



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO

SUGERENCIAS PARA RESOLVER LOS LLAMADOS CASOS DIFICILES

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
CHRISTIAN ALEXANDER HARO SEVARES

TUTOR
DR. ADRIAN RENTERIA DIAZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM

EN SU CASO, MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR

DR. JORGE ALBERTO GONZALEZ GALVAN
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM

DR. ANGEL DAVILA ESCAREÑO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM

CIUDAD DE MÉXICO, ABRIL 2018.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	ii
INTRODUCCIÓN	iv
CAPÍTULO I.....	1
SOBRE LA INTERPRETACIÓN	1
1.1 Preámbulo	1
1.2 Sobre el concepto de interpretar.....	2
1.3 Sobre la interpretación racional.....	6
1.4 El problema de la interpretación desde la percepción de Ricardo Guastini.....	8
1.5 Sobre el discurso interpretativo	10
1.6 Sobre la tradición de interpretar.....	15
1.7 Sobre los mitos y la interpretación.	18
1.8 Sobre el estado psicológico del intérprete	24
1.9 Sobre las cosas comunes entre críticos e intérpretes	29
1.10 Sobre la ambigüedad en la interpretación	32
1.11 Sobre las escuelas de interpretación y la profesión de interpretar	34
1.12 Consideraciones finales del primer capítulo.....	48
CAPÍTULO II	51
SOBRE LOS PRINCIPIOS.....	51
2.1 Preámbulo.....	51
2.2 Los principios: una cuestión persistente.....	52
2.1 La distinción necesaria entre principios y reglas.....	57
2.4 Principios y políticas	73
2.5 El uso de los principios.....	75
2.6 El peso en los principios.....	79
2.7 Jerarquía de principios	84
2.8 Consideraciones finales del segundo capítulo.....	87
CAPÍTULO III.....	89
SOBRE LA JUSTICIA.....	89
3.1 Preámbulo	89

3.2 La noción de lo correcto y de lo incorrecto	91
3.3 La convicción moral	92
3.4 La idea de los derechos	104
3.5 Derechos genuinos y derechos espurios	106
3.6 La noción de justicia	114
3.7 La naturaleza de la justicia	115
3.8 Principios de justicia desde la perspectiva de John Rawls	120
3.9 La virtud de la justicia	128
3.10 La amenaza de la justicia.	132
3.11 Consideraciones finales del tercer capítulo	136
CAPÍTULO IV.....	139
SOBRE LA ARGUMENTACIÓN EN LOS CASOS DIFÍCILES.....	139
4.1 Preámbulo	139
4.2 Sobre la argumentación como actividad dianoética.....	140
4.3 Tres jaques al positivismo.....	150
4.4 El ideal de referencia como patrón de casos difíciles.....	164
4.5 La pretensión de corrección para los casos difíciles.....	167
4.6 El juez responsable	183
4.7 Consideraciones finales del cuarto capítulo	191
CONCLUSIONES	196
BIBLIOGRAFÍA	A
ABREVIATURAS Y LATINISMOS	L

AGRADECIMIENTOS

Mi trabajo de investigación doctoral no hubiera sido posible sin el invaluable apoyo de muchas personas. Tardaría, sin lugar a dudas, mucho tiempo en escribir cada una de las memorias que tengo para agradecer a cada una de ellas. No obstante, y sin ánimo de menospreciar el aporte de cada persona, profesor o amigo involucrado, directa o indirectamente en su desarrollo quiero dejar en claro, que el esfuerzo que supone cada una de las líneas de este trabajo, las escribí, pensando en cada uno de ustedes.

Sin embargo, es mi deber moral dedicarle mi agradecimiento, y de manera especial al Dr. Jorge Alberto Silva Silva porque con sus innumerables enseñanzas me mostró el camino correcto que debe seguir el investigador, del esfuerzo requerido para enaltecer nuestra profesión y del amor al Derecho.

De igual manera, agradezco enormemente al Dr. Adrián Rentería Díaz, por todas sus aportaciones y críticas a este trabajo, que en conjunto han logrado enriquecerlo considerablemente. Le agradezco profundamente su sabiduría, la que me atrevo a asegurar que está inmersa en esta tesis y en mi persona. Sus trabajos fueron de gran influencia filosófica para el desarrollo de esta tesis doctoral.

