientos por los cuales se logren estos dos objetivos".[6]

La cuestión de cómo circunscribir el alcance de la responsabilidad por las atrocidades del pasado cometidas durante el período de gobierno de la junta vendría a presentar tensiones extraordinarias para el gobierno en ese momento, y sería objeto de un debate acalorado tanto en la Argentina como en los Estados Unidos. Este era un tema que yo había visto por primera vez en 1991 en un artículo que me pidieron que escribiera para el *Council on Foreign Relations*, sobre

4. Irwin Stotzky (1999), "Creating the Conditions for Democracy" en Koh, Hongju y Slye, Ronald C. (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press.

5. *Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?* Autor(es): Jaime Malamud-Goti Fuente: *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, No. 1 (Feb., 1990), pp. 1-16

6. Ídem. p. 13

El imperio de Ronald Dworkin.indd 233 29/04/2019 16:57:18

la cuestión de si la construcción de la democracia en las transiciones del Cono Sur requería el enjuiciamiento de los gobiernosmilitares anteriores.[7] En 1990 debatí con Diane Orentlicher, cuya postura sobre la intervención intelectual externa la convertiría en el blanco de fuertes críticas por parte de Nino, quien caracterizó su visión de la existencia de un derecho absoluto de las víctimas al castigo de los perpetradores como "extremo", una posición de la cual él mismo se distanció claramente.[8]

El contexto político para la justicia en ese momento fue descrito por Malamud. Él identificó los riesgos aparentemente opuestos de la posibilidad de que luego de una serie de enjuiciamientos, los militares cerraran filas, mientras que, por otra parte, una política de amnistía o indulto evitaría la confrontación al dejar intacta la organización de los militares. Por lo tanto, los militares continuarían "sobreviviendo como un estado dentro del estado, conservando sus prerrogativas".[9]

Malamud dijo, sin embargo, que había dos razones principales para llevar a los militares a juicio. La primera era la disuasión. "Los autores potenciales pueden temer el aislamiento resultante de la opinión pública nacional e internacional derivada de las sentencias penales". Sin embargo, la segunda se refiere a las víctimas, y consistió en "restaurar la dignidad" a una población sometida por una casta gubernamental. "Los secuestros, la tortura, la violaciones sexuales y violaciones sistemáticas de derechos humanos similares inciden en más que solo la dignidad de aquellos que sufren directamente estos abusos. La indefensión de las víctimas tiene un impacto muy fuerte en la población en general". El sometimiento a la ley penal anula la supremacía de aquellos que previamente gozaban de una posición dominante respecto de esta y los convierte en ciudadanos comunes y responsables. De esta manera, los procesos penales restauran la dignidad a la ciudadanía y también demuestran respeto a las víctimas en un sentido amplio.[10]

Para los filósofos en el gabinete de Alfonsín en la década de 1980, el enfrentamiento del gobierno con los generales se convirtió en una prueba difícil. En ese momento, el dilema era que a pesar de las promesas de castigar los abusos a los derechos humanos del pasado, se necesitaba cierto límite, porque los militares amenazaban con derrocar al gobierno por temor a la amplitud del proyecto de rendición de cuentas.

El *Juicio al Mal Absoluto* de Nino relata esta historia. Mientras que en sus anteriores escritos académicos Nino había elaborado una "teoría de la pena basada

7. Ver Teitel, *How are the New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Human Rights Abuses?* (CFR Memorando publicado en Kritz Compendium 1997).

8. Ver Nino, *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: the Case of Argentina*, 100 Yale L. J. 2619 (1991)

9. Ver Malamud, *Human Rights Quarterly*

10. Ídem.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 234 29/04/2019 16:57:18

en el consentimiento" de inspiración kantiana, donde existe una obligación de castigar con el fin de respetar o reivindicar la autonomía moral del autor, *Juicio al Mal Absoluto* representa un importante alejamiento de esa perspectiva. Para Nino no eran y los derechos individuales sino un objetivo social lo que estaba más en juego y, por lo tanto, no era filosóficamente problemático limitar o seleccionar, o perseguir mecanismos alternativos, como fue el caso en el gobierno de Alfonsín, dada la resistencia militar, por lo tanto, la administración públicase haría conocida por una política de juicios selectos. [11]

Aquí, como veremos, el enfoque interpretativo de Dworkin basado en principios, tal como estaba evolucionando en aquel momento, contribuyó en al menos dos formas: en primer lugar, permitió a Nino re-conceptualizar la cuestión -no como una cuestión de derechos individuales, sino como una cuestión de interés público. Los escritos de Dworkin ofrecieron la distinción entre una justificación basada en derechos que contemplaría un deber universal de castigar, a diferencia de una que considera al castigo como parte de la búsqueda de objetivos y políticas basada en principios, justificada por la parte de la moral política que es derecho.[12] En segundo lugar, como se explica más adelante, el enfoque interpretativo de Dworkin aclararía los valores primordiales de la dignidad humana y la humanidad, informó una vista prospectivade la pena, expresiva y educativa.

En un pasaje que discrepa con la posición de los activistas de derechos humanos sobre la existencia de un derecho de las victimas al castigo de los perpetradores, Nino sostiene mostrando su jugada desde un punto de vista kantiano dependiente de la autonomía y el deber de castigar. Nino escribe: "condenar a aquellos que han renunciado a su derecho a no ser condenados, no se debe a que se haya reconocido que sus víctimas o sus familiares tienen el derecho a que se lleve a cabo esa condena. Es la consecuencia de una meta colectiva impuesta por la política de proteger los derechos humanos hacia el futuro. De esta manera, nadie puede exigir que esa condena sea universalizada a casos similares si de ese modo el objetivo de las condenas no va a ser logrado". En última instancia, veremos que el punto de vista deontológico del castigo se transforma para responder a la urgencia y la prioridad relativizada por los objetivos políticos más amplios de la transición democrática.

Nino presentaría la idea de "justicia democrática" proponiendo que el castigo eficaz y legítimo, de hecho, supone la democracia y que las tensiones

11. *The Human Rights Policy of the Argentine Constitutional Government: A Reply*, 11 Yale J. Int'l L. 217 (1985) cita a "medidas prospectivas" *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina*, 100 Yale L.J. 2619 (1991) Nino invoca a Dworkin por ofrecer su distinción entre los derechos individuals establecidos por principios y los objetivos colectivos impuestos por las políticas.

12. 100 Yale L J 13-15. Ver también Nino, *Ethics of Human Rights* p. 14 (1991) que fue publicado durante la transición (en referencia al Enfoque Interpretativo de Dworkin); Ver también *Deliberative Democracy and Human Rights.*

El imperio de Ronald Dworkin.indd 235 29/04/2019 16:57:18

en ese momento fueron precisamente en este contexto democrático, que estaba en sí alineado en el momento en que estos juicios estaban limitados. Al argumentar de ese modo, Nino estaba identificando el problema del estado de derecho transicional asociado con la transición política.[13] De hecho, Nino pasó a decir que los límites se justifican si lo que está en juego es la salvaguarda del futuro de la democracia misma. Por lo tanto, el compromiso primordial es con la democracia que, por supuesto, estaba en transición en ese momento.[14]

De hecho, esto sería apoyado por Dworkin en *El Imperio de la Justicia* en el que esboza su justificación para la discreción de procesamiento, siempre que sea en base a principios y no arbitraria.[15] En *El Imperio de la Justicia,* Dworkin muestra cómo iba a abordar el problema de la limitación del castigo basada en principios a través de su principio de "integridad" que, sostiene, podría ser de una mejor orientación que la coherencia: "la integridad es más exigente. Si las razones de un fiscal para no procesar a una persona se encuentran en la política... la integridad no ofrece razones por las que alguien más no debería ser procesado cuando esas razones de política están ausentes o se han revertido".[16]

En última instancia, el punto de vista que adoptó Nino fue que la "formación de una conciencia social contra los abusos a los derechos humanos depende más de la exposición de las atrocidades y de la clara condena de estas, que del número de personas que realmente son castigadas por ellas".[17] Este sería el enfoque adoptado a lo largo de América Latina, donde las alternativas a los juicios se convirtieron en la práctica de ese momento. "Nunca más" da fe del fin preventivo del castigo con vista al futuro.

Hoy es interesante reflexionar nuevamente sobre este argumento, en tanto la justificación por excelencia dada a lo largo de la región para la revisión contemporánea del castigo de los militares es la justificación de los derechos humanos, de ahí que a menudo se los ha denominado "los juicios de los derechos humanos" con el apoyo de los tribunales y, en particular, la elaboración de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[18] En relación con esto, se están elaborando justificaciones absolutistas del castigo.

13. Ver Ruti Teitel, *Transitional Justice,* pp. 11-26 (2000).
14. Ver *Deliberative Democracy and Human Rights,* pp. 110-113 (1999)
15. Ver *Law's Empire,* p. 224.
16. *Law's Empire,* p. 224.
17. Ver, 100 Yale L J, p. 13.
18. Ver Teitel, *Transitional Justice and Judicial Activism: Is there a right to accountability?*, Cornell Intl Law Journal (próximo a publicarse, 48: 3)

El imperio de Ronald Dworkin.indd 236 29/04/2019 16:57:18

3. Dworkin y el dilema de la Justicia Transicional de la Argentina

En *Un Informe desde el Infierno*,[19] Dworkin reflexiona sobre todo el período que involucra los cambios que llevaron a Alfonsín al poder y los juicios de derechos humanos en la Argentina. Describió las presiones en las páginas del *New York Review of Books*.

> El gobierno estuvo sujeto a intensas presiones políticas, de ambos lados de estas cuestiones. La comunidad de los derechos humanos –particularmente, las Madres de Plaza de Mayo– estaba indignada ante la posibilidad de que se dejara que las Fuerzas Armadas se juzgaran a sí mismas, o de que aquellos que, de hecho, habían torturado y masacrado a sus conciudadanos pudieran escaparse de cualquier condena. Pero Argentina necesitaba enterrar su pasado además de condenarlo, y muchos ciudadanos sentían que años de juicio socavarían la nueva sensación de comunidad que había producido la victoria de Alfonsín. Y cualquier plan de persecución penal general, alcanzando más que la estructura de mando, podría irritar a los militares y hacer que consideraran al nuevo gobierno como un enemigo, lo que era poco prudente en una nación en la cual los golpes militares se habían vuelto casi un ritual.

Luego pasó a discutir los dos temas centrales que están siendo enfrentados: la jurisdicción aplicable al juicio y el alcance de la responsabilidad individual a ser adjudicada considerando el aparato de seguridad en juego. "El nuevo gobierno declaró formalmente sus intenciones en una extensa ley, la Ley 23.049, del 14 de febrero de 1984, elaborada principalmente por uno de los asesores de Alfonsín: Carlos Nino, un filósofo del derecho, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La ley resolvería la cuestión de la jurisdicción: todos los procesamientos contra los militares por presuntos crímenes cometidos bajo el amparo de una guerra contra los subversivos, incluyendo aquellos iniciados por el ministerio público y por ciudadanos privados, debían ser juzgados, en primera instancia, por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas bajo sus 'procedimientos sumarios'. Mientras que las decisiones del Consejo Supremo estaban sujetas a la revisión automática de la Cámara Nacional de Apelaciones de naturaleza civil".

En cuanto a la cuestión de los parámetros de la responsabilidad penal: "disponía, en el Artículo 11, que en ausencia de prueba en contrario, cualquier miembro de las Fuerzas Armadas que actuare 'sin capacidad para tomar decisiones' se presumiría con razón haber considerado todas las órdenes recibidas como órdenes legítimas, excepto que esta presunción no se sostendría si los actos cometidos eran

19. Ver Dworkin, *A Report from Hell*, New York Rev of Books, 17 de julio de 1986, p. 8.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 237 29/04/2019 16:57:18

'atroces' o 'aberrantes'. Esa disposición creaba, en los hechos, tres categorías de acusados: los oficiales de alto rango que no podían alegar la justificación de que meramente estaban cumpliendo órdenes; y los oficiales de menor rango (junior) y los demás empleados que podían alegar tal defensa".

Dworkin identificó con el derecho civil la resolución de los dilemas centrales involucrados en el problema de la búsqueda de la justicia con relación a la penetración de las fuerzas armadas después de la guerra sucia–es decir, mientras habrían empezado con sus propios juicios, con crítica a los tribunales civiles. Por otra parte, uno podría decir que la modificación de los principios de Núremberg de la Argentina era que no había defensa alguna a "órdenes atroces o aberrantes".

4. Juicios de los Torturadores: Justicia para la Democracia

Más allá de su análisis de la legislación que otorga jurisdicción, Dworkin también escribió acerca de las audiencias de los juicios a los torturadores a las que asistiópara el *New York Review of Books:*

> Asistí por un día a los juicios junto con un pequeño grupo de filósofos y abogados británicos y estadounidenses con los que había ido a Buenos Aires a discutir sobre derechos humanos y civiles con miembros del gobierno de Alfonsín. En un solo día escuchamos dos testimonios que confirmaron la ilegalidad arbitraria y absoluta y la violencia sexual, del mundo que los torturadores habían creado para sí mismos y para sus víctimas"... La mayoría de los testigos tenía más o menos la misma historia para contar al tribunal: la historia del secuestro y la tortura hecha conocida por Nunca Más. Los sombríos e impactantes detalles eran a la vez posteriormente difundidos a la nación en los diarios y periódicos especiales y por la televisión. Los jueces no solo buscaban recabar información sobre las experiencias personales de cada testigo sino también sobre las de otras personas desaparecidas que hubieran conocido o visto en los centros, aquellos que nunca regresaron.[20]

Luego analizó el impacto de los juicios de los militares:

> De modo que el juicio a los comandantes ha concluido, y fue un acontecimiento de inmensa importancia. Exploró judicialmente, en general y en detalle, toda la red oficial de ilegalidad y ultraje; la publicidad que atrajo el juicio sirvió de catarsis nacional. Los veredictos reivindicaron el principio

20. *Report from Hell,* p. 10.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 238 29/04/2019 16:57:19

> fundamental de que el gobierno no puede colocarse sobre la ley, y ha provocado alta satisfacción mundial que Argentina haya retornado al respeto por los derechos humanos y el estado de derecho. Sin embargo, en muchos sentidos, el juicio a los comandantes fue legalmente mucho más fácil, moralmente menos desconcertante y políticamente menos peligroso que los próximos juicios contra aquellos que estaban más abajo en la cadena de mando, que los defensores de los derechos humanos esperan vengan a continuación. No hubo dificultades probatorias importantes en el juicio a los comandantes.

Respecto de los comandantes, Dworkin fue claro acerca del requerimiento moral de los procesamientos: "solo fue necesario mostrar lo que Nunca Más ya había establecido, que el patrón de terror era tan consistente y organizado que los que en definitiva estaban a cargo lo debían conocer y adherir a él. No podía haber objeción moral alguna en declararlos responsables por lo que habían dirigido o permitido. No había duda de que no estaban actuando bajo órdenes de algún superior. Tampoco era posible que las actuales Fuerzas Armadas objetaran, o quedaran desmoralizadas, por el juicio y la condena de comandantes que ya estaban retirados, o habían renunciado, y varios de los cuales habían quedado desacreditados de todas formas por la Guerra de Malvinas".

Pero luego Dworkin pasó a analizar los restantes dilemas relativos al trazado de los parámetros de la responsabilidad con respecto al resto de los militares. Más allá del castigo a los comandantes, ¿dónde trazar la línea en cuanto a la justicia transicional? Dworkin reconocería la debilidad de la transición y del gobierno, así como de la economía y la situación políticaen aquel momento. "Tampoco el nuevo gobierno está aún plenamente confiado de la estabilidad política. Las elecciones en el Congreso el otoño pasado, se vieron opacadas por los bombardeos atribuidos a la derecha y Alfonsín consideró necesario declarar un estado de emergencia, por un período corto, para atender lo que denominó graves amenazas de disturbios". De hecho, hubo amenazas al propio Presidente. Teniendo en cuenta estas inseguridades, Dworkin pasó a decir: "en estas circunstancias, el gobierno tiene buenas razones para evitar políticas divisorias, que puedan alienar a las Fuerzas Armadas". Aún así, no apoyaba la imposición de límites en los juicios a los torturadores: "no obstante, debemos esperar que el gobierno de Alfonsín tome el riesgo y procese a cualquiera de quien pueda probarse que torturó o mató civiles, aún siguiendo órdenes, aún si resultara que solo un pequeño número de personas puede ser condenada". "*El mundo necesita un tabú contra la tortura. Necesita una convicción arraigada e indudable de que la tortura es criminal en cualquier circunstancia, de que nunca hay una justificación, o una excusa, para esta; de que todo aquel que la inflige comete un crimen contra la humanidad*" (itálica agregada por la autora).[21]

21. Ibídem, p. 12.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 239 29/04/2019 16:57:19

Dworkin continuó:

> La Argentina va a servir mejor a la causa de los derechos humanos no perdiendo la espectacular oportunidad de respaldar esa convicción. La tortura ya es condenada en casi todas partes; incluso los soldados argentinos más jóvenes aparentemente sabían que lo que hicieron era ilegal y estaba mal. Pero la tortura es usada en casi todas las partes y la discrepancia es, en parte, el resultado de una opinión ampliamente extendida de que en algunas ocasiones puede justificarse, de que es defendible cuando se la ejerce de manera cuidadosa destinada únicamente –por ejemplo– para extraer información necesaria para salvar vidas del terrorismo. La pesadilla de la Argentina muestra una de las muchas falacias de esta postura. La tortura no puede limitarse quirúrgicamente solo a lo que es necesario para lograr un objetivo determinado, porque una vez que se viola el tabú se destruye la base de todos los otros límites de la civilización que es la sensibilidad ante el sufrimiento.[22]

> Las Madres de Plaza de Mayo, y aquellos otros que reclaman el enjuiciamiento de todos los torturadores y asesinos en las filas militares, tienen razón, –no porque tengan derecho a vengarse, sino porque la mejor garantía contra la tiranía, en cualquier parte pero especialmente en países como la Argentina donde las tiranía a menudo ha parecido aceptable para la mayoría, es una comprensión pública agudizada de por qué es repulsiva. Los juicios que exploran y aplican la idea de que la tortura no puede ser defendida pueden contribuir a esa comprensión. Permitir que conocidos torturadores permanezcan en posiciones de autoridad, sin cuestionamientos y sin condenas, no puede más que debilitarla.

¿Qué hacer del contundente argumento de Dworkin a favor del castigo? Escribiendo a partir de lo que había visto y oído en los juicios, con relación a la tortura y el sufrimiento de aquellos que fueron secuestrados, la visita de los filósofos se produjo durante uno de los momentos más dramáticos del gobierno de Alfonsín. Bajo estado de sitio, y como invitado del gobierno, Dworkin articuló una posición fuerte e independiente, aunque matizada, en apoyo a la continuación de los juicios-no para la venganza o, incluso, en nombre de las víctimas en particular, sino con el objetivo de mirar hacia adelante; lo que él llama "la mejor garantía contra la tiranía". Parece enmarcarse en una postura humanitaria inspirada en Rousseau. Al escribir sobre el problema distintivo que plantea la tortura respaldada por el Estado, Dworkin advierte acerca de la importancia de un humanitarismo básico, es decir, de la necesidad de condenar la tortura debido a nuestra humanidad compartida[23] "porque una vez que se viola

22. Comparar Jeremy Waldron.
23. Ruti Teitel, *Humanity's Law*, Capítulo 2 *re Rousseau*.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 240 29/04/2019 16:57:19

el tabú se destruye la base de todos los otros límites de la civilización que es la sensibilidad ante el sufrimiento".