También quiero agradecer al Dr. Jorge Alberto González Galván por su calidad humana y, sobretodo, por sus inmejorables aportaciones metodológicas y epistemológicas para el desarrollo de esta investigación. Su visión contemporánea de cómo ha de entenderse el estudio del Derecho, ha sido reveladora y extremadamente eficaz.

Finalmente, y no por orden de importancia alguna, agradezco enormemente al Dr. Ángel Dávila Escareño por su apoyo incondicional y desinteresado. Todas y cada una de sus ideas y consejos han sido parte medular en este trabajo y de gran inspiración profesional.

INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo, hay una idea que no deja de incordiar en nuestra cabeza y que ha motivado en gran parte esta investigación. Tiene que ver con los jueces, los casos y el derecho. Nuestra idea corresponde a un fenómeno en particular, y es que en la actualidad sucede, muy a menudo, que los jueces utilizando los mismos hechos, circunstancias y derechos, llegan a decisiones contradictorias. Esta investigación pretende aportar consideraciones teóricas para la solución de los llamados casos difíciles del derecho, porque aporta los elementos que a mi juicio son fundamentales en la concepción, trato y solución de casos no conclusivos. En otras palabras, no puede concebirse solucionar casos difíciles sin la interpretación, los principios, la justicia y de una argumentación que logre justificar valores en contenidos precisos.

Para el desarrollo de este trabajo se utilizó el constructivismo jurídico como método jurídico y como técnica el análisis de teorías y críticas sobre casos difíciles, principalmente. Mi trabajo también se basó en reformular y en proponer contraargumentos sobre premisas teórico-analíticas en pro y contra de los casos difíciles sobre los trabajos más sobresalientes del interpretativismo y positivismo clásico relacionados con mi tema principal; los casos difíciles, desde la perspectiva primaria de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Como fuentes de información se utilizaron, las formales, históricas y la doctrina. Este trabajo contiene algunos casos reales con el propósito de ejemplificar mis argumentos teórico-prácticos pero su uso fue secundario.

En el capítulo primero, el objetivo es determinar el criterio de interpretación idóneo para la solución de casos difíciles, nuestra hipótesis general es que la mejor interpretación es la artística; siendo la que determina contenidos

ambivalentes o vagos mediante la justificación de propiedades ostensibles. En este sentido nuestra respuesta establece un concepto único para interpretar casos difíciles y consideramos que es útil para dar una respuesta integral sobre cómo hay que interpretar en estos casos. Por consiguiente, se investigó cuál es el concepto de interpretación más idóneo para casos difíciles y la evolución de las prácticas interpretativas en el tiempo, donde descubrimos que los problemas que suponen la interpretación del lenguaje y sus formas dan origen a casos difíciles.

En el capítulo segundo el objetivo es determinar el alcance de los principios en la solución de los casos difíciles, nuestra hipótesis general es que los principios sirven para explicitar reglas jurídicas en su sentido amplio y sirven para disminuir la indeterminación jurídica en su sentido estricto. Nuestra respuesta es razonable, sin embargo, existen conflictos en la ponderación de principios que tienen que ver con el uso y peso que se les conceda por el juez. Los principios son clase de normas, pero tienen que argumentarse de manera racional. Por tanto, intentamos construir una definición de los principios del derecho y la relación que tienen en los casos difíciles desde la perspectiva de Ronald Dworkin, principalmente. En otras palabras, qué son, cómo se distinguen de las reglas jurídicas, cuál es su naturaleza, cuál es su función y cuál es su peso.

En el capítulo tercero, mi objetivo es determinar si la justicia es el elemento valorativo que debe utilizarse en la solución de los casos difíciles, nuestra hipótesis general es que la justicia es el ideal de referencia en el derecho y, como tal, debe considerarse como un valor maestro. El juez tiene que argumentar en caso de indeterminación y/o oscuridad normativa utilizando ese valor maestro como referencia ideal. Por ello, analizamos las principales teorías morales respecto de la justicia. En esas teorías encontramos criterio valorativo o categórico que puede utilizar el juez en la solución de casos difíciles.

En el capítulo cuarto, el objetivo es sugerir una solución a los llamados casos difíciles, nuestra hipótesis general es que el la solución de los llamados casos difíciles se logra a través de argumentos evaluativos que logren justificarse mediante la pretensión de corrección del derecho. Dichos argumentos deben incluir premisas normativas, principialistas y morales. La idea del derecho como argumentación es la llave teórica para lograr dar una respuesta racional en la solución de casos difíciles. Para su desarrollo se analizaron los trabajos de argumentación relacionados con la tesis de la única respuesta correcta, principalmente. Abordamos con profundidad las ideas de Robert Alexy y Ronald Dworkin.

El trabajo de investigación pasó por un proceso de altibajos, pero siempre razonado y con la convicción de la necesidad de tratar el tema de los casos difíciles. Son mi responsabilidad todas las palabras que usted encuentre en este trabajo, de principio a fin. Por supuesto que me hubiera gustado haber sido más concreto en algunas de mis apreciaciones, así como profundo en ideas que requieren de mucha reflexión. Ahora más que nunca, creo en mi trabajo cuando veo que en México hay un reclamo ensordecedor en contra de la injusticia y la impunidad. Si usted lo cree como yo, los casos difíciles son muestra de injusticia e impunidad si son resueltos de manera caprichosa. Ni usted Juez, ni yo, podemos permitir que la máquina siga funcionando de la misma forma; este trabajo, si se hizo bien, quedara para siempre. Espero que el siguiente pensamiento de Henry David Thoreau ilustre mejor nuestra convicción renovada.

“Si la injusticia forma parte de la necesaria fricción de la máquina del gobierno, habrá que dejarla así, quizá desaparezca con el tiempo; lo que sí es cierto es que la máquina acabara por romperse. Si la injusticia tiene un muelle o una polea o una cuerda o una manivela exclusivamente para ella, entonces tal vez deberemos considerar si el remedio no será peor que la enfermedad; pero si es de tal naturaleza que nos obliga a ser agentes de la injusticia, entonces yo le les digo: ¡rompan la ley!¹

¹ Thoreau, Henry David, *Desobediencia civil*, 2da ed., México, Grupo Editorial Tomo, 2016, pp. 30-31.

CAPÍTULO I

SOBRE LA INTERPRETACIÓN

Preguntas de Investigación:

¿Qué es interpretar? ¿Qué es la interpretación racional? ¿Es la interpretación problemática? ¿Cómo se reflexiona en la interpretación? ¿Cuál es el rasgo principal en la actividad de interpretar? ¿Cuáles modelos históricos nos enseñan a interpretar? ¿El estado psicológico es factor decisivo en el intérprete? ¿Cómo se relacionan los críticos literarios y los intérpretes del derecho? ¿Es ambigua la interpretación? ¿Cuál ha sido la evolución de las escuelas de la interpretación jurídica?

Hipótesis General: La mejor técnica de interpretación es la artística. La interpretación artística determina contenidos ambivalentes o vagos mediante el descubrimiento de contenidos ostensibles.

1.1 Preámbulo

Cuando pensamos en el derecho es inevitable no traer a la mente a los jueces y abogados; sin duda alguna forman parte crucial en la vida jurídica, empero, entre ellos coexiste una problemática persistente y es que jueces y abogados conjunta o separadamente siempre están en desacuerdo. Esto quiere decir que en el derecho es común que se ponga a prueba a la verdad. ¿Por qué sucede este fenómeno? La percepción, a primera vista, es que jueces y abogados discrepan de manera constante sobre el derecho porque lo interpretan o lo han interpretado de diferente forma, a través del tiempo. Saber cuál es el juicio verdadero en una disputa, es imperativo.

En este capítulo analizaremos el concepto de la interpretación y la actividad del intérprete para conocer por qué y para qué interpretamos, y cuál ha sido la evolución de la interpretación jurídica hasta nuestros días con el propósito de

saber si las disputas en el derecho han resultado en la generación de los llamados *casos difíciles*.