La perspectiva interpretativa de Dworkin basada en principios ofreció una manera de replantear y mediar la vista de polos de intereses y "derechos" aparentemente dicotómicos u opuestos. Mientras que, por un lado, pareciendo comprender la fragilidad del régimen de Alfonsín y los intentos del gobierno de contener los juicios, que resultarían en la ley de punto final acortando los plazos de prescripción, Dworkinno obstante alegó en su artículo para el *New York Review* a favor del procesamiento de *cada* torturador. ¿Hasta qué punto pudo existir una brecha entre Nino y Dworkin sobre este punto? ¿O bien pudo ser estratégico este lenguaje que suena absolutista?

A primera vista, la necesidad imperativa de castigar de Dworkin puede ser vista como deontológica, elaborada a partir del deber de Kant a los perpetradores, que animó los primeros escritos de Nino. Pero no viene de allí. Más bien, está escribiendo manifiestamente desdelos principios con relación a la educación democrática o la enseñanza de la anti-tiranía y abogando por los juicios como lecciones para enseñar los fundamentos de la democracia, con respecto a la centralidad de la dignidad humana y la preocupación por la humanidad y su protección como un pilar de lo que uno podría llamar a la enseñanza o la pedagogía de la democracia.

Seguramente hay un paralelo o una superposición aquí con la justificación preventiva prospectiva de Nino.[24] En *Juicio al Mal Absoluto*, al contar la historia de la evolución de la política de justicia en la Argentina, Nino articula los propósitos educativos de los juicios, donde propone que estos son los antídotos para la toma de decisiones cerradascaracterizada por sociedades autoritarias, lo que él llama "elitismo epistémico moral".[25] Nino dice "el efecto educativo de los juicios puede ser sentido en diferentes sectores de la sociedad, "por la sociedad en general que descubrió que estaba haciendo la vista gorda, por los grupos que respaldaron activamente a los perpetradores, que a través los juicios se vieron forzados a admitir la magnitud de las atrocidades... y por aquellos que precipitaron las violaciones a los derechos humanos".

Nino, el asesor del gobierno, continuó argumentando que se trataba de promover la democracia apoyándose en Dworkin: "el resultado es un proceso de deliberación colectiva que es especialmente favorable a superar la tendencia hacia el tipo de elitismo moral que respalda la toma de decisiones no democrática que subyace tales violaciones masivas. A través del proceso de deliberación, estas personas pueden despojarse de sus convicciones previas y, al mismo tiempo, darse cuenta de que el conocimiento elitista moral es muy poco fiable... También existe la posibilidad de que la deliberación, a pesar de todas las tensiones, facilite la convergencia en torno a valores básicos o cree, en términos de Ronald Dworkin,

24. Ver Nino, *Radical Evil on Trial*, p. 182.
25. Ibídem, p. 132.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 241 29/04/2019 16:57:19

'una comunidad de principios' tan vital para una democracia.[26] Nino añadió una justificación relacionada con la democracia; desarrolla en otra parte del mismo relato cuál es la contribución distintiva de los juicios:

> Los juicios promueven la deliberación pública de manera única. La deliberación pública contrarresta las tendencias autoritarias que han llevado, y continúan conduciendo a un debilitamiento del sistema democrático y a violaciones masivas de los derechos humanos. Toda deliberación pública tiene este efecto, pero sobre todo cuando el efecto de la discusión pública es esas mismas tendencias autoritarias. La revelación de la verdad a través de los juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso colecto de auto examen... El contraste entre la legalidad de los juicios y la forma en que el acusado actuó se observa de forma prominente en la discusión pública y contribuye aún más a la apreciación colectiva del estado de derecho. La discusión pública también sirve como una válvula de escape para las emociones de las víctimas y promueve la solidaridad pública, que a su vez contribuye a que las víctimas recuperen su autoestima.[27]

5. Referencias proféticas

¿Qué pasa con la Argentina de hoy en día? Simplemente, ¿cómo puede uno conceptualizar los juicios actuales relacionados con abusos de los derechos humanos ocurridos en el pasado en los enfoques de Nino y Dworkin que se desarrollaron para el contexto de la transición política a la democraciaoriginal? Los juicios actuales no se llevan a cabo bajo la sombra de una reciente transición democrática vulnerable o frágil sino bajo la sombra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha desarrollado una doctrina de derechos humanos que establece un derecho de las víctimas y, de hecho, sus familias, a la investigación y castigo de los abusos a los derechos humanos ocurridos en el pasado, lo que he descrito en otros trabajos como un "derecho a la rendición de cuentas".[28] No queda claro a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en qué medida esta tomaría en cuenta las decisiones provenientes de la deliberación democrática interna de los países, así como las demandas de construcción democrática estatal en la definición de los contornos o límites del derecho de las víctimas a la rendición de cuentas. La amnistía limitada, basada en políticas consistentes y equitativamente aplicadas que se fundamentan en la moral política

26. Nino, citando a Dworkin, *Law's Empire* (1986) pp. 208-24.
27. Nino, *Radical Evil on Trial,* p. 147.
28. Ver Teitel, *48 Cornell Intl Law Journal* (próximo a publicarse).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 242 29/04/2019 16:57:19

democrática, puede ser compatible con el derecho como un campo de principio moral, de mismo modo que, al mismo tiempo, las exigencias de la moral política democrática, entendida en un contexto de transición de la re-educación social para la democracia, posiblemente podrían requerir, como sostuvo Dworkin, por ejemplo, que *todo* torturador debe ser procesado.

Consideremos otra configuración más reciente en la que el espectro del terror ha sido invocado para cuestionar compromisos constitucionales ya establecidos, cuando fue revisado el problema de la tortura en los Estados Unidos debido a la Guerra Global Contra el Terrorismo y las acciones tomadas por debajo de nuestro control. En cierto sentido, Dworkin, revisando las cuestiones que había discutido en el contexto argentino, regresaría a esos temas describiendo a "la tortura como el más profundo insulto a la humanidad, el más profundo ultraje a los derechos humanos".[29]

En un análisis de los casos de tortura por parte de los estadounidenses en la llamada guerra global contra el terrorismo, en el *New York Review*, y en un libro *¿Es posible aquí la Democracia?*[30] Dworkin condenaría la tortura en términos claros. "Si estoy en lo cierto, su pretensión presupone que no sometamos a los detenidos sin proceso a un trato rudo y a métodos de interrogatoriocuestionables. Pero debemos estar dispuestos, por respeto a nuestras propias tradiciones y valores, a aceptar cualquier pérdida de eficacia desconocida que esta deferencia a la moral pueda implicar". Luego pasó a señalar que esta determinación era ya una cuestión de derechos constitucionales: "nuestra Constitución exige que corramos ese riesgo en nuestro proceso penal ordinario... El mundo está conmocionado por nuestra disposición a abandonar lo que afirmamos que son nuestros valores más fundamentales solo porque nuestras víctimas son extranjeras. Debemos esperar que *Camp X-Ray* y Abu Ghraib pronto se conviertan en símbolos de aberración nacional, tal como los campos de internamiento japoneses-estadounidenses de la Segunda Guerra Mundial, que debemos tener cuidado de no repetir, en vez de evidenciar en lo que, para nuestra vergüenza, nos hemos convertido ahora".[31]

6. Filosofar y la transición política: ¿el cambio desde dentro y desde fuera?

¿Por qué traer a Ronald Dworkin y su encuadre a la Argentina y a los juicios? No había una falta de filosofía; de hecho, durante un tiempo, la Argentina tuvo

29. *Is Democracy Possible Here?*, p. 39.
30. Ídem.
31. "*What the Court really said.*:", NY Rev of Books, 14 de julio de 2004.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 243 29/04/2019 16:57:19

a dos destacados filósofos del derecho en su gabinete dando forma a la política de derechos humanos del país. Tampoco había una sensación, a diferencia de hoy, de que las políticas adoptadas tuvieron que ser legitimadas en términos de derechos ante un organismo supranacional o la comunidad mundial. De hecho, Nino tenía razones "relacionadas con la democracia" para oponerse al "intervencionismo de élite" de algunos expertos externos bien dispuestos.[32]

Mi propia opinión es que el papel de Dworkin y otros filósofos foráneos no era la legitimación externa de las políticas adoptadas ni la aplicación de una mayor experiencia o sabiduría en la elaboración de las políticas. Más bien, la participación de filósofos foráneos enriqueció los recursos pedagógicos necesarios para la transición a la democracia. Además, en lugar de legitimar las decisiones tomadas por la Argentina ante la comunidad exterior, la presencia de los filósofos facilitaría el *aprendizaje* mundial a partir de los desafíos transicionales de la Argentina y la forma en la que eligió responder.

El enfoque de Dworkin es uno que promete la integración de políticas y derechos dentro de un marco informado por el principio moral liberal de la moral política democrática. Es posible que haya visto una especial necesidad de su pedagogía filosófica en las circunstancias de la transición de la Argentina. Pero volver a examinar las lecciones que Dworkin trajo a la transición de la Argentina y desde ella, podría aportar en realidad una mayor claridad y una brújula moral más acertada para los Estados Unidos mientras volvemos a examinar las profundidades de nuestro propio pasado reciente y buscamos el sendero correcto.

32. Esto se conecta con su defensa de la democracia, que él extendió al ámbito internacional, sobre la base de su valor epistémico para alcanzar soluciones morales correctas (es decir, imparciales) para los conflictos inter-subjetivos. Ver, Nino, *The Ethics of Human Rights* (1991).

El imperio de Ronald Dworkin.indd 244 29/04/2019 16:57:19

¿Es la concepción de los derechos humanos de Ronald Dworkin una buena interpretación de la práctica de los derechos humanos contemporáneos?*

*Julio Montero***

1. Introducción

Desde la adopción misma de la Declaración Universal, filósofos/as, politólogos/as, y expertos/as en derecho internacional discuten sobre la verdadera naturaleza de los derechos humanos. Discuten, por ejemplo, sobre si los seres humanos que vivían en cavernas hace miles de años gozaban de derechos humanos; sobre si los derechos humanos incluyen realmente derechos a bienes, oportunidades y servicios, o se restringen en cambio a derechos puramente negativos; sobre si pueden ser violados por corporaciones transnacionales y organismos internacionales o solamente por los estados; sobre si su alcance es meramente doméstico o se extiende al plano global. Estas discusiones no tienen un interés puramente teórico. Por el contrario, el modo en que respondamos a estas preguntas puede tener un impacto decisivo sobre el futuro de los derechos humanos.

En las últimas décadas, los debates sobre derechos humanos han tendido a ordenarse en torno a dos concepciones rivales: las concepciones naturalistas y las concepciones políticas. Las concepciones naturalistas comprenden los derechos humanos como normas orientadas a preservar ciertos rasgos, capacidades, o intereses de la persona humana contra las actividades de cualquier agente. Desde esta perspectiva, los derechos humanos constituyen una clase especial de derechos naturales de los que gozaríamos incluso en un imaginario estado de naturaleza.[1] Por su parte, las concepciones políticas los conciben como estándares

* Una versión preliminar del presente trabajo fue presentada en la Segunda Conferencia Anual UBA-NYU sobre el legado de Ronald Dworkin, realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 7 y 8 de mayo de 2015. Deseo agradecer a los/as participantes en el evento por sus valiosos comentarios y sugerencias.

** CONICET - Universidad de Buenos Aires.

1. Gewirth, A., *Human Rights: Essays in Justification and Application*, Chicago, University of Chicago Press, 1982, cap. 1; Griffin, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, cap. 2.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 245 29/04/2019 16:57:19

que desempeñan una función específica dentro del actual sistema de estados. Esta función es la de restringir la soberanía nacional, justificando una respuesta de la comunidad internacional cuando los derechos humanos son violados por los gobiernos. Por consiguiente, para la concepción política, los derechos humanos son derechos que las personas tienen exclusivamente respecto de sus gobiernos, y podrían dejar de existir si el tablero político actual se viera significativamente alterado.[2]

En *Justice for Hedgehogs*, Dworkin rechaza estas dos concepciones, argumentando que ambas son incapaces de satisfacer las condiciones estipuladas por el método interpretativo que él mismo propuso en *Law's Empire* y otros escritos.[3] En su lugar, propone comprender los derechos humanos como normas que resguardan la dignidad humana contra actitudes despreciativas por parte de los gobiernos. En otras palabras, de acuerdo con él, los derechos humanos son violados cuando los gobiernos se rehúsan a tratar a sus gobernados como seres humanos cuya dignidad importa. Dado que este comportamiento socava su autoridad, los derechos humanos constituyen a fin de cuentas condiciones para la legitimidad política.[4] Voy a referirme a esta interpretación como la concepción del desprecio.

En este artículo examino las críticas de Dworkin contra las concepciones naturalistas y políticas y argumento que su interpretación de los derechos humanos es vulnerable a objeciones similares. Voy a comenzar revisando brevemente las condiciones que una interpretación razonable de una práctica social debe satisfacer de acuerdo con el método de la interpretación constructiva. Luego, evaluaré las diversas concepciones de los derechos humanos mencionadas a la luz de este método y mostraré que todas ellas, incluida la de Dworkin, son deficientes. Finalmente, propondré un esquema alternativo que puede ayudarnos a desarrollar una interpretación más fructífera de los derechos humanos contemporáneos. A diferencia de las concepciones anteriores, mi propuesta será de naturaleza pluralista en el sentido de que comprende los derechos humanos como una práctica social compleja compuesta por diversas capas normativas relacionadas pero mutuamente irreductibles.

2. Beitz, CH., *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, cap. 5; RAZ, J. "Human Rights Without Foundations" en Besson, S. y Tasioulas, J., *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 321-337; Sangiovanni, A., "Justice and the Priority of Politics to Morality", en *Journal of Political Philosophy,* 12, 2, 2008, pp. 137-164.

3. Dowrkin, R., *Justice for Hedgehogs*, Oxford, Oxford University Press, 2011; Dowrkin, R., *Law's Empire*, London, Hart Publishing, 1986.

4. Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, p. 321.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 246 29/04/2019 16:57:19

2. La interpretación constructiva y sus tres requisitos generales

En *Law's Empire*, Dworkin presenta el método interpretativo como un recurso filosófico que puede ayudarnos a comprender la naturaleza de ciertas prácticas sociales. Se trata de aquellas prácticas a las que sus participantes adscriben valor, aunque discrepan profundamente sobre la naturaleza de las metas que pretenden promover. Dado este persistente desacuerdo, solo es posible dirimir controversias respecto de lo que dichas prácticas requieren y de cómo continuarlas si las interpretamos, justificando sus principales rasgos a partir de algún principio moral que tenemos razones para sostener.

El método que Dworkin recomienda para llevar a cabo la interpretación combina tres etapas. En la primera, debemos identificar el contenido tentativo de la práctica aislando las reglas, estándares y actividades que la constituyen. Esta tarea puede, por supuesto, suscitar controversias ya que personas que mantienen interpretaciones diferentes de una misma práctica pueden tener visiones alternativas sobre sus contornos.[5] Sin embargo, podemos presuponer, al menos provisoriamente, que el material para interpretar los derechos humanos será suministrado por los principales instrumentos de derechos humanos, las decisiones de las cortes internacionales, y algunas convicciones ampliamente compartidas por sus participantes, como la idea de que los derechos humanos son universales y derivan de la dignidad intrínseca de la persona humana.[6]

En la segunda etapa, debemos proponer alguna meta general para la práctica que justifique el material identificado en la etapa previa y explique por qué una práctica así es valiosa.[7] Es importante aclarar que al desarrollar este argumento el/la intérprete no puede limitarse a reportar las creencias y opiniones de los/as participantes. Interpretar una práctica social no es lo mismo que hacer encuestas de opinión. Esto se debe a que, como vimos, cuando una práctica se vuelve interpretativa, sus participantes discrepan sobres sus metas constitutivas y no puede priorizarse una lectura por sobre otra.[8] Adoptar la visión mayoritaria sería comprometerse con la dudosa creencia de que algo es lo que la mayoría cree que es. Al mismo tiempo, la responsabilidad del/la intérprete no es iluminar lo que los/as participantes piensan acerca de una práctica, sino más bien explicar de qué se trata la práctica realmente. Por consiguiente, el/la intérprete no tiene más remedio que proponer él/ella mismo/a una meta, explorando el material recabado

5. Dworkin, R., *Law's Empire*, p. 66.

6. En términos de Dworkin, estas serían instancias paradigmáticas de la práctica. Pero, al margen de ellas, pueden existir otros materiales aptos para construir una interpretación.

7. Dworkin, R., *Law's Empire*, p. 66.

8. Ibídem, p. 63.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 247 29/04/2019 16:57:19

a través del lente de sus propias convicciones morales. Por eso, la interpretación es una actividad constructiva o creativa antes que descriptiva.

Finalmente, en la tercera etapa, debemos ajustar nuestra compresión de la práctica y sus reglas a la justificación que hemos propuesto.[9] Si concluimos, por ejemplo, que los derechos humanos son normas cuya violación autoriza intervenciones humanitarias, entonces su contenido debe ser significativamente restringido para permitir la auto-determinación de los pueblos y evitar un perpetuo estado de beligerancia internacional. Si concluimos, en cambio, que los derechos humanos expresan estándares de justicia política, tal vez puedan incluir varios derechos sociales así como directrices generales para la distribución del ingreso y las oportunidades.

Hay, a su vez, tres restricciones generales que toda interpretación constructiva debe satisfacer. La primera restricción es la justificación normativa. Esta exige que la interpretación propuesta presente la práctica como sirviendo alguna meta genuinamente valiosa, cuyo valor podamos comprender con independencia de la práctica misma.[10] Si resultara imposible presentar la práctica de esta manera, podríamos carecer de razones para continuarla. Imaginemos, por ejemplo, que tras una reflexión cuidadosa llegáramos a la conclusión de que los derechos humanos son nada más que un instrumento de dominación del que las naciones occidentales se sirven para menoscabar la independencia de otros estados y promover su propia cultura política a lo ancho del globo. De ser así la práctica de los derechos humanos sería condenable y un/a intérprete honesto/a deberíamos apoyar su inmediata abolición.

La segunda restricción interpretativa es el encaje con la práctica. Esto quiere decir que la meta que propongamos debe ser capaz de justificar los rasgos más salientes de la práctica tal como la encontramos. En el caso de los derechos humanos, la meta propuesta debe ayudarnos a entender, por ejemplo, por qué estos incluyen muchos de los derechos proclamados por los instrumentos internacionales, por qué se considera que derivan de la dignidad intrínseca de la persona humana, y por qué se los puede usar como estándares para evaluar la conducta de los estados, entre otras cosas. Desde luego, ninguna concepción tiene que acomodar todo el material identificado en la primera etapa del proceso interpretativo. Pero a menos que consiga iluminar una parte considerable de ese material, la teoría propuesta será una invención más que una interpretación de una práctica existente y podría, por tanto, carecer de toda autoridad sobre ella. No hay, en efecto, ninguna razón por la cual una práctica relativamente exitosa deba ajustarse a teorías imaginadas por filósofos/as en la soledad de sus oficinas que no mantienen ninguna conexión tangible con ella.

9. Dworkin, R., *Law's Empire*, p. 66.
10. Ídem.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 248 29/04/2019 16:57:19

La tercera restricción interpretativa es la distinción. Así, la interpretación que propongamos debe explicar por qué la práctica en cuestión y el concepto que figura en ella desempeñan un papel distintivo en la vida moral, ocupando un espacio que ninguna otra práctica o concepto ocupa. Naturalmente, este requisito puede ser difícil de satisfacer. Las prácticas humanas no son diseñadas por teóricos/as preocupados por evitar duplicaciones. Son, por el contrario, actividades espontáneamente generadas a partir de necesidades vitales, y bien puede ocurrir que se solapen o se superpongan. Sin embargo, incrementar la racionalidad de nuestro acervo de prácticas es una responsabilidad del/la intérprete y, por ello, antes de concluir que cierta práctica no hace ninguna contribución distintiva a nuestra vida moral, debemos hacer nuestro mejor esfuerzo para localizar su distintividad.[11]

Este rápido repaso del método interpretativo nos ayudará a evaluar las principales concepciones de los derechos humanos disponibles en la bibliografía actual, y a explicar por qué son problemáticas. Esta será la tarea que acometeré en las secciones que siguen.

3. Concepciones naturalistas: justificación sin encaje ni distinción

En *Justice for Hedgehogs*, Dworkin rechaza la concepción naturalista de los derechos humanos, alegando que no puede justificar la práctica sobre la base de principios. Como ya he explicado, la concepción naturalista comprende los derechos humanos como normas que protegen ciertos rasgos, intereses o capacidades fundamentales de la persona humana, como la autonomía, la capacidad para la acción intencional, o el estatus de persona moral. De acuerdo con Dworkin, el problema con esta interpretación es que la mayoría de los derechos políticos desempeñan esta misma función.[12] Esa es la razón por la cual tienen prioridad sobre la promoción del bien común. Consideremos, por ejemplo, el derecho a recibir una porción equitativa de la riqueza generada mediante la cooperación social. Este es sin dudas un derecho crucial ya que el ingreso tiene un impacto determinante sobre las perspectivas de vida de las personas. O consideremos, en cambio, el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Qué puede ser más fundamental que poder casarnos con la persona que amamos?

En base a consideraciones como estas, Dworkin sostiene que las concepciones naturalistas enfrentan un dilema fatal. Si afirman que los derechos humanos

11. Dworkin, R., *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., The Belknap Press, 2006, pp. 145-162.
12. Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, p. 334.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 249 29/04/2019 16:57:19

incluyen cualquier derecho importante para los seres humanos, entonces no pueden explicar por qué estos aspiran a ocupar un lugar prioritario en el repertorio moral, y los vuelven co-extensivos con la justicia. Si, por el contrario, los restringen a un grupo más austero de protecciones, entonces deben proponer algún criterio claro para diferenciarlos de otros derechos políticos importantes. Y, en su opinión, esta tarea se vuelve imposible. Cualquier criterio de esta clase será o bien sobre-inclusivo o bien demasiado estrecho. Así, Dworkin concluye que todo intento de definir un estrato más fundamental de derechos por referencia a su contenido sustantivo es inevitablemente arbitrario y está condenado al fracaso.[13]

Aunque persuasiva, esta crítica resulta un tanto apresurada. Es cierto que hay muchos derechos que preservan intereses importantes de la persona humana. Sin embargo, parece perfectamente posible sostener que algunos de esos intereses son más fundamentales que otros. De hecho, como pronto veremos, el propio Dworkin parece presuponer que es posible trazar esta demarcación. De lo contrario, la tesis de que ciertos derechos son especialmente urgentes porque preservan la dignidad humana al nivel más fundamental sería ininteligible.

Pero aun si podemos explicar por qué algunos derechos son más importantes que otros, las concepciones naturalistas siguen siendo poco prometedoras desde la perspectiva del método interpretativo. La idea de que los derechos humanos son derechos que las personas tienen solo contra agentes oficiales es una parte integral de la práctica actual de los derechos humanos. Con el derecho internacional vigente, los mecanismos de monitoreo se orientan exclusivamente a supervisar la conducta de los gobiernos y las peticiones presentadas por individuos únicamente son aceptadas si se dirigen contra algún estado. Del mismo modo, muchos de los derechos reconocidos por la doctrina de los derechos humanos –como el derecho al debido proceso, a la nacionalidad, y a la participación política– presuponen la existencia de instituciones políticas, y carecerían de destinatarios claros en ausencia de ellas.[14] Por consiguiente, los derechos humanos no pueden ser legítimamente reducidos a derechos que las personas tienen contra cualquier otro agente por el mero hecho de ser seres humanos y de los que gozarían incluso en un hipotético estado de naturaleza. Los derechos humanos no son ni derechos naturales ni un sub-grupo de estos.

Un problema adicional con las concepciones naturalistas es, por supuesto, que despojan a los derechos humanos de toda distintividad. En este sentido, el discurso de los derechos naturales existe desde los inicios de la era moderna, y desde entonces brinda pautas para regular las interacciones personales. Si los derechos humanos desempeñan esta misma función, se convierten en una categoría duplicada que no hace ninguna contribución original al léxico moral. Desde luego, es

13. Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, pp. 334-335.
14. Betiz, CH., *The Idea of Human Rights*, p. 65; Cassese, A., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 384.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 250 29/04/2019 16:57:19

posible que así sea. Pero la exigencia de caridad interpretativa y las restricciones pautadas por el método interpretativo requieren que examinemos interpretaciones alternativas antes de comprometernos con esta conclusión escéptica.

4. La concepción política: derechos humanos sin fundamentos

De acuerdo con Dworkin, la concepción política también es deficiente en materia de encaje. Su argumento es que en vistas del inmenso sufrimiento que infringen a la población del estado violador, las sanciones internacionales solamente pueden estar autorizadas para evitar actos verdaderamente barbáricos, como asesinatos masivos, genocidios, o discriminación salvaje. En consecuencia, el derecho a la educación, a vivienda digna, a cuidados médicos, a plena libertad de expresión, al debido proceso, y a una remuneración igual por un trabajo igual podrían no contar como derechos humanos bajo esta interpretación.[15] Esto no pretende negar, por supuesto, que la doctrina actual de los derechos humanos sea sobre-inclusiva. De hecho, muchos/as autores/as consideran que lo es. Pero el hecho de que reconozca un abanico tan amplio de derechos sugiere que los defensores de la concepción política están profundamente confundidos respecto de la meta que los derechos humanos contemporáneos aspiran a servir.

En su reciente libro *The Idea of Human Rights*, Charles Beitz ha tratado de eludir esta objeción, proponiendo concebir los derechos humanos, no como normas cuya violación justifica únicamente la imposición de severas sanciones sobre los estados violadores, sino más ampliamente como asuntos de interés internacional. En esta dirección, define los derechos humanos como estándares que regulan el trato que los gobiernos pueden dar a sus residentes, cuya violación podría justificar una amplia gama de acciones correctivas, incluyendo la oferta de incentivos, la provisión de asistencia a sociedades pobres o la revisión de estructuras internacionales que puedan interferir con la satisfacción de los derechos humanos a lo ancho del globo.[16]

Pero, por desgracia, esta reformulación del enfoque político es vulnerable a objeciones de peso. Así, se ha señalado, por ejemplo, que los derechos humanos desempeñan muchos otros roles además de atraer la atención de la comunidad internacional, y que seguirían teniendo fuerza normativa aún en ausencia de agentes externos que puedan actuar ante las violaciones.[17] Al mismo tiempo, si

15. Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, p. 334.
16. Beitz, CH., *The Idea of Human Rights*, pp. 106-116.
17. Diré más sobre estos múltiples roles en las secciones siguientes.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 251 29/04/2019 16:57:19

los derechos humanos son asuntos de interés internacional, esto se debe a que sirven alguna otra meta más fundamental, como proteger nuestro estatus de personas, fijar condiciones para la legitimidad política, o asegurar que todos los seres humanos tienen la oportunidad de vivir una vida decente. Es esta meta más fundamental la que explica sus restantes características, incluyendo, claro está, su capacidad para atraer el interés de la comunidad internacional y justificar la imposición de responsabilidades de respaldo a agentes externos. Si este razonamiento es acertado, definir los derechos humanos como asuntos de interés internacional equivale a dar una definición peligrosamente vacía.

5. La concepción del desprecio: dignidad, respeto y legitimidad

La interpretación de los derechos humanos que Dworkin propone parece más promisoria. De acuerdo con ella, los derechos humanos derivan de un derecho más abstracto a ser tratados/as con una cierta actitud por nuestro gobierno, a saber: el derecho a ser tratados/as como seres humanos cuya dignidad importa en un sentido fundamental. Este es un derecho que los gobiernos pueden honrar incluso si no comprenden cabalmente lo que respetar la dignidad humana implica, o si no logran ser plenamente justos desde nuestra concepción de la justicia preferida.[18]

Para Dworkin, la idea de dignidad está compuesta de dos principios complementarios. El primero sostiene que cada vida humana tiene un valor intrínseco. Esto quiere decir que una vez que una vida humana ha comenzado, es relevante si se trata de una *performace* exitosa o de una oportunidad desperdiciada.[19] El segundo principio, por su parte, afirma que cada persona tiene una responsabilidad especial por construir una existencia valiosa, realizando un juicio autónomo respecto de la clase de vida que es adecuada para ella y gozando de oportunidades para vivir de acuerdo con ese juicio.[20]

Estos dos principios de dignidad pueden, por supuesto, interpretarse de varias maneras. Esto explica que distintas sociedades puedan albergar concepciones diferentes de la justicia.[21] Algunas pueden pensar, por ejemplo, que respetar la dignidad humana requiere una distribución igualitaria de la riqueza, mientras otras pueden creer que solamente requiere proveer a las personas de los medios para la subsistencia. Algunas pueden pensar que respetar la dignidad

18. Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, p. 335.
19. Ibídem, p. 336.
20. Ídem, p. 336
21. Ibídem, p. 335.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 252 29/04/2019 16:57:19

humana requiere prohibir la pena de muerte, mientras otras pueden creer que la pena de muerte es un modo aceptable de castigar los crímenes más horrendos. Algunas pueden pensar que la dignidad humana requiere la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras otras pueden creer que negar a los/as homosexuales el derecho de casarse no socava su dignidad como personas humanas.

Aunque las comunidades políticas puedan tener concepciones divergentes de la justicia, no cualquier interpretación de la idea de dignidad es igualmente admisible, sin embargo. Algunos comportamientos son tan flagrantemente inmorales que resulta imposible justificarlos como intentos de buena fe de tratar a las personas como seres humanos cuya dignidad importa. Por ejemplo, un gobierno con ciudadanos de segunda clase, o un gobierno que permite el asesinato, la tortura o la violación, viola el primer principio de dignidad. Del mismo modo, un gobierno que no reconoce derechos a la libertad de expresión, a la libertad de consciencia, y a la participación política viola el segundo principio, impidiendo a sus gobernados/as asumir responsabilidad por su propia existencia. Estas conductas contarían como innegables violaciones de derechos humanos bajo la concepción del desprecio propuesta por Dworkin.[22] A su vez, por razones evidentes, cualquier gobierno que muestre desprecio por la dignidad de sus gobernados/as no goza de autoridad genuina sobre ellos/as. En consecuencia, cuando los gobiernos violan los derechos humanos, las personas tienen permiso para protestar, incurrir en desobediencia civil, o rebelarse.[23] Así, los derechos humanos operan en el discurso práctico como estándares de legitimidad.

La concepción del desprecio es ciertamente atractiva. De hecho, acomoda muchos de los derechos proclamados por los instrumentos actuales de derechos humanos y provee criterios de principio para superar desacuerdos sobre su verdadero contenido. Si queremos saber qué derechos son realmente derechos humanos, simplemente tenemos que preguntarnos qué conductas por parte de los gobiernos demuestran que estos se niegan a tratar a sus gobernados/as como seres humanos cuya dignidad importa. Asimismo, esta interpretación propone una función distintiva para los derechos humanos, que explica por qué son distintos de otras nociones políticas relevantes, como las de justicia, integridad, y legalidad. Finalmente, la concepción del desprecio justifica la práctica de los derechos humanos por referencia a un valor moral genuino. Si los derechos humanos se orientan a preservar la dignidad humana contra el desprecio por parte de los gobiernos y a garantizar la legitimidad política, tenemos poderosas razones para la continuidad de esta práctica.

22. Ibídem, p. 366.
23. Ibídem, pp. 321-323; Dworkin, R., *Law's Empire*, pp. 196-206.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 253 29/04/2019 16:57:19

6. ¿Es la concepción del desprecio una interpretación adecuada?

A pesar de sus evidentes ventajas, quiero sugerir que la concepción del desprecio es una mala interpretación de los derechos humanos contemporáneos ya que desestima tres aspectos decisivos de dicha práctica, confundiendo las metas que aspira a servir y resultando incapaz de explicar algunas de sus características más destacadas.

El primero de esos aspectos se refiere al criterio para identificar los derechos humanos. Como Dworkin mismo reconoce, la doctrina actual de los derechos humanos proclama un listado extenso de derechos. Este incluye derechos al matrimonio, a la seguridad social, a cuidados médicos, a propiedad privada, a licencia por maternidad, a formar y unirse a sindicatos y a tiempo libre, entre muchos otros. Es evidente que un gobierno que infringe estos derechos no se vuelve ilegítimo por esa sola razón. Puede simplemente suscribir una concepción errada aunque honesta de los dos principios de dignidad humana reseñados. De hecho, excepto por casos muy particulares, cuando las cortes de derechos humanos acusan a un estado de infringir derechos humanos, por lo general no quieren dar a entender que su autoridad sobre sus residentes/as se ve comprometida. Simplemente dan a entender que algunas de las leyes o políticas adoptadas son especialmente insatisfactorias.[24] Esto sugiere firmemente que, contrariamente a lo que piensa Dworkin, la meta de la práctica de los derechos humanos no es meramente la de prevenir la mala fe por parte de los gobiernos o el desprecio por la dignidad humana. Es, por el contrario, una meta más ambiciosa.

El segundo aspecto que la concepción del desprecio desestima se relaciona con el alcance de las normas de derechos humanos bajo el derecho internacional actual. De acuerdo con los expertos/as en derecho internacional, la función de los derechos humanos no puede reducirse a regular el trato que los gobiernos pueden dispensar a sus gobernados/as, sino que restringen también las actividades de ciertos actores cuasi-estatales –como fuerzas de ocupación, guerrillas, y grupos armados en control efectivo de un territorio–, la conducta de los estados a través de las fronteras, y las políticas de las instituciones de gobernanza global.[25]

Para ver por qué este modo de concebir el alcance de los derechos humanos es convincente, imaginemos que durante su reciente invasión de Afganistán el ejército de los Estados Unidos hubiera torturado, asesinado, o perseguido a disidentes políticos. O imaginemos que el gobierno de un país poderoso hubiera

24. Letsas, G., "Dworkin on Human Rights", en *Jurisprudence*, 6, 2, 2015, pp. 327-340.
25. Nickel, J. "Are Human Rights Mainly Implemented by Intervention?", en Martin, R. y Reidy, D., *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?*, Oxford, Blackwell Publishing, 2006, pp. 263-277.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 254 29/04/2019 16:57:19

impuesto un embargo económico ilegal sobre una nación pobre con consecuencias devastadoras para las perspectivas de vida de sus residentes/as. O imaginemos, finalmente, que el Fondo Monetario Internacional hubiera presionado al gobierno de una país en vías de desarrollo para que reduzca sus programas de asistencia social, dejando a su población más vulnerable completamente desprotegida. Es evidente que estas acciones serían relevantes desde una perspectiva de derechos humanos.[26] Aún si no constituyen violaciones de derechos humanos en sentido estricto, representan alguna clase de infracción asociada, y debemos poder denunciarlas mediante el lenguaje de los derechos humanos.

Finalmente, el tercer aspecto se vincula con la dimensión internacional de los derechos humanos. Aunque hay un amplio consenso respecto de que son los gobiernos los que cargan con la responsabilidad primordial de satisfacerlos, bajo el derecho internacional actual la comunidad internacional tiene algunas obligaciones explícitas por su promoción. Por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas compromete a la comunidad internacional a "cooperar internacionalmente... para promover y alentar el respeto de los derechos humanos".[27] En la misma línea, la Declaración Universal sostiene que todas las naciones deben procurar asegurar el reconocimiento universal y efectivo de los derechos humanos mediante medidas progresivas de naturaleza nacional e internacional, y proclama un derecho a un orden internacional en el que estos derechos puedan verse plenamente satisfechos.[28] El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exige a los firmantes que "adopten medidas, individualmente y mediante la cooperación internacional... a fin de lograr progresivamente la plena realización de los derechos humanos".[29] Y, por último, la Declaración de Viena refuerza la necesidad de cooperar internacionalmente a través de las fronteras para asegurar el goce universal de los derechos humanos en todas partes.[30]

El problema con la concepción del desprecio es que no puede dar cuenta de este crucial rasgo de la práctica. Por supuesto, como Dworkin argumenta, si las personas son masivamente asesinadas o severamente oprimidas por un/a dictador/a sanguinario/a, otras naciones pueden tener un deber de acudir en su rescate cuando puedan hacerlo a un costo razonable. Pero el principio de cooperación internacional por los derechos humanos exige mucho más que esto. Exige, entre otras cosas, que la comunidad internacional supervise las actividades

26. De lo contrario, la práctica de los derechos humanos podría volverse auto-contradictoria: por un lado exigiría a los estados que respeten ciertos intereses de sus residentes, mientras que, por el otro, permitiría a agentes externos amenazar esos mismos intereses o privar a los gobiernos de los medios necesarios para satisfacer sus obligaciones de derechos humanos.

27. Véase Carta de las Naciones Unidas, capítulo 1, artículo 3.

28. Véase Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo y artículo 28, respectivamente.

29. Véase Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Preámbulo.

30. Véase Declaración de Viena y Programa de Acción, Preámbulo.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 255 29/04/2019 16:57:19

de los gobiernos; que disuada a sus miembros de contribuir con violaciones de derechos humanos en el extranjero; y que adopte medidas pro-activas razonables para incrementar la capacidad de las sociedades pobres de satisfacer los derechos humanos de sus residentes.[31]

Dada su evidente incapacidad para justificar estos importantes aspectos, podemos concluir que la concepción del desprecio es una interpretación deficiente de los derechos humanos contemporáneos. Al igual que las concepciones rivales carece de ajuste con la práctica y es incapaz de justificar algunas de sus características más salientes.

7. Hacia una interpretación alternativa

Antes de concluir me gustaría esbozar una sugerencia respecto de cómo podemos construir una interpretación exitosa de los derechos humanos que respete las restricciones fijadas por el método interpretativo. Mi principal tesis en este sentido es que cualquier interpretación de los derechos humanos debe ser pluralista, reconociendo que la práctica actual de los derechos humanos está compuesta por una variedad de componentes relacionados aunque mutuamente irreductibles.

Las tres interpretaciones de los derechos humanos que hemos examinado en las secciones previas son monistas en un sentido fundamental: aspiran a comprender los derechos humanos a partir de un única preocupación moral, ya se trate de la preservación de los intereses más urgentes de la persona humana, de la capacidad de los derechos humanos para atraer el interés de la comunidad internacional y justificar la imposición de sanciones externas, o de la protección de la dignidad humana contra el desprecio por parte de los gobiernos. Se supone que estas metas pueden iluminar la práctica actual de los derechos humanos como un todo. Por el contrario, una concepción pluralista concibe los derechos humanos como una práctica social compleja, compuesta por diversos módulos normativos, que generan obligaciones correlativas variadas y constituyen unidades de análisis interpretativo separadas.

Desarrollar semejante interpretación en detalle excede, por supuesto, las posibilidades de este trabajo. Pero me gustaría brindar alguna orientación respecto de cómo podría proceder un/a intérprete comprometido/a con esta idea.

Es evidente que en el nivel más fundamental, los derechos humanos articulan condiciones que toda autoridad política debe satisfacer para tratar a las personas bajo su jurisdicción con la consideración y el respeto que merecen como seres

31. Salomon, M., *Global Responsibility for Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 71-111.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 256 29/04/2019 16:57:19

humanos. Naturalmente, la noción de autoridad política debe ser entendida de un modo restringido, no remitiendo a cualquier autoridad, sino solamente a agentes que disponen de poder final para distribuir derechos, cargas y beneficios entre los miembros de una comunidad de personas. Esto incluye, desde luego, a los estados. Pero puede abarcar también a agentes cuasi-estatales que detenten autoridad sobre un territorio, y a un estado global futuro. Al mismo tiempo, para mantener coherencia con la doctrina actual de los derechos humanos, los derechos humanos no deben comprenderse como normas meramente orientadas a preservar la legitimidad de la autoridad política. Deben verse, en cambio, como estándares de justicia social vinculados a una concepción igualitaria de lo que es tratar a las personas con igual consideración y respeto.