1.2 Sobre el concepto de interpretar

De acuerdo con Rolando Tamayo, interpretar es “dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos o fórmulas o acontecimientos”². ¿Qué podemos analizar sobre esta afirmación? En principio, argüimos de la definición antes citada que el filósofo Tamayo se refiere esencialmente a dos variables que definen a la interpretación. En primer lugar, dotar de significado a ciertos objetos, es decir, al dotar de significado al objeto a través de la interpretación, el objeto pre-interpretado ya es objeto significado u *objeto interpretado*; que los objetos pre-interpretados son meramente *objetos estáticos*, por así decirlo, que permanecen ahí en el universo esperando a ser interpretados a través de un lenguaje dotado de sentido.

En segundo lugar, sobre la utilización de un lenguaje significativo³, un lenguaje *ad hoc* al objeto y que dote de significado al objeto interpretado. Según Tamayo el intérprete hace de “*mediador*”⁴. En este caso, el *mediador* comunica a los demás, mediante un *lenguaje común*, el significado del objeto interpretado⁵. Nótese que distingue lenguaje común de lenguaje significativo; ambos tipos son hablados por el intérprete en diferentes momentos. En el primer momento el intérprete dota de significado mediante un lenguaje significante a un objeto, por tanto, el lenguaje que utiliza el intérprete es correlativo al objeto dispuesto a ser significado. Cabe destacar que esto es posible, si, y sólo si, el *mediador* conoce y sabe sobre el lenguaje que dote de significado al objeto. Luego, en un segundo momento cuando el *mediador* ha conocido y dotado significado al objeto interpretado, éste lo comunica a otros mediante un lenguaje común.

² Tamayo, Rolando. *et. al.*, *Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica*. Estudios sobre la Interpretación Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 125-126.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

Cabe destacar que no necesariamente el mediador comunica “siempre” a otros lo que ha construido u ordenado del objeto⁶. Advertimos de una vez que es notable y sobresaliente el comunicar mediante el lenguaje común el *objeto significado* a otros. Si no hay eficiencia en el mensaje común, no habrá certeza en el entendimiento y/o aplicación de lo significado.

Aquí nos es importante preguntarnos ¿desde cuándo interpretamos y qué podemos aprender de ello? Sabemos que los pueblos y las naciones se han distinguido unos de otros por sus *rasgos de identidad*. Los rasgos de identidad de cada nación corresponden a una serie de prácticas que se han venido propagando con el tiempo. Esto corresponde al proceso histórico de desarrollo de las gentes. En otras palabras, los pueblos tienen rasgos propios porque a través del tiempo sus habitantes han llevado a cabo interpretaciones sistemáticas y continuas de su haber.

Los brujos, augures o sacerdotes no dejaban de dotar de sentido a los hechos, fenómenos misteriosos, etcétera, que acontecían a su alrededor y, que, debido a su posición de poder, entendían o hacían a otros creer entender. Ahora bien, desde el núcleo de la filosofía, se presenta un problema. El problema –que es serio- se halla sobre la gran cantidad de significados que pueden adscribirse a los objetos y las cosas. Asimismo, el problema filosófico descansa en que la filosofía no sólo trata de describir a las palabras sino dotarlas de verdad⁷. Atención que intenta determinar definiciones verdaderas.

Por ello decimos que el intérprete, al atribuir el significado a un objeto, encuentra un *significado preexistente* en el material interpretado⁸. En este sentido, Tamayo dice “cualquiera que inquiera por el sentido que guardan

⁶ *Ibidem.* p. 126-128.

⁷ Sobre la afirmación de que la filosofía intenta describir las palabras y, en el mejor de los casos dotarlas de verdad *cf.* Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1970, pp. 109-110.

⁸ Es relevante destacar la idea que se infiere al atribuir significado a las cosas. En este tenor, según lo visto y descrito, los contenidos de los objetos ya son preexistentes al ejercicio interpretativo. Ello se traduce en ubicar dicho sentido o significado en el material objeto de la interpretación.

ciertos objetos, signos o acontecimientos y obtenga una respuesta, se encuentra en realidad asignando un significado a estos objetos, signos o acontecimientos”⁹. Esto indica que independientemente del objetivo que persiga el significado dado a tal objeto, signo o acontecimiento, interpretar supone un acto de significación de un objeto. Es decir, dotar de un significado a un objeto que carecía de tal significación. Aquí el citado autor hace una distinción clara sobre el acto de interpretar y el fin del ejercicio interpretativo¹⁰.