A este primer estrato interpretativo, debe añadirse un segundo componente. Este fija las condiciones para la legitimad de un orden internacional que sanciona la existencia de un sistema de estados y les reconoce autoridad soberana sobre su población. Es innegable que la existencia de dicho orden es extremadamente beneficioso para las naciones porque protege su autodeterminación. Pero tiene un costo: en la medida en que su vigencia se sostiene coercitivamente, requiere una justificación moral.[32] Esto explicaría por qué la comunidad internacional tiene una obligación de velar por la realización de los derechos humanos en todas partes, supervisando el comportamiento de los estados e imponiendo sanciones progresivas sobre los gobiernos que los violen. En caso contrario, la autoridad soberana que el derecho internacional reconoce a los estados contaría como un permiso para mancillar la dignidad humana y subordinar los intereses de sus gobernados/as a la promoción de cualquier meta fijada por quienes detentan el poder, ya se trate de mayorías políticas o de elites gobernantes.

Al mismo tiempo, este segundo estrato interpretativo podría justificar la obligación de la comunidad internacional de tomar medidas para evitar que los estados y las instituciones internacionales contribuyan con violaciones de derechos humanos a través de las fronteras o socaven la capacidad de los gobiernos de satisfacer los derechos humanos de sus residentes. Ningún orden internacional que no combata estas acciones será moralmente aceptable, ya que conspirará contra la capacidad de los estados de satisfacer su obligación fundamental de satisfacer los derechos humanos de la gente.

Finalmente, hay un tercer módulo interpretativo vinculado a lo que diversas comunidades políticas soberanas han acordado hacer para promover la realización universal de los derechos humanos en todas partes al sumarse a la comunidad internacional y suscribir los instrumentos internacionales. La clave para desarrollar estos compromisos está cifrada en el famoso principio de cooperación internacional por los derechos humanos. Aunque el contenido exacto de dicho

32. Dworkin, R., "A New Philosophy of International Law", en *Philosophy and Public Affairs*, 41, 1, 2013, pp. 2-30.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 257 29/04/2019 16:57:19

principio es relativamente ambiguo y constituye materia de un continuado debate académico, hay razones sobradas para pensar que requiere que la comunidad internacional tome medidas pro-activas para lograr la progresiva realización de los derechos humanos en todas partes. A la luz de la jurisprudencia reciente, los comentarios generales elaborados por comités de derechos humanos, y varias declaraciones internacionales, no es aventurado concluir que el principio de cooperación internacional exige la provisión de asistencia directa a aquellas sociedades que carezcan de los recursos indispensables para atender los derechos humanos de su población; la adopción de regulaciones comerciales beneficiosas para los países en vías de desarrollo; la implementación de políticas que faciliten el acceso de las sociedades más pobres a drogas y tratamientos médicos esenciales y el establecimiento de un orden económico global verdaderamente orientado a reducir la pobreza extrema.[33]

Naturalmente, las reflexiones anteriores no equivalen a una interpretación completa de la práctica de los derechos humanos. Ofrecen simplemente un modelo al que podemos recurrir para desarrollar una concepción sustantiva. Completar esta tarea supone, desde luego, desarrollar argumentos interpretativos sofisticados sobre cada uno de los estratos propuestos. Sin embargo, en vistas del examen que realizamos tanto del método interpretativo como de las principales concepciones de los derechos humanos disponibles en la bibliografía actual, estamos autorizados/as a concluir que solo una concepción pluralista de los derechos humanos podrá satisfacer plenamente los requisitos fijados por el método interpretativo.

8. Bibliografía

Beitz, CH. *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Cassese, A. *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Dworkin, R. "A New Philosophy of International Law", en *Philosophy and Public Affairs*, 41, 1, 2013, pp. 2-30.

Dowrkin, R. *Justice for Hedgehogs*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

— *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., The Belknap Press, 2006.

— *Law's Empire*, Londres, Hart Publishing, 1986.

Gewirth, A. *Human Rights: Essays in Justification and Application*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

Griffin, J. *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Letsas, G. "Dworkin on Human Rights", en *Jurisprudence*, 6, 2, 2015, pp. 327-340.

33. Salomon, M., *Global Responsibility for Human Rights*, capítulo 2.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 258 29/04/2019 16:57:20

Naciones Unidas. Declaración de Viena y Programa de Acción, consultado en http://www.un.org/es/events/humanrightsday/2013/about.shtml.

— Carta de las Naciones Unidas, consultado en http://www.un.org/es/charter-united-nations/.

— Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consultado en http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.

Nickel, J. "Are Human Rights Mainly Implemented by Intervention?", en Martin, R., y Reidy, D., *Rawls's Law of Peoples: A Realistic Utopia?*, Oxford, Blackwell Publishing, 2006, pp. 263-277.

Raz, J. "Human Rights Without Foundations" en Besson, S. y Tasioulas, J., *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 321-337;

Salomon, M. *Global Responsibility for Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Sangiovanni, A. "Justice and the Priority of Politics to Morality", en *Journal of Political Philosophy,* 12, 2, 2008, pp. 137-164.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 259 29/04/2019 16:57:20

El imperio de Ronald Dworkin.indd 260 29/04/2019 16:57:20

Parte IV: Justicia y democracia

El imperio de Ronald Dworkin.indd 261 29/04/2019 16:57:20

El imperio de Ronald Dworkin.indd 262 29/04/2019 16:57:20

Hércules en América Latina*

*Marcelo Alegre***

1. Introducción

Este texto aborda la influencia de las teorías de Dworkin en América Latina, y más precisamente, en la Argentina. Combinaré una tarea descriptiva con un desafío normativo, dado que me interesa el impacto real de esas ideas pero también su impacto potencial.

Al evaluar el efecto que generan las nociones dworkinianas más importantes fuera del universo anglosajón, aparece casi automáticamente una advertencia. Esta dice que debemos ser cautos al extrapolar ciertas ideas pertenecientes a un contexto en particular a un entorno diferente. Por una parte creo que aunque algunas de las propuestas más famosas de Dworkin parecen ser más subversivas en la Argentina que en los Estados Unidos, dichas propuestas son imperativamente relevantes. Ello no implica desconocer, por otra parte, que otras de sus ideas no pueden proporcionar una guía obvia en situaciones complejas. Mencionaré entre las áreas de difícil aplicación, el caso de leyes aberrantes y regímenes jurídicos perversos, una etiqueta probablemente aplicable a la última dictadura militar en la Argentina.

Por último, quiero explorar la posibilidad de que al menos algunas de las propuestas de Dworkin podrían incluso ser más relevantes para nuestra región que para un contexto anglosajón. Si algunas de las ideas más conocidas de Dworkin refieren a problemas que son más graves y urgentes en América Latina que en las democracias consolidadas del Norte, algunas de sus sugerencias pueden ser incluso más viables en algunos países del Sur que en el mundo desarrollado.

Analizaré en la sección 2 algunas de las principales influencias de sus teorías, y luego me enfocaré en dos situaciones diferentes. En la sección 3, reflexionaré

* Traducido por Paloma Szerman.

** Universidad de Buenos Aires - New York University Law School.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 263 29/04/2019 16:57:20

sobre situaciones que hacen que las ideas de Dworkin sean menos atractivas de lo que parecen ser en el contexto estadounidense, y en la sección 4 plantearé el caso contrario, situaciones que hacen a las propuestas dworkinianas más pertinentes en el contexto latinoamericano que en el contexto que tenía originariamente en mente mientras las elaboraba.

2. Hércules globalizado

Entre las principales contribuciones de Dworkin a la filosofía moral, jurídica y política no pueden ignorarse las siguientes:

i. A nivel ético, un fuerte compromiso con el individualismo y la objetividad. De estos pilares se deriva una audaz afirmación de los derechos individuales, en contraste con el utilitarismo (aunque no desde una posición enteramente anti-consecuencialista).[1]
ii. A nivel de la filosofía del derecho, una postura fuertemente anti-positivista, que favorece un enfoque adjudicativo –el derecho como integridad– que intenta reconciliar las dimensiones convencionales y morales del derecho.
iii. Al nivel de la filosofía política, una perspectiva liberal igualitaria –igualdad de recursos– opuesta tanto al welfarismo como al liberalismo económico.

En todos estos niveles, sus ideas resultaron ser muy influyentes en todo el mundo y particularmente en la Argentina. Además, sus ideas tienen un enorme potencial, *deberían* influir en nuestra comprensión del derecho, en nuestra doctrina jurídica, en la enseñanza del derecho, en la legislación y, por supuesto, en la adjudicación.

En los años ochenta, el fuerte individualismo ético de Dworkin, del cual deriva su afirmación de derechos distintivamente fuerte, jugó un papel importante en las primeras etapas de la nueva democracia argentina. Todavía recuerdo el sentimiento de liberación que sentí como estudiante del primer año de Abogacía cuando la concepción de Dworkin sobre los derechos se enfrentó con los conocimientos recibidos sobre la correcta relación entre los intereses individuales y los reclamos sociales. El mantra predominante en la Facultad que salía de la dictadura era que en caso de conflicto entre derechos individuales y el "bien común", este último debía prevalecer. El resultado de esa visión era, por ejemplo, que de acuerdo con las decisiones de la Corte Suprema de la dictadura, no quedaba espacio alguno

1. Recordar, por ejemplo, el carácter agregativo de los cálculos en el esquema de los seguros de salud en "Equality of What? Part II", en *Sovereign Virtue, Harvard, 2000*; o la justificación consecuencialista de la institución de la revisión judicial, basada en sus efectos positivos en los Estados Unidos, por ejemplo en *Freedom's Law*, Harvard U. Press, 1997.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 264 29/04/2019 16:57:20

para el respeto de los derechos individuales, ya fuera el derecho a la objeción de conciencia,[2] el derecho a no ser detenido arbitrariamente,[3] el derecho a dejar el país para los detenidos políticos,[4] etc.

En aquel entonces, Dworkin nos enseñó, a través de jóvenes profesores como Carlos Nino, Martín Farrel o Jaime Malamud, o muy jóvenes, como Carlos Rosenkrantz, que tomar en serio los derechos significaba exactamente lo opuesto a este mantra represivo: en caso de conflicto con preferencias o reclamos colectivos, los derechos individuales deben prevalecer.

Este robusto entendimiento de los derechos fue adoptado por la primera Corte Suprema democrática en importantes casos constitucionales como "Bazterrica" o "Sejean". En Bazterrica[5] (1986) la Corte Suprema declaró inconstitucional la sanción penal por posesión de drogas para consumo personal. Este precedente fue dejado de lado por la hoy desprestigiada Corte Suprema de la década de los noventa. Cuando dos décadas después, la presente Corte vindicó y reinstaló Bazterrica, siguió los escritos del Profesor Dworkin para decir, citándolo: "El Estado tiene el deber de tratar a todos los ciudadanos con el mismo cuidado y respeto, y una preferencia general de la sociedad por una política no puede reemplazar las preferencias personales de un individuo".[6]

En el caso "Sejean" de 1986 la Corte declaró inconstitucional la prohibición de volver a contraer matrimonio para las personas divorciadas, abriendo la puerta para una ley de divorcio moderna. El gran magistrado liberal Enrique Petracchi, que falleció hace algunos meses, citó las palabras del Profesor Dworkin al argumentar: "...nuestra Constitución está destinada a proteger ciudadanos, individualmente y en grupos, contra ciertas decisiones que una mayoría puede querer tomar, incluso si actuase siguiendo lo que considera el interés general o común".[7]

Años después, la defensa de Dworkin sobre la continuidad entre la filosofía política y la adjudicación constitucional fue ratificada por la Corte en el caso "González Delgado"[8] del año 2000. Allí, la Corte Suprema confirmó la decisión de la Universidad de Córdoba de permitir la inscripción de mujeres en el Colegio Montserrat de la provincia de Córdoba. Enfrentándose a la oposición de los padres que se oponían a este cambio y acusaban a los jueces de estar legislando,

2. Ver las decisiones reaccionarias de la Corte Suprema en "Ascensio, José H. s/amparo", 9/09/1982, Fallos 304:1293 y "Lopardo, Gabriel Fernando s/ Insubordinación", 26/10/1982, Fallos 304:1524.

3. CSJN, "Ercoli, María Cristina s/ recurso de hábeas corpus", 16/11/1976, Fallos 269:372.

4. CSJN, "Moya Benito A. s/ Habeas Corpus", 15/05/1981, Fallos: 303:696; "Marino, Celia A.", 27/07/1982, Fallos 304:1027.

5. CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes", 29/8/1986, Fallos 308:1392.

6. CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080", 5/08/2009, Fallos: 332:1963, Consid. 32.

7. CSJN, "Sejean, J. B. c. Zaks de Sejean, A. M.", 27/11/1986, Fallos 308:2268. Consid. 7.

8. CSJN, "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba", 19/09/2000, Fallos 323:2359.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 265 29/04/2019 16:57:20

el Magistrado Petracchi hizo una extensa cita del libro *A Matter of Principle*, en el cual el Profesor Dworkin cuestionó la lectura conservadora y originalista de la Constitución. La cita termina con las siguientes palabras: "Construir una teoría política no es una corrupción de la interpretación, es parte de lo que la interpretación requiere".[9]

Mirando hacia el futuro, algunos problemas que derivaron de la apelación a la noción elusiva de "derechos colectivos" sirven para mostrar el potencial del individualismo ético de Dworkin. En las primeras etapas del importante caso ambiental "Mendoza" –respecto de la limpieza del río Riachuelo, un curso de agua contaminado que afecta las vidas de millones de familias– sobre la base de la consideración del derecho a un ambiente limpio como un derecho colectivo, los demandantes (familias que viven cerca del río) fueron excluidos de las audiencias ordenadas por la Corte para cumplir con las reubicaciones de aquellas personas que vivían cerca de las áreas más contaminadas. Luego de algunas protestas, se les permitió participar. El individualismo ético de Dworkin puede ayudar a bloquear el entendimiento de un derecho colectivo que deja de lado el elemento normativo central de un derecho, ya sea individual, colectivo o de otro tipo –que está destinado a proteger a las personas una a una. Desde esa perspectiva, está claro que excluir a las familias agraviadas de las actuaciones judiciales no fue la mejor manera de proteger sus intereses.[10] En otras palabras, abandonar la vieja noción individualista y liberal de los derechos individuales a favor de la idea supuestamente más moderna de derechos colectivos puede conducir a cursos de acción regresivos.

En la esfera de filosofía del derecho, la teoría de Dworkin, en los primeros años de la universidad democratizada, probó ser una poderosa alternativa tanto para el positivismo (en su variante más cruda y dura, popular en la Argentina) y el derecho natural (en su formato reaccionario y tomista, predominante en la Argentina). Mirando hacia delante, las opiniones de Dworkin nos pueden ayudar a mejorar la toma de decisiones judiciales de muchas maneras. Una de las dimensiones sobre la que el sistema jurídico argentino tiene mucho para mejorar es la dimensión de la integridad. La integridad dworkiniana puede ser entendida como una consistencia de principios en la aplicación del Derecho.[11] La integridad puede atribuírsele a decisiones particulares, a la totalidad del registro de un tribunal, o a todo el conjunto de decisiones de una jurisdicción determinada. A medida que el foco va de lo particular a lo general, debe ajustarse la noción de integridad.

En el plano de una decisión individual, la integridad exige una evaluación imparcial y justa de las principales demandas en juego y la articulación meditada

9. CSJN, "González de Delgado". Consid. 13.

10. Sigo en este punto las conclusiones de la investigación doctoral de Florencia Saulino en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2016.

11. R. M. Dworkin, *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Barcelona, Gedisa, 2012.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 266 29/04/2019 16:57:20

de una solución a la luz de los valores públicos. A nivel de todo el registro de un tribunal, la integridad requiere coherencia entre los principios que subyacen a la solución de casos similares. A nivel de todo el sistema judicial, la integridad no exige una rigurosa armonía entre los puntos de vista en todas las áreas del Derecho en las que deciden los jueces. Dudo que tal estado de cosas sea incluso deseable, dada su tensión con el nivel mínimo de conflicto y desacuerdos que demanda una democracia constitucional adecuada. En otras palabras, la integridad no requiere que todos los jueces hablen con la misma voz (eso, de hecho, podría ser una señal de que ya no estamos en una democracia) pero sí demanda que los jueces disidentes se traten como compañeros honestos en un diálogo jurídico. En otras palabras, el sistema legal carece de integridad si los puntos de vista opuestos son descalificados por estar políticamente motivados o por no ser merecedores de un escrutinio razonable. La integridad rechaza la concepción cínica del derecho como un mero terreno para el ejercicio del poder.

El decisionismo judicial es lo contrario a lo que exige la integridad. En el nivel de un caso individual, el decisionismo es el uso arbitrario de las capacidades judiciales, ya sea a través de la imposición de los propios puntos de vista políticos de los jueces sin ningún intento de satisfacer los requisitos de la dimensión de ajuste, o por el contrario, una iteración mecánica de decisiones pasadas sin prestar atención a su posible injusticia. A nivel de todo el cuerpo de decisiones de un tribunal, la integridad se ve herida por el recurso a razones incompatibles en casos similares (por ejemplo, casos de corrupción contra amigos y contra enemigos políticos llevados a cabo por el mismo fiscal o juez). En el nivel más general, que incluye todas las decisiones relevantes en una determinada jurisdicción, podemos detectar un déficit de integridad cuando las controversias y discrepancias no son insertadas en una red mayor de razones públicas que pueden ser compartidas y se encuentra ausente el reconocimiento mutuo de los diferentes intérpretes como disidentes de buena fe. La Argentina sin duda podría beneficiarse de las ideas de Dworkin en estos tres niveles.

Estoy seguro de que más ejemplos del potencial fructífero de las ideas de Dworkin emergerán a lo largo de nuestra Conferencia, pero quiero reflexionar ahora sobre una situación que pareciera cuestionar la utilidad de una parte de la concepción de Dworkin sobre el Derecho.

3. ¿Hércules en problemas? El caso de los regímenes perversos

Un escenario difícil para la aplicación de las ideas de Dworkin, específicamente su teoría de la interpretación jurídica, es el que plantea el contexto de un

El imperio de Ronald Dworkin.indd 267 29/04/2019 16:57:20

régimen perverso. La receta de Dworkin para hacer frente a las incertidumbres de los casos constitucionales difíciles es elegir la respuesta moralmente superior entre aquellas elegibles *prima facie* (las que cumplen con el requisito de ajuste). Aunque tal vez en el caso de regímenes muy malignos la respuesta moralmente superior disponible no sea ni siquiera mínimamente aceptable. En otros términos, puede que los principios de fondo de un régimen jurídico perverso sean tan repugnantes que usarlos como fundamentos del razonamiento judicial podría empeorar las cosas *en términos de justicia*. Al menos aquella era la posición del sudafricano Raymond Wacks en un artículo escrito en 1984 en los tiempos del apartheid:[12] "Se espera que Hercules encuentre la única respuesta correcta por referencia a la 'moralidad de la comunidad' y de este modo dé efecto a los derechos individuales. Es más probable que un enfoque de este tipo en Sudáfrica destruya los derechos antes que protegerlos".

Wacks ofrece algunos ejemplos de cómo los tribunales sudafricanos fueron ampliando el alcance de los principios discriminatorios del Apartheid, aplicándolos contra las pretensiones igualitarias de las mayorías negras en contextos en los que no había reglas segregacionistas claras en vigencia.

No resulta claro si Dworkin habría estado de acuerdo en que su enfoque implicara esos resultados. En una respuesta a un punto similar de Hart dijo que rechazaba la noción de que "un mal principio [pueda] convertirse en una razón para la acción, incluso en una razón débil, simplemente porque es lo mejor que se puede decir, a modo de justificación, por las malas acciones [...]".[13] Y después de todo, en el caso de las leyes perversas que establecían la obligación de devolver los esclavos fugitivos a los esclavistas defendió como base razonable para decidir en contra de los propietarios de esclavos el principio de que "nadie puede tener un derecho, ni siquiera un derecho débil, al amparo de leyes perversas".[14] Podemos leer a Dworkin como haciendo una distinción crucial entre identificar un derecho y reclamar su cumplimiento. Esta última afirmación es de carácter moral y, como tal, no puede basarse en motivos inmorales.

¿Cómo puede la teoría de la adjudicación de Dworkin ayudar echar luz sobre nuestro análisis de otro caso extremo, es decir, la situación de los jueces durante la dictadura militar en el poder desde 1976 a 1983? En los últimos años se ha estado desarrollando un nuevo capítulo en el drama de la justicia transicional, el intento de enjuiciar penalmente a los cómplices civiles de la dictadura militar. Entre otros actores no militares como empresarios, periodistas y miembros de la Iglesia, un número de jueces está siendo objeto de un proceso penal. En algunos casos extremos, la responsabilidad penal es patente (jueces que participaron en

12. Raymond Wacks, "Judges and Injustice", 101 S. African L.J. 266, 1984, p. 272.
13. "A Reply by Ronald Dworkin", en Marshall Cohen (Ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, 1983, en 257.
14. Ronald Dworkin, "Natural Law Revisited", 34 U. Fla. L. Rev. 165, 1981-1982.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 268 29/04/2019 16:57:20

sesiones de tortura o que falsificaron documentos de identidad de los niños secuestrados, hijos e hijas de desaparecidos) pero los casos centrales no son tan claros. Estos casos implican la realización de investigaciones "formales" sobre los desaparecidos, que solo se limitaban al envío de solicitudes de declaraciones juradas a las autoridades militares requiriendo información sobre las personas desaparecidas. En casi todos los casos, después de la respuesta formal de las autoridades estatales negando cualquier conocimiento sobre la persona desaparecida, los expedientes de hábeas corpus eran archivados.

He presentado en otro lugar algunas dudas acerca de los estándares morales adecuados con los que evaluar los casos de pasividad judicial frente al terrorismo de Estado.[15,16] Pero una pregunta anterior es: ¿operaban los jueces dentro de un régimen jurídico perverso? Si es así, pareciera ser que no había una manera ética de interpretar la ley y proteger los derechos humanos, si es que aceptamos la posición de Wacks. Tenían solo tres cursos de acción. Los dos primeros eran, según Wacks, mentir y protestar. Estos probablemente habrían tenido efectos muy limitados. La tercera alternativa, y la preferida de Wacks, era renunciar. Por lo tanto, la caracterización de la Argentina entre 1976 y 1983 como un régimen jurídico perverso tendría como consecuencia, si estamos de acuerdo con Wacks, que los jueces deberían haber renunciado una vez que las estrategias de mentir o protestar mostraran su ineficacia. En otras palabras, además de causas morales y jurídicas de culpa más específicas, los jueces podrían ser acusados de una falta más básica, la de conservar sus puestos de trabajo en lugar de renunciar.

A primera vista, podemos tratar de diferenciar la dictadura argentina del régimen racista de Sudáfrica, o del caso central de un régimen perverso, la Alemania nazi. En primer lugar, los militares no derogaron formalmente los derechos consagrados en la Constitución (a pesar de que decretaron que la Constitución conservaba su validez mientras no estuviera en conflicto con los objetivos del "Proceso de Reorganización Nacional"). En segundo lugar, el plan represivo era totalmente clandestino y no tenía sustento legal alguno. Por ejemplo, se estableció

15. Alegre, Marcelo, "De la Esma al Indec: La justicia frente al poder", en Bohoslavsky, J. P. (ed.), *¿Usted también doctor? Complicidad de funcionarios judiciales y abogados durante la dictadura argentina*, Buenos Aires: Siglo XXI.

16. Hannah Franzki, en "A modo de (in)conclusión Entre complicidad judicial y violencia jurídica", en P. Bohoslavsky (Ed.) *¿Usted también Doctor?* Buenos Aires, Siglo XXI, 2015, describe cómo el lado clandestino de la ley, bajo la noción de "lo excepcional", está también fuertemente presente en las democracias liberales. La visión de Franzki puede incitarnos a integrar lo clandestino y lo formal en nuestra comprensión de la Ley dictatorial. Por ejemplo, cuando un juez sabía cómo funcionaban las prácticas represivas clandestinas, generalmente decidía restringir su margen de operación, para evitar interferir con la represión ilegal y así enfurecer a las fuerzas encargadas de la represión. Por el contrario, algunas decisiones de la Corte Suprema (como el caso "Timerman" de 1979, que autoriza a un preso político a abandonar el país), o la visita in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también en 1979, pueden haber limitado el atrocidad de la represión.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 269 29/04/2019 16:57:20

la pena de muerte por actividades terroristas, pero nadie fue condenado a muerte por un juez (en la Alemania nazi, por el contrario, se dictaron decenas de miles de penas de muerte en sentencias judiciales).

En ese contexto, podría razonablemente afirmarse que, mientras que la dictadura era un gobierno perverso, la Argentina estuvo lejos de ser un caso claro de un *régimen jurídico* perverso. Dado que algunas de las disposiciones constitucionales liberales importantes no fueron abrogadas formalmente, no estaba claro en absoluto que un juez concienzudo no pudiera encontrar suficiente material jurídico para evitar ser un instrumento directo de la opresión, y por lo tanto, el consejo de Wacks (mentir, protestar o renunciar) no sería, a primera vista, aplicable a ellos.

Sin embargo, reflexionando, debemos considerar un punto de vista diferente, según el cual nuestro régimen legal en aquellos años oscuros fue de hecho perverso, porque estaba constituido no solo por las reglas formales, sino también y de manera importante por la red clandestina de prácticas represivas aberrantes, que siguieron un plan criminal cuidadosamente diseñado por la Junta Militar.[17] Carlos Nino afirmaba que al operar por fuera de las mismas reglas que ellos aceptaban y dictaban, las fuerzas argentinas actuaron "peor que los nazis".[18]

Supongamos que Hércules era un juez penal durante la dictadura. ¿Qué debería haber hecho? Vamos a suponer que descubrió después de unos meses que se estaba llevando a cabo una práctica clandestina opresiva, una violación sistemática de los derechos humanos. Habría llegado pronto a la conclusión de que esta práctica no era el producto de una interpretación legal defectuosa, o el resultado de que los tribunales aceptaran argumentos muy malos. La cruel represión de la dictadura no respondía a ningún mandato jurídico, solo a las órdenes secretas emitidas por los oficiales más altos de las fuerzas armadas.

Por lo tanto, la difícil situación de Hércules no se vincula a una complejidad interpretativa, sino al hecho de su impotencia frente al terrorismo de Estado. En este punto podría haber decidido renunciar y no formar más parte de la fachada de legalidad montada por la dictadura. O podría haber decidido quedarse si pensaba que podía hacer alguna diferencia (aunque menor) a favor de la dignidad humana o prever que su lugar podría haber sido ocupado por alguna persona a quien le preocuparan menos los derechos individuales.[19] Debemos tener cuidado, sin embargo, al evaluar su conducta desde el cómodo presente. Un estado terrorista

17. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, "Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional", 9/12/1985, Causa Nº 13/84.

18. Carlos S. Nino, *Ocho Lecciones sobre Ética y Derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.

19. En este último caso, podría haber reflexionado como el amigo del bioquímico desocupado del ejemplo de Bernard Williams que meditaba sobre si aceptar o no un puesto en una fábrica de armas químicas (actividad que detestaba). Si no tomaba el trabajo, según su amigo, este podía quedar en manos de un entusiasta de las armas químicas. Su entusiasmo llevaría a que habría, en ese caso, más armas químicas en el mundo. *Utilitarianism: For and Against*, con J.J.C. Smart, Cambridge: Cambridge University Press, 1973, pp. 97-8.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 270 29/04/2019 16:57:20

es aquel que no responde a ninguna restricción legal y no está sujeto a la autoridad judicial. No debemos olvidar que, para poder considerar a los jueces pasivos como cómplices de las desapariciones tenemos que suponer que podrían haber evitado esos hechos. Podemos aun culparlos por no responder de conformidad con las demandas de los familiares de las víctimas, o por la naturaleza formal de su comportamiento, pero hay que hacerlo de modo que quede claro que no estamos estableciendo, como dice Aleardo Laría, el delito de no ser un héroe.[20]

Si una reconstrucción aceptable de la Ley no está disponible, eso no significa que el juez esté obligado a cumplir los requisitos perversos del régimen jurídico. Y en particular, en el caso de la Argentina bajo la dictadura, parece que el mayor obstáculo para la justicia no fue el conjunto de reglas formales impuestas *de facto* por la Junta, sino el funcionamiento de una red clandestina de prácticas represivas que ignoraban todos los estándares de decencia y humanidad. Los jueces argentinos no se enfrentaban a normas básicamente injustas, sino al poder brutal, ilimitado.

Volvamos ahora nuestra atención hacia un área del derecho donde las enseñanzas de Dworkin podrían ser aún más relevantes en la práctica de América Latina que en los EE. UU.

4. Hércules y los Derechos socio-económicos en América Latina

Quiero centrarme ahora en algunas de las ideas de Dworkin que parecen ser más directamente aplicables en América Latina que en los EE. UU. Pensemos en la concepción de Dworkin sobre la igualdad socioeconómica, "la igualdad de recursos", la idea de que un gobierno justo debe aspirar a igualar los recursos se las personas, incluyendo algún mecanismo para compensar las diferencias internas de talento y salud. Dos características de esta teoría son importantes: evita el bienestar como la moneda de la igualdad, y reivindica a la responsabilidad como una consideración *igualitari*a central.

Los ideales igualitarios de Dworkin en el dominio socioeconómico se conectan más fácilmente con el discurso constitucional latinoamericano, dado el reconocimiento expreso de derechos positivos y derechos socioeconómicos en nuestras constituciones, incluyendo fuertes compromisos con la igualdad y disposiciones específicas garantizando el acceso universal a la salud, la educación, la vivienda, etc. La Constitución Argentina, modificada en 1994, consagra el principio de la

20. Aleardo Laría, "El delito de 'falta de heroísmo'", *Diario Río Negro*, 14/4/2015, disponible en http://www.rionegro.com.ar/columnistas/el-delito-de-falta-de-heroismo-FVRN_7307099.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 271 29/04/2019 16:57:20

"igualdad real de oportunidades", y a través de cláusulas específicas o través de la constitucionalización de los tratados de derechos humanos establece entre otros, el acceso universal a la educación gratuita desde la cuna hasta la Universidad, y a un sistema de atención de salud gratuito y universal. En contraste, pocos doctrinarios del derecho "leen" derechos socioeconómicos en la Constitución de los Estados Unidos.[21] Dworkin no fue una excepción a esta tendencia, en la medida que no defendía su concepción de la igualdad material como un argumento constitucional.

Esto no quiere decir que tal argumento no esté disponible. Una forma de presentarlo sería defender la idea de que la Constitución de los Estados Unidos encarna el principio abstracto de la consideración y el respeto igualitarios, y luego proponer a la igualdad de recursos como una implicancia de ese principio, o con menos fuerza, como su mejor interpretación en el dominio socio-económico. La concepción dworkiniana de la justicia social respaldaría una lista de derechos socio-económicos muy exigentes, incluyendo un seguro de ingresos y otro de salud universales. Aun visiones menos radicales (como el suficientismo de Franckfurt[22]) también fundamentarían derechos sociales y económicos con estatus constitucional. Si bien una comprensión dworkiniana de las obligaciones del Estado en materia de derechos a los recursos materiales podría navegar contra la corriente en los EE. UU., no ocurre lo mismo en América Latina, en general, y en la Argentina, en particular, dado el consenso existente respecto de la naturaleza constitucional de los derechos sociales y económicos, y más importante, la expresa inclusión de esos derechos en la Constitución y en tratados incorporados a la Constitución. Por lo tanto, la concepción dwokiniana de la igualdad material, que tal vez solo desempeña un papel filosófico o político en los EE. UU., en América Latina ofrece un marco razonable para una postura constitucional progresista.

Como ejemplo de la relevancia de las ideas distributivas de Dworkin, pensemos en el área de la salud. En los EE. UU. no existe un consenso en torno a un principio de rango constitucional de cobertura universal, y mucho menos acerca de una noción de igualdad en materia de salud. En América Latina y en la Argentina hay un acuerdo profundo sobre la legitimidad y rango constitucional del estado de bienestar, y cualquier intento de privatización de la educación o la salud se enfrentaría a una resistencia masiva y sería, sin duda, declarado inconstitucional. Por otra parte, el ser "escandinavo" respecto de la política fiscal resulta ofensivo en los EE. UU., pero un elogio en la Argentina.

Pero los esquemas igualitarios encarnados por nuestras Constituciones no se traducen en una igualdad real en la salud. Nuestros países se enfrentan a un grave

21. Ver, sin embargo Chemerinsky, Erwin. "Making the Case for a Constitutional Right to Minimum Entitlements," *Mercer Law Review* vol. 44, no. 2 (Winter 1993): pp. 525-542; Sager, Lawrence Gene. "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms." *Harvard Law Review*, vol. 91, nº 6, 1978, pp. 1212–1264.

22. Frankfurt, Harry, 1997, "Equality and Respect," *Social Research*, 64: pp. 3-15.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 272 29/04/2019 16:57:20

problema de desigualdad en el acceso.[23] Una pequeña proporción de la sociedad (el 10%, aproximadamente) tiene una triple protección. Están cubiertos por una empresa privada de salud, por los servicios que prestan los sindicatos a aquellos con un empleo formal y por el sistema gratuito del Estado (ya sea nacional, o de las provincias). El resto carece de ingresos suficientes para que las prepagas privadas los cubran, y la mitad de este grupo (porque están excluidos del sector formal), solo reciben la cobertura de los hospitales estatales empobrecidos y en mal estado. La desigualdad en materia de salud se ve agravada por una asignación irracional de los recursos. Las personas de ingresos medios y altos reciben prestaciones sanitarias menos urgentes ordenadas por los tribunales, mientras que las necesidades de alta prioridad de los pobres quedan sin cobertura. El resultado es un sistema teóricamente universal, pero altamente asimétrico en la práctica. Uno de los sistemas con el gasto per cápita más alto de la región tiene un rendimiento pobre, según diferentes indicadores de salud.

Si nuestros tribunales se inspiraran en la igualdad de recursos tendrían una poderosa herramienta para hacer frente a varios problemas de nuestro sistema de salud. Es interesante observar que esta "internalización" o "juridificación" de las nociones que pertenecen al dominio de la filosofía política no sería una novedad. Recientemente, nuestra Corte Suprema hizo algo por el estilo con los principios de justicia de John Rawls, incluyendo (nada menos que) su muy radical Principio de Diferencia.

En el caso: "Q. C., S. Y. c / Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"[24] una familia sin hogar exigió vivienda a la Ciudad de Buenos Aires. La Corte resolvió a favor de la parte demandante, argumentando en el considerando 12 de su decisión: "La tercera característica de los derechos fundamentales que establecen las obligaciones a cargo del Estado es que están sujetos a un control de razonabilidad por el poder judicial. Lo razonable en estos casos tiene que ver con el principio de que 'los mandatos para desarrollar las libertades individuales y los derechos al más alto nivel consistente con su distribución equitativa entre todos los sujetos que viven en una sociedad determinada, así como introducir desigualdades excepcionales con el fin de maximizar la parte correspondiente al grupo desfavorecido (Rawls, John, "Teoría de la Justicia", 1971, Universidad de Harvard).' Estos principios de igualdad democrática y de la diferencia con la finalidad de protección de los sectores excluidos deben ser respetadas por los que deciden las políticas públicas".

El potencial de las ideas de Dworkin sobre la igualdad económica es doble: Por un lado, respalda la solicitud de medidas progresivas, como pasar de impuestos indirectos a impuestos directos, fuertes inversiones en el sector de la salud

23. Paola Bergallo, *Unleashing health rights in Argentine courts: from the myth of rights to the politics of rights,* disertación doctoral, Stanford Law School, 2013.
24. CSJN, "Q. C., S. Y. c / Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", 24/04/2012, Fallos 335:452.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 273 29/04/2019 16:57:20

y la educación públicas, etcétera. Por otro lado, proporciona una guía útil para resolver la difícil cuestión de las prioridades en materia de inversión en salud. La igualdad en materia de salud requiere, para Dworkin, extender a todos la misma cobertura que una familia prudente de ingresos promedio obtendría en un esquema de seguros de salud que funcionara correctamente.[25] Desde esta noción, la igualdad sufre cuando una persona rica obtiene del Estado un servicio de salud de baja prioridad, mientras que las necesidades de salud más urgentes de los pobres no reciben tratamiento.

Entender la justicia socioeconómica como una demanda de igualdad de recursos en lugar de bienestar iluminaría otras políticas sociales y económicas, además de las políticas de salud. Por ejemplo, nos haría dudar del carácter progresivo de la política pública "Fútbol para Todos", un caro programa nacional destinado a subsidiar el acceso gratuito a la transmisión por televisión de todos los partidos de fútbol. Las políticas igualitarias deberían garantizar la igualdad de oportunidades y recursos sin privilegiar algunos gustos o elecciones sobre otros.

Por último, aunque el esquema dworkiniano de redistribución continua está lejos de ser un ejemplo de igualitarismo de mercado, es un intento serio de darle al mercado su debido rango como mecanismo adecuado, –al menos en determinadas circunstancias– para medir el costo que tienen para los demás nuestras preferencias y elecciones.[26] Presionar al mercado más allá de un sólido régimen regulatorio no es una receta progresiva razonable, y con certeza, tampoco es igualitaria.

5. Conclusión: las concepciones de Dworkin se transforman en conceptos

He descrito tres formas diferentes en que las ideas de Dworkin impactan en las discusiones jurídicas y políticas en el Sur, particularmente en la Argentina. En primer lugar, algunas de sus famosas contribuciones (a saber, su audaz afirmación de los derechos individuales, su rechazo a las diversas formas de subjetivismo y relativismo, sus ataques contra el positivismo jurídico) tienen un impacto global. En la Argentina desempeñaron y siguen desempeñando un papel relevante en la difícil construcción de una democracia liberal.

En segundo lugar, he explorado brevemente los límites de la teoría de Dworkin sobre la adjudicación de en relación con el caso de los regímenes jurídicos perversos. Si en el caso de Sudáfrica bajo el apartheid se podría argumentar que la estrategia interpretativa dworkiniana habría agravado la situación de los

25. Dworkin, Ronald. "What Is Equality? Part 2: Equality of Resources." *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, no. 4, 1981, pp. 283–345.
26. Ídem.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 274 29/04/2019 16:57:20

derechos humanos, en el caso de la Argentina el enfoque dworkiniano habría sido de poca ayuda por una razón diferente, que el terrorismo de Estado parecía trascender el alcance de los jueces.

En tercer lugar, he sugerido que existe por lo menos un dominio donde las ideas de Dworkin pueden tener un impacto más directo y relevante (incluyendo el impacto jurídico) en América Latina que en los EE. UU., el de los derechos socioeconómicos. La teoría de la igualdad de recursos de Dworkin podría ayudar a mejorar nuestras políticas sociales y económicas y la forma en que nuestros jueces se ocupan de ellas, haciéndolas más racionales y justas.