A mi juicio, tal distinción es inocua, pues no alcanzamos a distinguir que efectivamente exista una distinción real entre ambos elementos. Lo argumentamos considerando que el objeto interpretado después de atribuirle sentido significativo no deja de ser el mismo. ¡El objeto en sí mismo ya tiene un significado establecido! Y por ello, ese propósito de significación se cumple al significar al objeto. Como ejemplo, los relojes están hechos para *decir* la hora¹¹. Por consiguiente, el propósito del reloj no es otro que *decir* la hora. Previo a este conocimiento o significación, el intérprete al dotar de significado al objeto “reloj”, tendría que forzosamente determinar que su acto de significación sobre el objeto reloj resta en determinar qué hace al reloj, ser reloj. En este orden de ideas, concluimos que el propósito o esencia del reloj *siempre* será dar la hora; que el relojero crea relojes y que su propósito –del relojero– es hacer relojes que den la hora.

En sentido negativo, proponemos lo siguiente: si el mediador o intérprete significa al reloj, de tal manera, que dicha significación determine algún otro propósito que no sea el dar la hora, dicho acto significativo es una falacia. Ello es así, pues, aunque podamos afirmar que efectivamente estamos frente a un acto de significación y de atribución de sentido, ese sentido atribuido es

⁹ Tamayo, Rolando, *Op. cit.*, nota 1, p. 127.

¹⁰“Cuando se obtenga una respuesta, se encuentra realmente, asignando un significado a esos objetos, signos o acontecimientos; significado que podría ser compartido o no, obligatorio o no, pero en todo caso, es un acto significativo que otorga sentido a los objetos, sentido del cual carecen antes de la significación. (Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op.cit.* nota 1).

¹¹ “RELOJ”, *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 23ª edición, 2014, <http://www.rae.es>, consulta de 1 de marzo de 2014.

inminentemente falso. Por tanto, *el propósito o finalidad* es un elemento que considerar por el intérprete al momento de llevar a cabo el acto de significación del objeto, Ya que no es independiente del objeto significado sino parte de él.

De esta manera, el objeto no se determina como objeto por la mera búsqueda del propósito del objeto; pero si es cierto que la búsqueda del propósito del objeto es determinante como un elemento esencial del objeto. Luego, el propósito es una propiedad del objeto a significar.

Podemos entonces significar también al lenguaje; o los términos que hacen de un lenguaje, ser lenguaje. En este caso, ese sería el objeto de significación, -el lenguaje mismo-. Ello nos conlleva a considerar que la función significante sobre el objeto del *lenguaje* será el de otorgar un sentido a ciertos signos; términos o palabras. Al respecto conviene decir que para descubrir los elementos que componen al lenguaje debemos distinguir entre dos niveles. Lévi-Strauss muestra que el lenguaje se complementa de la *lengua* y el *habla*¹² como elementos complementarios en la que la lengua pertenece “al dominio de un tiempo reversible”, y el del habla al de un “tiempo irreversible”¹³. Luego, la *lengua* y el *habla* se distinguen por ser *sistemas temporales*, es decir, el lenguaje se determina por el factor del transcurso del tiempo.

Se deduce que la *interpretación* de un lenguaje es el acto de significación que otorga sentido a cierto tipo de lengua y habla; en cierto tiempo y lugar. Se diría, pues, que el lenguaje interpretado es objeto significado. En palabras de Tamayo. “El lenguaje interpretado es el lenguaje objeto. Lenguaje objeto que puede ser simbólico, ideográfico, algorítmico o idiomático: así como verbal o escrito... mientras que existe otro lenguaje que se utiliza para hablar del lenguaje-objeto llamado metalenguaje”¹⁴.

Se infiere que el sentido lato de interpretar se traduce en dotar de significado un objeto o lenguaje utilizando un lenguaje ya interpretado o proposicional a la

¹² Lévi-Strauss, Claude, *Antropología estructural*, trad. de Eliseo Verón, Barcelona, Editorial Paidós. 1987. P. 232.

¹³ *Ídem.*

¹⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op.cit.*, nota 1. p. 128.

significación de ese objeto. La tarea de aquí en adelante es determinar cuáles son las causas para dotan de significado al lenguaje a interpretarse.