La influencia de algunas de las ideas de Dworkin es tan poderosa que, como sucede en el caso de Rawls, algunas de sus concepciones se han convertido en conceptos. De la misma manera que en los debates sobre la justicia social asumimos y no controvertimos alguna forma de *maximin*, pero no estamos de acuerdo en qué tan fuerte o incondicionalmente debemos favorecer los intereses de los menos favorecidos, del mismo modo comenzamos nuestro análisis de casos relacionados con la libertad de expresión suponiendo que los derechos son triunfos y discutiendo cómo se acomodan otras consideraciones, o cómo proceder en los casos en que los derechos chocan entre sí, etc. Del mismo modo, no podemos sino reverenciar el valor de la integridad en la ley, aunque no estemos de acuerdo sobre qué es lo que exactamente requiere la integridad a distintos niveles (yo mismo propuse una lectura no ortodoxa de la integridad a nivel de todo el sistema jurídico). También tenemos fuertes razones para aceptar la igualdad de recursos como el marco ideal en el contexto de la igualdad material, al mismo tiempo que sostenemos diferentes concepciones sobre sus demandas concretas. Por ejemplo, podemos preferir no recurrir al esquema hipotético de seguros dworkiniano si estamos a favor de un enfoque de derechos humanos y lo encontramos incompatible con la lógica agregativa de la institución del seguro. O podríamos entronizar a la igualdad educativa como un requisito previo para que sea aceptable la operación del mercado igualitario en su isla imaginaria. O puede que deseemos expandir las aplicaciones de la igualdad dworkiniana a nivel mundial, etc.

De esta manera, las teorías de Ronald Dworkin constituyen, en todo el mundo, un nuevo terreno compartido para las discusiones modernas sobre la justicia, para la elaboración de nuevos argumentos constitucionales y para la eterna búsqueda del equilibrio entre el estado de Derecho y las demandas progresivas que le plantea la dignidad.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 275 29/04/2019 16:57:20

El imperio de Ronald Dworkin.indd 276 29/04/2019 16:57:20

Dworkin y la Obligación Política

Carlos Rosenkrantz[*]

1.

Las ideas de Dworkin han recibido una enorme atención. Han sido expuestas, analizadas –en muchos casos admiradas y en otros criticadas– tanto por filósofos, iusfilósofos, constitucionalistas, juristas y cultores de la ciencia política. De todos modos, existe un área de su enorme legado intelectual –más precisamente su posición respecto de la autoridad del derecho– que ha sido menos explorado. En este trabajo me concentraré justamente en esa área menos explorada por dos razones distintas; en primer lugar, porque es una pieza fundamental del pensamiento de Dworkin –sostiene y es sostenida por la mayoría de susconvicciones más preciadas– y, en segundo lugar, porque es uno de los asuntos en los que el pensamiento de Dworkin, no obstante haber sido muy original y haber contribuido a hacernos pensar mejor la cuestión de si el derecho obliga, no es en modo alguno convincente pues, en última instancia, no puede explicar aquello que se propone. El punto central que quiero aquí resaltar es que no podemos, como sugiere Dworkin, supeditar la obligatoriedad del derecho de una comunidad a que en ella se hubiera realizado la igualdad en la distribución de recursos de tal modo que todos tengan un igual bienestar. Esta exigencia en última instancia hace imposible que el derecho ordene nuestras vidas justamente en aquellas circunstancias en las que ello es más necesario dado que son precisamente las sociedades donde la igualdad no se ha realizado las que más críticamente necesitan al derecho como un instrumento que les permita transitar desde su configuración presente a un mejor y más igualitario futuro.

* Universidad de Buenos Aires - Universidad de San Andrés.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 277 29/04/2019 16:57:20

2.

Relativamente tarde en su derrotero intelectual Dworkin ofreció una concepción de la obligación política, esto es, una respuesta a la pregunta de si debemos obedecer no por temor a la sanción ni tampoco por razones morales últimas, utilitarias o estratégicas sino *qua* derecho, esto es, nada más ni nada menos en razón de que el derecho es un orden normativo con autoridad general.

Como seguramente todos los lectores de este ensayo saben, la pregunta acerca de la obligación de obedecer el derecho –o la cuestión de la obligación política– ha constituido un gran enigma todo a lo largo de la historia de la filosofía práctica sin que se pudiera obtener una respuesta mínimamente consensuada. No existe consenso respecto de si el derecho nos da razones autónomas para la acción –razones que no pueden ser reducidas a otro tipo de razones– o si, por el contrario, solo no obliga cuando nos ordena hacer aquello para lo que ya tenemos razones de otro tipo (razones morales últimas, utilitarias o estratégicas) para hacerlo.

En *Justicia para Erizos*, Dworkin sugirió una observación perspicaz que trata de explicar porqué se han encontrado tantas dificultades para elaborar una respuesta consensuada al problema en cuestión que, de algún modo, nos enseña el camino por el que se debe transitar para dar una explicación convincente de por qué y, si en todo caso, el derecho obliga *qua* derecho.[1]

Según Dworkin, quienes se ocuparon de este problema lo hicieron pensando que el punto de descanso era el "estado de naturaleza" (o, en otras palabras, que lo que había que explicar era porqué la sociedad civil, y la sumisión al derecho que la caracteriza, era un estadio social superior) y, por lo tanto, modelaron sus argumentos para justificar el tránsito de un mundo pre-político a otro con una autoridad jurídica centralizada. Este punto de partida y la necesidad de explicar el tránsito aludido hizo pensar que para explicar la fuerza normativa del derecho debía ofrecerse una teoría individualista capaz de convencer a cada uno de nosotros de que la sociedad civil era mejor para cada uno de nosotros que el estado de naturaleza. El problema es que cuando comenzamos de ese modo únicamente nos podrán convencer argumentos individualistas, más precisamente, argumentos que dado nuestros intereses personales justifican que la pérdida de libertad que la sujeción al derecho necesariamente implicapuede ser compensada por los eventuales beneficios que para cada uno de nosotros tiene la sujeción. El punto que se deduce de las observaciones de Dworkin es que toda empresa que aspire a justificar la fuerza normativa del derecho debe comenzarse, desde un diferente punto de partida con argumentos más bien colectivos o comunitarios que en lugar de pivotear alrededor de lo que cada uno de nosotros puede perder o ganar con la sujeción al derecho se enfoquen más bien, en lo que el colectivo o

1. Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, p. 317.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 278 29/04/2019 16:57:20

la comunidad a la que pertenecemos ganao pierde como comunidad. Debemos explicar por qué el derecho obliga refiriendo los bienes que el derecho permite obtener al colectivo que formamos, por ejemplo, la posibilidad de que la comunidad política se auto-regule.

Dworkin también ofreció una teoría sustantiva de porqué el derecho obliga. Sostuvo que la explicación de la fuerza vinculante del derecho *qua* derecho no es diferente a la explicación de la fuerza vinculante que pueden generar otro tipo de relaciones entre quienes forman otros colectivos o comunidades.

Dworkin refiere dos claros casos de colectivos que generan obligaciones para sus miembros: la amistad y la familia. Los amigos y los miembros de la misma familiadesarrollan relaciones caracterizadas por el interés que cada uno demuestra por cada uno de sus amigos, en el caso de la amistad, o de los miembros de la familia, en el caso de la familia,que dan origen a obligaciones recíprocas que existen no en razón del consentimiento, como por ejemplo podría pensar Locke, o por el beneficio individual que cada uno puede obtener con la relación en cuestión, como podría pensar Hume, sino por el mero hecho de la relación o, para poner la misma idea de otro modo, en virtud de la común membresía de los amigos y de los miembros de la familia al particular tipo de colectivo que forman.

La situación es similar en el colectivo de aquellos que están sujetos a la misma coerción en un territorio determinado (esto es aquellos miembros de una comunidad política) siempre que, de acuerdo con Dworkin, cada uno de sus miembros demuestreuna preocupación personal por el bienestar igualitario de cada uno de todos los demás. La condición central para que el derecho pueda generar obligaciones es entonces, de acuerdo con Dworkin, que el derecho sea la expresión de una comunidad cuyos miembros sean iguales en la dimensión del bienestar.

3.

La visión de que el derecho origina una obligación de obediencia tal como otras asociaciones –la familia y los amigos– y obliga *qua derecho* en tanto sea la expresión de una comunidad de ciudadanos que tienen un especial, particularizado e igual interés en el bienestar de cada uno de todos los demás –la idea central de Dworkin– tiene méritos visibles. Efectivamente, la posición de Dworkin satisface dos requisitos que creo debe satisfacer toda concepción de la obligación política; por un lado, el requisito de la "generalidad" y, por el otro, el de la "particularidad". La concepción de Dworkin es suficientemente general pues explica porqué todos los integrantes de una comunidad política –y no solo quienes deben aplicar la ley o han sido investidos como funcionarios por ella o han consentido u obtenido beneficios previos en virtud del modo en que el

El imperio de Ronald Dworkin.indd 279 29/04/2019 16:57:20

derecho regula la comunidad en cuestión– deben actuar siguiendo los mandatos legales. Es también, por otro lado, suficientemente particular porque explica por qué los miembros y solo los miembros de una determinada comunidad política deben obedecer el derecho *qua derecho* de dicha comunidad. Hasta donde yo sé no hay otra teoría de la obligación política que sea lo suficientemente general y lo suficientemente particular al mismo tiempo,[2] por lo que Dworkin y su explicación asociativa de la fuerza del derecho pueden obtener crédito inmediato.

De todos modos, no obstante ser suficientemente general como suficientemente particular, la teoría de Dworkin es susceptible de ser objetada en virtud de una razón que me parece contundente: Dworkin pone el umbral de la obligación política muy alto. Para que el derecho pueda generar una obligación de obediencia exige que la comunidad sea igualitaria en términos de bienestar lo que, en última instancia, tiene un efecto inhibitorio pues priva de fuerza vinculante al derecho donde su fuerza vinculante es crucialmente necesaria. Efectivamente, en sociedades en las que no existe una preocupación igualitaria por el bienestar de los demás el derecho es la única manera de organizar la vida en común por lo que privar al derecho de su pretensión de autoridad en dichas circunstancias es una imposibilidad de grave consecuencia. El punto que tengo en mente se ve con claridad, espero, con un ejemplo.

Supongamos que en un determinado país cohabitan dos grupos religiosos de más o menos la misma cantidad de adherentes, similar en poder económico y político, pero con concepciones completamente distintas del bien, esto es, de aquello que da último sentido a la vida haciéndola merecedora de ser vivida. Supongamos que ambos grupos están convencidos, por ejemplo, de que la realización de su respectiva concepción del bien es más probable si viven en paz entre ellos –por eso no se plantean la secesión como una opción– pero que dicha convicción no los motiva a pensar que el bienestar de los miembros del otro grupo sea tan importante como la propia y, por lo tanto, no creen que el bienestar de los miembros del otro grupo sea merecedor de la misma atención que el bienestar de los miembros del grupo al que pertenecen. Supongamos ahora que uno de los dos grupos –a través de los mecanismos institucionales diseñados al efecto, ganó una elección democrática, por ejemplo– ha podido imponer su visión en un tema determinadoy se dispone a ejecutar una decisión que aunque no se trata de una decisión aborrecible no satisface las exigencias de la concepción de la justicia distributiva que creemos moralmente correcta, cualquiera que ella fuera, impactando en el modo que se deberían distribuir los recursos de la comunidad y afectando la distribución de recursos tal que el bienestar de los miembros del otro grupo será también, como una consecuencia no deseada, afectado. La decisión en cuestión

2. En otro lugar he explicado con más destalle porqué toda concepción de la obligación política debe satisfacer estos dos requisitos y de qué modo las concepciones más conocidas no lo hacen. Ver, Rosenkrantz, Carlos "La Autoridad del Derecho y la Injusticia Económico y Social", *Revista Discusiones*, n° 6, pp. 17-57.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 280 29/04/2019 16:57:21

–que reitero ha sido adoptada por mecanismos institucionales ius-generativos acordados de antemano– puede ser ignorada fácilmente por los miembros del grupo perjudicado sin mucha consecuencia –la desobediencia permanecerá oculta y nadie será descubierto ni imitado. ¿En estas condiciones, el derecho debería ser obedecido por el grupo religioso perdidoso? ¿Existe para este grupo perdidoso una obligación de obedecerlo simplemente porque es el derecho?

Dworkin debe contestar estas preguntas por la negativa. En virtud de que la comunidad del ejemplo no es una comunidad en la que los miembros del grupo ganador demuestran un interés igual por el bienestar de cada uno de los miembros del grupo perdidos o, el derecho en este caso no puede tener la aspiración de generar autoritatividad *qua* derecho.

Junto a Dworkin, creo que las comunidades políticas en las cuales sus miembros logran desarrollar una motivación para darle al bienestar de cada uno de todos los demás el mismo peso que al propio sondignas de admiración por muchísimas razones diferentes. En términos políticos, la razón más importante quizá sea que en una comunidad política de esta naturaleza desarrollaremos endógenamente los recursos sicológicos y sociológicos requeridos, por un lado, para vivir unos con otros y, por el otro, para cambiar de un modo sostenible las condiciones sociales para que todos estemos mejor. El interés por el bienestar (igual) delos demás muy probablemente producirá suficiente respeto mutuo, gratitud y, en general, cohesión social para saldar las eventuales confrontaciones que pudieran emerger en el seno de la comunidad en el proceso de discusión de qué es lo que colectivamente debemos hacer y cómo debemos distribuir los beneficios y las cargas de la cooperación social. Por lo tanto, la preocupación por el igual bienestar de los demás reforzará la comunidad entre los miembros de la sociedad. Ello sucede así, por ejemplo, en el seno de la familia y entre amigos, comunidades que en general no necesitan de autoridades para producir el valor que instancian.

¿Ahora bien, qué sucede en comunidades como las de mi ejemplo (que creo es más parecida a las comunidades políticas reales que las que Dworkin tiene en mente)? Allí un derecho con autoridad es el único instrumento apto para organizar una vida en común mutualmente beneficiosa. El interés por el igual bienestar de todos los demás que puede existir en sociedades mejor ordenadas aquí no existe por lo que el derecho será la única manera de brindar los suficientes reaseguros de que todos harán lo que fuera colectivamente decidido, precondición para que la comunidad pueda gobernarse a sí misma y así mejorar como comunidad.

Dworkin consideró que en general es apropiado condicionar la autoridad del derecho y, por lo tanto, la capacidad del derecho para generar razones para actuar en aquellos a quienes se dirige, a la igualdad. Sin igualdad no puede en modo alguno hablarse seriamente de una comunidad –la idea misma de comunidad es igualitaria, como lo destaca Dworkin– por lo que sería extraño que el derecho que se sanciona en una sociedad donde, por ejemplo, unos esclavizasen a otros genere obligatoriedad *qua* derecho.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 281 29/04/2019 16:57:21

De todos modos no veo que la autoridad del derecho entre los miembros de una comunidad pueda ser condicionada a la igualdad en la distribución de recursos o al bienestar, como sugiere Dworkin, pues de la idea que la comunidad es una categoría intrínsecamente igualitaria no se sigue que toda comunidad debe ser igualitaria en todas las dimensiones en que la igualdad puede mensurarse y, por lo tanto, menos aún se sigue que la dimensión en la que debe satisfacerse necesariamente la igualdad para que una comunidad genere autoridad para su derecho sean los recursos oel bienestar.

Es interesante destacar que Dworkin era plenamente consciente de que una teoría de la obligación política no podía ser tan exigente al punto de que a la luz de esta teoría nos sea imposible identificar comunidades políticas reales cuyo derecho genere una obligación general de obediencia. En este sentido, Dworkin precisó, por ejemplo, que no debíamos considerar que solo las "comunidades de principio" –esto es, comunidades que satisfacen plenamente la concepción correcta de la justicia y de la igualdad– podían generar obligaciones políticas. Si las obligaciones políticas solo existieran en comunidades de principio seríamos incapaces de explicar por qué los ciudadanos de muchas comunidades políticas reales que están lejos de satisfacer lo que exige la justicia y la igualdad sí tienen, como Dworkin cree, la obligación de obedecer la ley de sus respectivos estados[3].

La pregunta que se impone, entonces es ¿por qué, a pesar de ser conscientedela inconveniencia de ser demasiado exigente al momento de estipular las condiciones que una comunidad debe satisfacer para que su derecho obligue, Dworkin sostuvo que solo las comunidades en las que sus miembros están igualmente interesados por el bienestar de cada uno de todos los demás pueden tener un derecho autoritativo?

Existen dos respuestas posibles a esta pregunta. Por un lado, un error de traspolación. Dworkin pensaba, tal como se indicó precedentemente, que todas las obligaciones asociativas eran conceptualmente igualitarias. Como en las comunidades paradigmáticas donde se generan obligaciones asociativas –la amistad y la familia– existe un interés por el bienestar igual de los demás (una familia que no considere que el bienestar de todos tiene el mismo valor difícilmente pueda ser concebida como algo diferente a la mera semejanza genética), Dworkin, traspolando, pudo haber concluido que lo mismo debía suceder en la polis. Para que los miembros de una familia generen obligaciones recíprocas debe haber un interés genuino por el igual bienestar de todos los demás miembros, *ergo* para generar obligaciones en una comunidad política también debería existir dicho interés. Creo que con lo que he dicho más arriba puede ya quedar claro que esta traspolación es inadecuada pues no en todas las comunidades la dimensión de la igualdad que debe realizarse es la misma.

3. Ob. cit., nota 1, p. 204.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 282 29/04/2019 16:57:21

La segunda respuesta tiene más que ver con los intereses teóricos de Dworkin. A mi criterio, con su concepción de la obligación política lo que Dworkin, en realidad, quería defender no era su teoría del derecho.

No es este el lugar para presentar la teoría del derecho que Dworkin ofreció para superar lo que creía eran las limitaciones que enfrentaban positivistas como Hart, pero para lo que quiero recalcar es indispensable recordar que para Dworkin la virtud intrínseca e idiosincrásica del derecho es la Integridad. La Integridad, de acuerdo con Dworkin, es una propiedad del derecho que lo constituye como tal (un sistema jurídico que no sea "íntegro" en el sentido que Dworkin le adjudica a este atributo podrá ser un sistema normativo pero nunca un sistema jurídico que pueda presentarse con la autoridad que el derecho pretende portar).

Por supuesto que la Integridad, como la justicia y la equidad, es una virtud cuya realización podría tornar un sistema legal mejor en sí mismo, ello es, mejor como sistema legal. Pero la propuesta de Dworkin no es que la Integridad sea una virtud reguladora del sistema legal sino más bien que sea una virtud constitutiva del derecho, esto es, una condición *sine qua non* del derecho, algo sin lo cual el derecho no solamente no sería mejor sino que fundamentalmente dejaría de ser tal.

Ahora bien, concebir a la Integridad como una virtud constitutiva del derecho tiene una enorme relevancia pues, si este movimiento es correcto, no puede haber derecho en comunidades donde la igualdad no fuera realizada. Efectivamente, la Integridad requiere que el derecho sea de contenido igualitario determinado no solo por lo que puede derivarse directamente, o reconstruirse indirectamente, de las decisiones jurídicas que las autoridades políticas pudieron haber tomado en el pasado (sean estas leyes o sentencias)[4] sino, además, por aquellos derechos y deberes que surgen de una fuente no positiva, más precisamente, de un "gobierno... (que) habla con una voz... actúa de manera principista y coherente hacia todos sus ciudadanos (y más importante que ello)... extiende a todos los estándares sustantivos de justicia o equidad que utiliza para algunos".[5] En resumen, la Integridad requiere, como dice Dworkin, que los miembros de la comunidad política se preocupen "cada uno por todo lo que es suficientemente especial, personal, generalizado e igualitario".[6]

En lo anterior se advierte que acuerdo con Dworkin la Integridad está asociada con la igualdad de un modo inescindible. Ahora bien, mi conjetura es que es posible que la relación inescindible que Dworkin ve entre la Integridad, como virtud constitutiva del sistema jurídico, y la igualdad en la distribución de recursos como característica constitutiva de la comunidad política que se expresa mediante un sistema jurídico, lo haya llevado a pensar que la legitimidad política solo podía surgir en comunidades que satisfacen el ideal de Integridad, esto es,

4. Ob. cit., nota 1, p. 211.
5. Ob. cit., nota 1, p. 165.
6. Ob. cit., nota 1, p. 216.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 283 29/04/2019 16:57:21

comunidades que en última instancia despliegan una preocupación generalizada por el igual bienestar de todos.

A mi criterio Dworkin yerra aquí. Como dije más arriba el hecho de que toda comunidad sea esencialmente igualitaria en alguna dimensión no implica en modo alguno que el bienestar sea la dimensión apropiada en la que la igualdad característica de una comunidad política deba medirse cuando nos preguntamos si el derecho obliga. Dentro de los miembros de una familia y entre los amigos, por ejemplo, pareciera ser el caso que el bienestar es el parámetro correcto para determinar si existe la reciprocidad necesaria para que se generen obligaciones. No habría familia ni amistad –y ninguna obligación para con los amigos y los familiares– si los miembros de una familia y los amigos no estuvieran interesados, en cierto punto, en el bienestar del otro. Pero la situación es distinta en una comunidad política.

Una comunidad política puede existir como tal, instaurar sus valores intrínsecos y, por lo tanto, ser una fuente de una obligación general de actuar conforme a las normas que genera en condiciones más modestas, más precisamente, que cada uno de aquellos a quienes el derecho se dirige sea tratado con todos los privilegios y derechos característicos de los miembros de la comunidad en cuestión y ello con independencia de si todos están igualmente interesados en el igual bienestar de todos los demás o, para poner la idea de modo más general, independientemente de cuál sea el grado de realización del ideal de la justicia distributiva que consideremos moralmente adecuado.

Si lo anterior es correcto la pregunta relevante para determinar si una comunidad política puede concederle autoridad a su derecho al punto de que este obligue *qua* derecho no es si la comunidad distribuye los recursos de modo igualitario, tal como cree Dworkin, sino si en dicha comunidad los arreglos institucionales existentes permiten concluir que todos cuentan, políticamente hablando, como miembrosde la comunidad.

A los efectos de saber si el derecho obliga la cuestión crucial será la que Dworkin encara, si la igualdad ha sido realizada, sino si aquellos cuya sumisión al derecho se solicita son tratados, políticamente hablando, como verdaderos miembros de la comunidad. La pregunta que se impone, entonces, es cuáles son los requisitos que deben satisfacerse para que quienes se encuentran subordinados a un mismo sistema de coerción cuenten como miembros de la comunidad lo que, a su vez, requiere una respuesta a la pregunta normativamente más básica acerca de qué debe entenderse por una comunidad política.

En mi visión una comunidad política es una asociación que tiene dos características centrales; por un lado, un sustrato fáctico –el hecho del común sometimiento al mismo sistema territorialmente centralizado de coerción– y, por el otro, una condición superviniente aspiracional –la ambición de sus miembros de, por un lado, moldear en común su destino colectivo y, por el otro, hacerlo de modo que sea para beneficios mutuos. Una comunidad política es, entonces,

El imperio de Ronald Dworkin.indd 284 29/04/2019 16:57:21

en parte una comunidad procedimental, pues se trata de una comunidad que aspira a moldear en común su destino colectivo, y en parte sustantiva, pues dichas decisiones tienen que ser mutuamente beneficiosas. Para que alguien cuente como un miembro de la comunidad política debe ser verdad que sea tanto, en conjunto con los demás, un hacedor de las decisiones colectivas como un sujeto de estas: debe ser posible verlo como parte tanto de quienes deciden como de aquellos para quienes se decide.

Creo que las ideas anteriores, cuyos detalles no puedo desarrollar aquí, podrían proveer la pólvora necesaria para resistir el argumento de Dworkin de que la autoridad del derecho está condicionada a la realización de la igualdad distributiva entre los miembros de la comunidad política cuyo derecho se trate. En efecto, si lo determinante para que el derecho adquiera autoridad es que sea el producto de una comunidad que trata a sus miembros del modo exigido para que todos sean parte tanto de quienes deciden como de aquellos para quienes se decide, el derecho podría adquirir autoridad aun cuando la comunidad no satisfaga el test de Dworkin siempre que aquellos a quienes se pretende obligar sean, por ponerlo de alguna manera, iguales políticamente hablando.[7]

4.

He asumido, hasta aquí, que una explicación de la obligación política sobre la base de la obligatoriedad que nace de determinado tipo de relaciones que se desarrollan entre miembros de una comunidad política es sólida y convincente. Existe una crítica poderosa que he salteado hasta este punto pero que no se puede soslayar ya que afecta a todas las explicaciones asociativas de la autoridad del derecho.

Puede imputársele a la teoría de Dworkin, y a toda otra teoría asociativa de la obligación política, incluso la que yo mismo he defendido en otro lugar, ser tribal e incapaz, por tanto, de proveerse una justificación universal. En efecto para que una teoría asociativa de la obligación política sea sostenible es preciso demostrar que no está subordinada a la aceptación de los valores de la comunidad política cuyos miembros deben obedecer el derecho sino que ella da cuenta de valores intrínsecos que también podrían ser defendidos por razones universales. ¿Es esto correcto?

7. En otro lugar he intentado construir una visión de cuándo puede adecuadamente sostenerse que la comunidad trata a sus miembros como iguales políticamente hablando. Ver Rosenkrantz, Carlos "La Pobreza, la Ley y la Constitución", *El Derecho como Objeto de Transformación*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2005.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 285 29/04/2019 16:57:21

Dworkin, por supuesto, tiene una respuesta inmediata. En verdad, tiene dos respuestas inmediatas. En *Justicia para Erizos*, Dworkin argumentó que la dignidad es el valor nuclear interpretativo de nuestra moralidad política. Sostuvo que, bajo ciertas condiciones, el valor de la dignidad no solo no impide sino que, además, requiere sumisión al derecho en tanto derecho. Cuando el Estado trata a todos a los que gobierna con preocupación igualitaria y respeta de ese modo su dignidad torna a su derecho en obligatorio. Según Dworkin, al obedecer al derecho satisfacemos la dignidad de los demás porque podemos ver a la comunidad política de la que somos miembros como una empresa colectiva en la que todos participamos. Si en estas circunstancias, por ejemplo, desobedezco el derecho, afectaría la dignidad de mis conciudadanos tratándolos sin la debida consideración en razón de que ignoraría la igualdad subyacente. La dignidad entonces podría ser presentada como el valor universal que la obediencia al derecho en última instancia nos ayuda a realizar.

La dignidad es obviamente unavirtud o un derecho importante que debe ser respetado. No obstante, a mi criterio, no es el valor que da sustento a las explicaciones asociativas de la autoridad del derecho.La dignidad personal, como las teorías modeladas a partir de la metáfora del Estado pre-político, es una consideración demasiado individualista y, como tal, es incapaz de explicar porqué una norma legal no-ideal que puede afectar a unos o, al menos, no beneficiar a algunos tanto como debiera a la luz de las exigencias de la justicia distributiva, debe ser aceptada por cada uno de aquellos a quienes afecta o no beneficia tanto como a los demás. Si usted recurre a su dignidad para justificar porqué yo debo obedecer el derecho cuando su decisión no es la mejor que podría concebirse en mi beneficio es difícil entender por qué su dignidad debe tener prioridad justificatoria y explicar porqué yo debo obedecer el derecho cuando su decisión afecta mi derecho a recibir el mejor trato posible de su parte.

Pero el hecho de que Dworkin no haya acertado con el valor de la dignidad no quiere decir que no haya acertado. En efecto, en el *Imperio del Derecho*[8], Dworkin dijo algo completamente diferente que descansaba en valores no-individualistas. Allí sugirió, aunque de manera totalmente incidental, que una asociación entre ciudadanos que obedecen el derecho dirigida hacia la realización de la Integridad sirve al valor del "cambio orgánico". El "cambio orgánico", o la posibilidad del cambio orgánico, entonces, podría ser invocado como el valor universal –no condicionado a la aceptación de los valores de la comunidad cuyo derecho pretende generar autoridad– que justifica la adhesión al derecho.

Dworkin no se tomó el tiempo para detallar con precisión lo que entendía por "cambio orgánico" pero ello no quiere decir que no sea posible hacerlo. En efecto, el "cambio orgánico" podría ser visto como el cambio colectivo que se

8. Ver, Dworkin, Ronald, *Laws' Empire*, Harvard U. Press, (1986), p. 192.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 286 29/04/2019 16:57:21

experimenta en una comunidad política cuando la comunidad cambia producto de un proceso incremental de realización de los valores que la comunidad ha decidido honrar. Así entendido, el "cambio orgánico" es, por un lado, diferente del cambio individual que pueden experimentar algunos de los miembros de la comunidad pero, también, diferente al cambio que una comunidad puede experimentar cuando no obstante cambiar como comunidad no lo hace en la dirección de la realización de los valores que la definen o caracterizan. El "cambio orgánico" entonces es un valor autónomo, universal y colectivo. Es autónomo porque es irreducible a otros valores que una comunidad política puede (y debe) intentar realizar –especialmente irreducible a la justicia y la igualdad– y universal en el sentido de que puede ser avalado por todos cualquiera sea su circunstancia personal o convicciones morales. Finalmente, es un valor comunal en el sentido de que no es un valor para cada uno de nosotros considerados individualmente sino más bien es un valor que solo puede predicarse de la comunidad de la que somos parte.

5.

En la sección anterior destaqué que existen valores universales que sustentan una justificación asociativa de la autoridad política y antes todavía sostuve que la teoría de Dworkin padece problemas que la afectan de modo específico, nuevamente, poner el umbral demasiado alto y exigir, para que el derecho pueda generar obediencia, que la comunidad sea igualitaria en términos de bienestar. En esta sección quiero volver a Dworkin y por qué la crítica que le he dirigido aquí es de enorme consecuencia para todas sus concepciones teóricas en el ámbito del derecho y su teoría jurisprudencial.

La mayoría de los filósofos políticos asumen que la pregunta acerca de porqué debemos obedecer el derecho es distinguible de la pregunta acerca de qué es el derecho. Lo mismo ocurre con buena parte de los filósofos jurídicos positivistas, aunque estos creen no solo en la posibilidad de distinguir entre las dos cuestiones sino además en la necesidad de realizar esta distinción ya que para los positivistas la cuestión de qué es el derecho es de una dimensión categorialmente diferente a la cuestión de si debemos obedecerlo. Como conciben la pregunta acerca de qué es el derecho como eminentemente descriptivalos positivistas ofrecen una respuesta también eminentemente descriptiva.

Por otro lado, la distinción entre estas dos cuestiones –qué es el derecho y cuándo es vinculante– parece hilvanarse fácilmente con la convicción desentido común que a menos de que tengamos una comprensión sobre qué es algo, no podemos preguntarnos seriamente si ese algo provee razones autónomas para actuar de determinado modo.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 287 29/04/2019 16:57:21

Dworkin, a mi criterio correctamente, desafía la filosofía positivista y el enfoque de sentido común. Su método interpretativo niega que nuestro esquema conceptual pueda ser moldeado enteramente por la semántica o por los hechos empíricos.[9] En su forma de ver las cosas, nuestros conceptos prácticos –esto es, conceptos que como los conceptos morales, políticos o jurídicos pueden ser parte de razonamientos que sirven para justificar una determinada manera de actuar– son eminentemente normativos y no pueden ser cabalmente comprendidos a menos que nos embarquemos en un proceso de pensamiento constructivo que conjugue del mejor modo posible y nos presente (en su "mejor luz" dice usualmente Dworkin) los hechos definitorios en que consisten las prácticas de la moralidad, el derecho, y la democracia con los valores que cada una de estas prácticas propone instaurar.

En la visión de Dworkin existe entonces una conexión íntima entre la concepción del derecho y la obligación política. Destaco aquí que la teoría del derecho y la concepción de la obligación política se encuentran vinculados en Dworkin no porque lo encuentre problemático (al contrario creo que en esto Dworkin está en lo correcto) sino para enfatizar el impacto que tiene para su teoría del derecho el hecho de que su concepción de la obligación política sea, como creo que lo es de acuerdo con lo sugerido en las secciones anteriores, de algún modo defectuosa. En efecto, en virtud de la relación espejo existente entre las dos preguntas mencionadas –qué es el derecho y cuándo obliga– ambas deben construirse con los mismos materiales intelectuales y normativos.En este sentido, dado que la autoridad del derecho no puede depender de que sea verdad que cada uno de los miembros de la comunidad cuyo derecho se trate desplieguen un interés igual por el bienestar de todos –si ese fuera el caso no podríamos explicar la obligatoriedad del derecho en comunidades no utópicas– tampoco puede ser verdad que la virtud constitutiva del derecho sea la Integridad en tanto la Integridad solo puede ser la virtud constitutiva del derecho si la preocupación por la igualdad de bienestar fuese un componente necesario de todo derecho en tanto que la Integridad requiere que los derechos y deberes que deben necesariamente reconocerse por un sistema normativo para adquirir el estatus de derecho sean aquellos que derivan de la preocupación "por todo lo que es suficientemente especial, personal, generalizado e igualitario".[10]

La modificación de la concepción de la obligación política de Dworkin también requerirá la modificación de su teoría jurídica. En lugar del derecho como Integridad quizá sea necesario aceptar como la concepción del derecho adecuada lo que Dworkin llama "convencionalismo suave", una teoría del derecho que lo concibe como reglas negociadas y sancionadas a través del proceso formal de

9. Ver, Ronald Dworkin, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe it", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2. (Spring, 1996), pp. 87-139

10. Ob. cit. nota 6.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 288 29/04/2019 16:57:21

creación de normas y sus principios subyacentes y que requiere que los jueces respeten los requisitos de consistencia a través del tiempo.

Por otro lado, y quizá esto sea una muestra de la plausibilidad del "convencionalismo suave", esta teoría del derecho sustenta y es sustentada por una concepción de la obligación políticade acuerdo con la cual deberíamos obedecer el derecho de nuestra comunidad cuando se satisfacen los requisitos necesarios para ser miembros plenos de la misma. El convencionalismo suave es una concepción plausible para un mundo no utópico, de comunidades formadas por personas que no obstante no estar motivadas por la realización de la igualdad de todos en la dimensión del bienestar si están definitivamente comprometidas con el respeto de las condiciones que hacen a todos miembros plenos de la comunidad política en tanto quieren vivir con los demás para el beneficio común bajo las leyes colectivamente sancionadas.

6.

Dworkin ha sido el filósofo jurídico más importante de los últimos 60 años. Nadie ha logrado su nivel de visibilidad e impacto, pero más importante que ello, nadie ha logrado su poder de convicción. Muchos de los mejores académicos del mundo han adoptado, *in totum* o con adaptaciones marginales en algunos casos, su teoría del derecho. El mundo hispano-parlante no ha sido diferente en este respecto. Por ello y porque sus convicciones finales fueron inamoviblemente republicanas, democráticas e igualitarias merece que lo homenajeemos no solamente escribiendo en su memoria sino, además, encarando los temas que compusieron su agenda intelectual –que definitivamente es la más relevante para quienes creen que el derecho es el más eficaz instrumento de transformación social– con el mismo grado de compromiso con que él lo hizo.

En este trabajo he ofrecido algunas reflexiones críticas respecto de un problema que no fue central a sus preocupaciones pero en el que, no obstante ello, hizo aportes determinantes. He argumentado sosteniendo que la concepción de Dworkin de la obligación política no puede ser aceptada. Al considerar que solo puede generar autoridad *qua* derecho el derecho de aquellas comunidades que efectivamente buscan realizar la igualdad de bienestar solo sirve para justificar la fuerza vinculante del derecho donde menos la necesitamos, esto es, en aquellas circunstancias utópicas donde la igualdad de bienestar es el más importante de los compromisos políticos. En mi opinión la inhabilidad para explicar porqué el derecho debe ser obedecido *qua* derecho incluso en circunstancias menos favorables como las del ejemplo que yo he ofrecido aquí en el que dos grupos son parte de una misma sociedad política pero no se sienten motivados por el bienestar de los miembros del otro grupo como por el propio es un defecto descalificante pues

El imperio de Ronald Dworkin.indd 289 29/04/2019 16:57:21

es justamente en dichas circunstancias en las que no existen otros instrumentos funcionales para motivar a todos a comprometerse en la realización del cambio orgánico de la comunidad y, por lo tanto, donde la autoridad del derecho es más necesaria. Dworkin quizá no hubiera sido conmovido por el análisis que he sugerido pues el problema de la obligación política no era de su gran interés. De todos modos, entiendo que la crítica que aquí he intentado tiene un alance mayor impactando áreas que como la teoría jurídica eran de interés central para Dworkinen virtud de que Dworkin correlacionaba la pregunta acerca de la obligación política con la pregunta propia de la teoría del derecho acerca de qué es el derecho ofreciendo a ambos interrogantes respuestas que se apoyaban recíprocamente. Así, dije que si lo que sostuve era correcto la concepción del derecho de Dworkin en la que la Integridad es la virtud constitutiva del derecho debiera ser sustituida por otra concepción como el "convencionalismo suave" donde las normas que portan la autoridad general que caracteriza al derecho son aquellas normas, conjuntamente con sus principios subyacentes, que fueron aprobadas por comunidades que tratan a sus miembros con las prerrogativas políticas necesarias para considerarlos como sus hacedores y beneficiarios. Pienso que esta crítica Dworkin la hubiera considerada como digna en un libro en su homenaje.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 290 29/04/2019 16:57:21

La institucionalización de la democracia: la Argentina y la memoria de Ronald Dworkin*

*Samuel Issacharoff***

Treinta años atrás regresé a la Argentina junto a mi esposa, como recientes graduados de derecho con una beca insuficiente para prestar asistencia a la extraordinaria transformación legal desde la dictadura hacia la democracia. Tuvimos la gran fortuna de haber trabajado directamente con Emilio Mignone y de haber recibido la tutela paciente de abogados comprometidos desde el extranjero como Michael Posner y Juan Méndez. Encontramos un legado de terror promovido por el Estado que continuaba clamando por una reparación histórica e incluso por cierto grado de comprensión, como descubrimos no solo en las demandas judiciales que reclamaban justicia sino también en muchas cenas con amigos y familiares.

Para un país todavía devastado por los legados de un gobierno militar, desestabilizado por la continua presencia amenazante de las Fuerzas Armadas y comprometido por la hiperinflación era, todavía, un momento difícil. Uno no podía caminar las calles de Buenos Aires sin sentir el entusiasmo de la posibilidad. El despertar cultural combinado con las ambiciones democráticas de hacer de esta ciudad efectivamente "mi Buenos Aires querido", como había oído a menudo, cuando era un niño, en los discos de Carlos Gardel de mis padres.

En el transcurso de ese cometido, conocimos a los principales asesores jurídicos del presidente Alfonsín, Carlos Nino y Jaime Malamud y, a través de ellos, a la siguiente generación de intelectuales jurídicos de Argentina, algunos de los cuales están aquí en esta sala en este momento. En un almuerzo que se llevó a cabo en la Casa Rosada, discutimos un plan para traer un grupo de filósofos jurídicos a un encuentro abierto sobre perspectivas democráticas bajo un régimen civil. De esas discusiones nació el viaje a Argentina en 1985 de Bernard Williams, Tim Scanlon, mi querido profesor Owen Fiss, y dos de mis colegas posteriores en NYU, Tom Nagel y Ronnie Dworkin.