1.3 Sobre la interpretación racional

Tales de Mileto, irrumpe durante el siglo V a.C. para *transformar el discurso* sobre los fenómenos del mundo¹⁵. En los tiempos de Tales predominaban las historias mitológicas, las creencias sobre que los fenómenos generados por causas fantásticas, sin embargo, - para Tales - el discurso de los mitos era exiguo e irracional; había que introducir una nueva forma en el lenguaje, un nuevo discurso¹⁶. Uno ajeno a creencias, augurios y supersticiones, un *discurso racional*. Lo anterior, por la necesidad que suponía que los mitos se habían propagado fuertemente en los pueblos¹⁷. A través de ellos -los mitos-, los hombres hallaban la justificación de su existencia, su relación con lo divino, entre otras cosas. Añádase a su vez que, con el paso del tiempo, las creencias basadas en la magia y en la religión fueron perdiendo mucha fuerza, debido a la falta de verificabilidad de sus enunciados¹⁸. Dadas estas circunstancias, Tales introduce un discurso; caracterizado por su *construcción racional* y ante todo por ser *verificable*.

Como ya lo hicimos notar, el discurso sobre la explicación de los fenómenos a través de la ciencia, es decir, la *episteme*¹⁹. La *episteme* de Tales atraviesa por determinar enunciados fácticos que sean dichos de la misma forma por todos, de forma igual en todos los tiempos²⁰. A estos enunciados, inminentemente racionales y de tipo universal, Tales los denomina *enunciados alpha*²¹. Las proposiciones *alpha* son enunciados que al ser declarados y verificados son

¹⁵Guthrie W.T.C., *Historia de la Filosofía Griega*, trad. de Alberto Medina González, España, Gredos, 1984, t. I, p. 15.

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ *Ibidem*. pp. 38-41.

¹⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Op. cit.*, nota 1, pp. 32-39.

¹⁹ *Ibidem*. p. 47.

²⁰ *Ibidem*. p. 24.

²¹ *Ibidem*. p. 117.

naturalmente indefendibles²² en cuanto a que dicho enunciado no pueda ser vencido por otro que provoque degradar su universalidad y verificación. Es sabido, por ejemplo, el siguiente enunciado:

“Todos los cuervos son negros”

En este caso, “todos los cuervos son negros”. En adelante “EJ1”. Encontramos un enunciado racional y comprobable en la verdad que describe, no solamente Tales puede decir que EJ1 es cierto, sino que todos los demás dicen lo que Tales declara con EJ1, como cierto. Por tanto, EJ1 es una *constante racional*, es decir, una verdad verificable²³. En este caso, lo indefendible *-alpha-* del enunciado, radica en la naturaleza de los cuervos, pues todos ellos son negros. Sabemos que lo son, porque es posible su inmediata corroboración.

Desde mi juicio, Tales explicó racionalmente algunos de los fenómenos del mundo, pero ¿cómo llegó a esta racionalidad? ¡A través de la interpretación! Detentamos que Tales hace una distinción entre el mundo de lo supersticioso y de lo racional en virtud de dos elementos constitutivos. El primero, la *universalidad*; el segundo la *verificabilidad*. En ambos casos, el conocimiento es atribuido por la *interpretación racional* que se dé a los fenómenos interpretados.

Por ello, es significativa la importancia que tiene el discurso racional de Tales para con el derecho, pues el derecho - como ciencia social - y como parte de la *episteme* es concebido como un conjunto de enunciados susceptibles de ser verificados empíricamente. Por lo tanto, decimos que para que los enunciados del derecho puedan ser verificados y considerados como indefendibles (en el mejor de los casos); lo serían en la medida de la construcción racional que se les atribuya. En este sentido, el derecho, en virtud de las normas jurídicas, no es otra cosa que un cúmulo de enunciados *talianos* que regulan el comportamiento humano en sociedad.

²² *Ibidem*. p. 118.

²³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, 3ª. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 114-116.

El derecho, a ciencia cierta, desde sus preceptos, acoge los comportamientos del hombre y los regula a través de normas jurídicas. Mediante reglas de observancia que establecen cuáles comportamientos son dignos sociales y cuáles no. Es sintomático de juristas y estudiosos que el derecho ofrece un instrumento de orden y prescripción social. La naturaleza de la ciencia del derecho es, entonces, normatizar la *praxis* social²⁴. En este sentido, la mejor manera de interpretar al derecho es mediante el uso de construcciones racionales, según, los enunciados de Tales. La interpretación entonces supone un elemento racional en su uso más eficiente.