* Traducido por María Belén Gracia.

** New York University Law School.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 291 29/04/2019 16:57:21

Qué gran momento en la historia intelectual. Para una nación que lucha por establecer las perspectivas rudimentarias de un gobierno civil tolerante, la reafirmación de los derechos y las prerrogativas de autoridad de los ciudadanos de una sociedad democrática era un tónico poderoso. El grupo reunido representaba a los principales exponentes de los fundamentos de un tratamiento decente por parte de la sociedad a los individuos y la correspondiente responsabilidad de las instituciones legales de proteger esos derechos centrados en la dignidad humana. El brillante ensayo de Ronnie en el *New York Review of Books* capturó la esperanza y el desafío del momento con una elegancia y sensibilidad insuperable.

Treinta años más tarde, la perspectiva de tal estabilidad democrática en la Argentina sigue siendo una aspiración, de una medida demasiado grande. Los fracasos críticos no son tanto de la moral, sino más bien de la experiencia vivida de la política democrática. Sin dudas Argentina continúa luchando por el compromiso con algunos valores liberales, pero es el dominio institucional el que clama por una reparación.

La Argentina de hoy es en muchos aspectos irreconocible de la de 1984. El Ejército ya no ocupa un lugar central en el discurso público. El país está integrado al mundo internacional de la comunicación y los medios. En algunas áreas, como por ejemplo la tolerancia al matrimonio homosexual, la Argentina es líder.

Pero, lo que no puede ser pasado por alto es el fracaso de la institucionalización de la política democrática. En particular, la Argentina sigue afectada por el exceso de poder del Poder Ejecutivo y por la habilidad del Ejecutivo de conferir privilegios y poder a través de comandos clientelistas de las palancas políticas y económicas del Estado. El Congreso está desorganizado y carece de habilidad para iniciar políticas, excepto en respuesta a demandas de la Presidencia. Y el Poder Judicial continúa siendo asediado, demasiado atravesado por influencias políticas en los niveles inferiores, acosado en sus niveles más altos, incluso respecto de su composición.

La mayor ausencia es el fracaso de que emerja una política democrática. No hay partidos políticos que existan fuera de la figura del líder político. Quizás, la introducción de elecciones primarias podría haber proporcionado, al menos en teoría, un mecanismo para promover el interés por parte de los votantes en la elección de abanderados deseables del partido. Por el contrario, las primarias sirven como medio para que candidatos individuales realicen maniobras estratégicas, sin ningún tipo de construcción en la organización, o cualquier otro sentido de compromiso más allá del caudillo del momento. Lo mismo puede decirse de la financiación pública de los anuncios de los candidatos en la televisión, o de la interacción de la prensa con el gobierno. Cada uno se ha convertido en un medio para que el Estado manipule las normas electorales para frustrar el desafío y retrasar la verdadera política democrática. De hecho, es una larga lista, pero el tema persiste y desafía a los sucesivos gobiernos.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 292 29/04/2019 16:57:21

1. Derechos en Democracia

Mirar 30 años hacia atrás lleva a la pregunta de cómo categorizar las ideas filosóficas plasmadas en términos de política y, más específicamente, cuál es la visión subyacente de Ronald Dworkin de la naturaleza de política democrática. Miro la obra de Ronnie no solo porque nosotros acá marcamos su legado. Sino también porque la obra de Ronnie sobre la centralidad de los derechos captura de manera brillante un momento en la maduración de la jurisprudencia constitucional con el compromiso por los derechos humanos y la dignidad humana, posterior a la Segunda Guerra Mundial. La salida de Argentina de la dictadura parece haberle proporcionado el medio perfecto. Para una nación que lucha contra el legado de una guerra sucia de violencia estatal sin sentido, nada debe parecer más básico que la revitalización del compromiso hacia el valor humano, una tradición que parte no solo de la filosofía liberal sino también de los mejores valores de las enseñanzas religiosas argentinas.

Sin embargo, es aquí donde debemos preguntarnos cuán exitosamente se acopla el discurso sobre derechos a la construcción del Estado y qué tan bien su relato prescriptivo sobre conducta estatal produce un relato prescriptivo sobre cómo una democracia es creada y sostenida. Un repaso de la obra más robusta de Dworkin sobre participación democrática, *Law's Freedom*, es revelador precisamente por la concepción limitada de cómo funciona la política democrática. La visión filosófica comienza con la el reclamo de compromiso por los derechos y, luego, compara los resultados de un conjunto preestablecido de limitaciones individuales. Hay pocos elementos en la escritura de Dworkin sobre la democracia que explican el propósito de la participación democrática y casi ninguno sobre el marco institucional para la participación democrática, más allá de un conjunto firme de puntos de vista sobre la primacía de la regulación del dinero de las elecciones. Dicho de otra manera, hay poco en las tradiciones filosóficas liberales de derechos y en la moralidad pública de un orden constitucional que defina cómo se organiza realmente una sociedad democrática y como sus gobernantes son elegidos. El discurso sobre derechos informa una parte importante del lado ambicioso de la política democrática, pero abarca pobremente la difícil tarea de construir una democracia que funcione alejada de la atormentada historia argentina del siglo XX.

El dar con una definición maleable de democracia no es tarea fácil. Las definiciones más viables se convierten en una línea de base de las autoridades de la mayoría con la igualdad en la franquicia. A esto puede sumársele la respuesta de los resultados electorales que obliga a las elites políticas a renovar el consentimiento de los gobernados y proporciona una legitimidad continua a las acciones del gobierno. Además, debe haber una serie de protecciones garantizadas de la oportunidad política para la disidencia, tanto individual

El imperio de Ronald Dworkin.indd 293 29/04/2019 16:57:21

como personal. Un cuadro complicado, sin dudas, y uno que se vuelve aún más difícil por los mecanismos institucionales a través de los cuales la política democrática debe ser expresada.

Para Dworkin, la concepción política de la democracia, lo que él llama la premisa mayoritaria, no solo está poco desarrollada sino que es secundaria a un conjunto previo de restricciones que se denominan premisa constitucional. Definidas de esta manera, "las condiciones democráticas son las condiciones de pertenencia moral en una comunidad política". La pertenencia moral es definida por la naturaleza orgánica del sistema de gobierno, las garantías de igualdad de consideración en el trato de todos los individuos y la independencia moral de cada individuo en definirse a sí mismo como una parte que se precia dentro del sistema de gobierno. Lo que sigue es un rechazo hacia "la falacia en el argumento popular de que como la revisión judicial de la legislación no es democrática, la lectura moral que agrava el daño a la democracia debe ser rechazada".

La retirada hacia el terreno de la revisión judicial y las órdenes morales del constitucionalismo no es un mero descuido o deficiencia momentánea. Los compromisos de Dworkin hacia la jurisprudencia de los derechos causaron que subordinara la política democrática a su invocación de las "condiciones democráticas". La medida de la legitimidad democrática era íntegramente el producto del grado en el que se realizaron las condiciones a priori. Las formas institucionales de la democracia pueden ser significativas en términos de su capacidad inexplorada para llevar a cabo las condiciones necesarias, pero en sí mismas merecen poca atención. En pocas palabras, y este parece ser el centro de la discusión de Ronnie sobre la democracia:

> Cuando instituciones mayoritarias proporcionan y respetan las condiciones democráticas, entonces los veredictos de estas instituciones deben ser aceptados por todos debido a esa razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando su provisión o respeto es defectuoso, no puede haber objeción alguna, en nombre de la democracia, respecto de otros procedimientos que los protejan y respeten de mejor manera.

En última instancia, Dworkin rebajó a la política democrática por considerarla "estadística", de agregación de preferencias individuales que pueden ser medidas según el punto de referencia de la moral inflexible. La democracia parece ser poco más que un relato abreviado de una sociedad tolerante y abierta que probablemente estaba mejor posicionada para hacer realidad las instrucciones morales trascendentes que definen el enfoque sobre derechos de la obra de Dworkin.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 294 29/04/2019 16:57:21

2. El desafío de la estabilidad democrática

Por lo tanto, es sorprendente comparar los escritos poco satisfactorios de Dworkin sobre la democracia con su sensibilidad a los desafíos institucionales que la Argentina enfrentó 30 años atrás. La reacción de Ronnie a su viaje de 1985 a la Argentina fue absorber y aceptar el desafío de estabilizar la democracia en un ambiente incierto. Es importante recordar el momento, no solamente la devastación de los derechos humanos en la dictadura, sino también la incertidumbre que le siguió a la reanudación de un gobierno civil. En ese momento, todas las historias de los periódicos sobre la actividad del gobierno comenzaban con un párrafo que describía lo que el gobierno estaba haciendo. El segundo párrafo, invariablemente, informaba la reacción del portavoz militar sobre el asunto. El paralelismo más cercano era el gobierno en la sombra de Gran Bretaña, aunque en este caso el interlocutor no reivindicaba la autoridad de un mandato electoral, sino de la fuerza brutal de las armas.

En este contexto, la autoridad civil no solo era provisional, sino que su asunto interno más apremiante era disciplinar a las autoridades militares latentes. Reclamar los principios trascendentes del estado de derecho contra la reanudación del estado de facto era aún un objetivo no realizable. El prólogo de Ernesto Sábato al *Nunca Más* describe la totalidad del proyecto de recuperar la historia de degradación bajo el gobierno militar diseñado para reforzar la lección de "que únicamente la democracia es capaz de preservar a un pueblo de semejante horror, que solo ella puede mantener y salvar los sagrados y esenciales derechos de la criatura humana". Sábato, ciertamente uno de los representantes más importantes de las letras argentinas, utilizó su poder narrativo para permitir que la historia de las víctimas reivindique el centro de la escena en la crónica posterior. En lugar de los personajes intrincados e introspectivos de las novelas de Sábato, *Nunca Más* permitió los relatos descriptivos de argentinos comunes y corrientes, contados en lenguaje simple y directo para denunciar la crueldad del régimen militar.

Así como Sábato dio un paso más allá de sí mismo dándoles voz a otros, también lo hizo Ronnie con su relato sobre la Argentina. El tema del día en el momento de la visita de los filósofos era la responsabilidad jurídica de los líderes y los autores de la violencia dirigida y promovida por el Estado contra la población civil. Ronnie describió pero, quizás atípicamente, no tomó partido en el debate vociferando sobre cómo debía ser conceptualizada la responsabilidad: si promoviendo el procesamiento de los líderes militares, o mediante la concesión de una amnistía que le daría tiempo a la autoridad civil para estabilizarse.

En un lado del debate había posiciones como aquellas defendidas por Emilio Mignone, junto con Cindy Estlund y yo mismo, que sostenían que la restauración de un gobierno civil debía exigir la restauración correspondiente de la responsabilidad criminal de aquellos que hubieran cometido crímenes de violencia contra

El imperio de Ronald Dworkin.indd 295 29/04/2019 16:57:21

las miles de víctimas de la dictadura. En este respecto, al "acto de Estado" que cubrió esos crímenes con autoridad estatal no debe proporcionársele ningún indulto respecto de las prohibiciones penales de la tortura, el asesinato, la violación, el robo, el secuestro y una serie de otros delitos. Este es un debate identificable que informa a preguntas actuales sobre el uso de tribunales militares o procesos penales ordinarios para juzgar y reprimir terroristas y combatientes extranjeros. En pocas palabras, es el debate sobre si los estándares de la responsabilidad común en un país civilizado pueden ser aplicados a aquellos que no comparten los compromisos básicos de esa sociedad o que responden a una autoridad estatal que repudia esos valores fundamentales.

La réplica sabia fue ofrecida por Carlos Nino, el filósofo jurídico líder de la Argentina y arquitecto de un esfuerzo jurídico complejo para obligar a las Fuerzas Armadas a aceptar responsabilidad como institución. Para Nino, la sociedad argentina no podía darse el lujo de declararle la guerra a las Fuerzas Armadas, desde los más altos rangos hasta los más bajos, y, en cambio, podía ofrecerles indulto siempre que reconocieran su culpabilidad al condenar a los individuos con más responsabilidad y, a su vez, los sometieran a la justicia civil. La contrapartida sería entonces una amnistía para el resto de los militares, excepto por delitos específicamente definidos que demostraran una depravación moral extrema y que hubieran sido cometidos fuera de la cadena de mando. Aquí el argumento hace hincapié en la necesidad de estabilizar la transición hacia sistemas de gobierno normales o civilizados y subordinar la asignación retrospectiva de culpabilidad a la perspectiva de seguridad futura.

Por mucho que Ronnie habló sobre la impresión que observar los primeros juicios a las juntas militares le generó, él simplemente informó sobre este debate y luego evitó tomar cualquier posición y, ciertamente, no propuso ningún principio que pudiera resolver este dilema profundo de la sociedad argentina de ese momento. Ronnie aceptó que incluso los argumentos a favor de una amnistía general "son poderosos y en ningún sentido ilegítimos". Pero la visión predominante que presentó fue una de estabilización exitosa en los términos más pragmáticos: "es desesperadamente importante, no solo para la Argentina sino para América Latina en general, que el gobierno de Alfonsín tenga éxito. Es uno de los pocos gobiernos de la región firmemente comprometido con la democracia constitucional en nuestro propio sentido, uno de los pocos que podemos respetar sin reservas. Pero es vulnerable a una variedad de fuerzas económicas y políticas".

Ha pasado bastante tiempo desde que volví al intercambio con Nino en la década del 80. Al igual que Ronnie, ahora encuentro infructuosa a la búsqueda de principios trascendentes, en condiciones llenas de peligros. En realidad, ninguna de las posiciones opuestas de aquel momento prevaleció en sus propios términos. Nunca podría haber habido un desencadenamiento de procesos penales ordinarios contra los militares, si no fuera por la única razón de que las instituciones del Estado, incluyendo la justicia penal, estaban profundamente comprometidas con

El imperio de Ronald Dworkin.indd 296 29/04/2019 16:57:21

la necesidad de adaptar la realidad del gobierno militar, aunque algunos jueces y fiscales resistieron heroicamente. Por otro lado, los militares negaron cualquier signo de arrepentimiento y se unieron como institución detrás de la proclamada justificación de la Guerra Sucia.

No obstante, un gran éxito tuvo lugar. La demanda por responsabilidad penal combinada sinérgicamente con la presión institucional ejercida sobre los militares a través de los juicios a las juntas y la amnistía para los rangos más bajos. Estos hechos focalizaron un fuerte sentido de culpabilidad en los niveles de mando institucional de los gobernantes militares. Pero no fueron los juicios del General Videla o del Almirante Massera, tampoco el de Mario Firmenich los que concluyeron la era de la represión, sino el aislamiento social y político de las Fuerzas Armadas que le permitió al gobierno de Alfonsín alcanzar su mayor legado al recortar el presupuesto militar alrededor de un cuarto de lo que habían tenido asignado, trasladar su amenazante sede fuera del centro de Buenos Aires y, en efecto, disminuir las Fuerzas Armadas a un "no factor" en la vida política del país. En medio de los reclamos por principios y estrategia, la más simple de las tácticas demostró ser la más efectiva. La democracia tomó el poder.

En la gran ola democratizadora que comenzó en la década del 80 y terminó con la caída de la Unión Soviética, este debate se ha reproducido en diversos escenarios nacionales. España cerró la era de Franco prácticamente sin intentos de juicios retrospectivos. Sudáfrica presentó las Comisiones de la Verdad que les dieron voz a las víctimas pero no trataron de enjuiciar el funcionamiento del Estado del Apartheid. Los Estados de Europa del Este siguieron la fina línea entre la construcción del Estado y la retribución al prohibir los antiguos partidos comunistas, pero no permitieron leyes que prohibieran la integración de los antiguos cuadros dirigentes a la nueva sociedad. Cada uno de estos ejemplos representa una adaptación pragmática a lo largo de la difícil brecha entre la restauración de normas de responsabilidad penal y la política precaria de transición.

3. Una democracia viviente

La tarea de evaluar el legado de Dworkin en el derecho es de enormes proporciones y solo acaba de comenzar. Otros buscarán las muchas influencias de Oxford, de la pasantía con el gran jurista Learned Hand, de los intercambios históricos con H.L.A. Hart, de su derroche de comentarios en el *New York Review of Books*, de sus consultas intelectualmente motivadoras en su coloquio permanente con Tom Nagel en NYU y, sin dudas, de muchas más fuentes y las contribuciones derivadas de ellas. Aquí quiero concentrarme más estrechamente en la cuestión del momento histórico para situar la enorme influencia de Dworkin en su contexto.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 297 29/04/2019 16:57:21

Ineludiblemente, Ronnie escribió para su tiempo. Los derechos como triunfos individuales inviolables contra el avance del Estado capturaron brillantemente el proyecto de restauración de autoridad del siglo veinte contra los estragos del fascismo y del comunismo. A partir de finales del siglo XX, sin embargo, un desafío democrático diferente se presentó en lo que en términos generales llamo "Democracias Frágiles". La transición de la Argentina a un gobierno civil en 1983 fue un presagio de lo que Samuel Huntington llama la "tercera ola" de democratizaciones, algo que tomó forma completa con el colapso del bloque soviético después de 1989. En un país tras otro, como me refiero en mi libro titulado *Democracias Frágiles*, el desafío del día era la creación de acuerdos institucionales que permitieran emerger a la política democrática, completado con organizaciones intermediarias como los partidos políticos, la perspectiva de rotación en el cargo después de una victoria o derrota electoral, y la supervisión judicial atenta a las maneras en las que el poder establecido pueda comprometer la vitalidad de la competencia democrática.

Al pensar en las frustraciones de la gobernabilidad argentina después de los militares, vale la pena preguntarse qué tan bien la jurisprudencia sobre derechos posterior a la Segunda Guerra Mundial preparó el terreno para discutir sobre las preguntas difíciles de manejar un sistema de gobierno democrático. Este no es un desafío para el compromiso filosófico con preguntas profundas sobre obligación y las fuentes de la autoridad legal. No deseo hacer eco del reclamo de que "los filósofos hasta ahora solo han interpretado el mundo", y por lo tanto desafiar a los filósofos a cambiarlo. Comprender los mandatos del ordenamiento jurídico es un desafío digno en sí mismo y un proceso continuo, como la obra de Ronnie tan bien ha instruido. Por el contrario, vuelvo una y otra vez a lo que Ronnie decía para explicar la importancia de la transición al gobierno civil de Alfonsín. La afirmación era que el éxito iba a validar un gobierno "comprometido firmemente con la democracia constitucional en nuestro propio sentido".

Con treinta años de retrospectiva, creo que la idea de "democracia en nuestro propio sentido" sigue siendo significativamente poco específica, y las condiciones para darse cuenta de ello han sido poco examinadas por la jurisprudencia. Es más, creo que este examen va a obligar a los fundamentos filosóficos del derecho a que se involucren en las estructuras de gobierno de una sociedad decente, una intersección desafiante y quizás incómoda entre la ciencia política, la jurisprudencia y la filosofía. Este debe ser el desafío del período post 1989, de la misma manera en la que la jurisprudencia sobre derechos y los debates sobre las fuentes del derecho fue un desafío en el período post Segunda Guerra Mundial.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 298 29/04/2019 16:57:21

El imperio de Ronald Dworkin.indd 299 29/04/2019 16:57:21

El imperio de Ronald Dworkin.indd 300 29/04/2019 16:57:21

El imperio de Ronald Dworkin.indd 301 29/04/2019 16:57:21

El imperio de Ronald Dworkin.indd 302 29/04/2019 16:57:21

El imperio de Ronald Dworkin.indd 303 29/04/2019 16:57:21

Este libro fue impreso
en los talleres de *Multigraphic*,
Av. Belgrano 520, Ciudad de Buenos Aires,
Argentina, en mayo de 2019.
Tirada 300 ejemplares.

El imperio de Ronald Dworkin.indd 304 14/05/2019 12:48:24