1.4 El problema de la interpretación desde la percepción de Ricardo Guastini

Anotaré que la *interpretación* juega un papel determinante en la evolución del derecho. Ello es porque advertimos que un sistema de normas jurídicas que se encuentren ubicadas en cierto lugar y en cierto tiempo son normas en movimiento²⁵; si consideramos, claro está, que la naturaleza de la ciencia jurídica es de índole social. Debido a la evolución del derecho es por lo que la interpretación es un tanto problemática. Habremos de considerar los trabajos realizados por Ricardo Guastini sobre el fenómeno de la *interpretación*²⁶.

Guastini indica que el estudio de los diversos problemas que se relacionan con la *interpretación* parte de su escudriñamiento a tres planos. El plano de la *interpretación* como metateoría, el plano de la *interpretación* como teoría y, finalmente, el plano de la *interpretación* como doctrina²⁷. Según Riccardo Guastini, una metateoría es “el discurso que se refiere a la afirmación de una

²⁴ Ferrajoli, Luigi, “La pragmática della teoria dil diritto”, trad. José Ignacio Pazos Crocetto, Revista del Instituto de Ciencias Penales, Italia, IJ-L-272, 2010, volumen, número, periodo que comprende, p. 2.

²⁵ Sobre la interpretación y sus componentes teóricos, véase Damiano Canale, *Teorías de la interpretación jurídica y teorías de significado*, trad. del italiano por Magdalena Ana Rosso, Milán, Universidad “L. Bocconi”, 2012, pp. 135-136.

²⁶ Véase Guastini, Riccardo, “*La fonti del diritto e l' interpretazione*”, Milano, Giuffrè, 1993, p. 335., María Concepción Gimeno Presa, *Teoría y doctrina de la interpretación jurídica en la propuesta de Ricardo Guastini*, Alicante, Edición digital a partir de *Doxa*, 2005, pp. 689-690.

²⁷ *Idem*, p. 689.

teoría. Es un metalenguaje y sus enunciados pueden ser descriptivos (si se limitan a expresar lo afirmado por el teórico), o normativos (si se refieren a lo que debería o no debería de considerarse en una teoría). En segundo plano, una teoría –según Guastini- debe de responder a la hipótesis básica sobre ¿qué es interpretar? A *prima facie* este problema debe desarrollarse mediante un discurso descriptivo en el que se pueda verificar si dichos enunciados – descriptivos- son verdaderos o falsos (aquí trataríamos de lograr un estudio científico que describa la forma en que los intérpretes deben actuar con el hecho –o ejercicio- de interpretar)²⁸. Por último, en tercer plano, una *doctrina* que inspire la respuesta a la interrogante sobre ¿cómo se debería interpretar, que método(s) deben usarse por el intérprete y cuál es la finalidad de la interpretación?²⁹ El estudio doctrinario -por ser direccional- se basa en el *deber ser* y se forma por enunciados normativos (el estudio doctrinario, es político e ideológico de la interpretación)³⁰.

Contrario a los estudios teóricos y metateóricos que se basan en enunciados descriptivos, la doctrina interpretativa se compone de enunciados valorativos y tiene la finalidad de sugerir el camino a los intérpretes para operar.

Encontramos que los tres planos propuestos por Guastini, son planos que dependen entre sí. En este sentido, analizar independientemente alguno de esos planos sería inocuo o tendríamos que dedicar una investigación exclusiva a cada uno de ellos. Por tanto, en este capítulo proponemos una respuesta al segundo plano mediante la descripción- a mi juicio- del primer plano. Finalmente estaríamos en posibilidad de argumentar un camino operativo para el intérprete (el tercer plano de Guastini).

Habremos de determinar entonces si los enunciados normativos (*enunciados talianos*) que componen el discurso de las normas, al ser mal interpretados, traen como resultado dar pasos atrás en la historia evolutiva del derecho y, en consecuencia, en la armonía social. En su defecto, proponer una tesis en

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

sentido positivo sobre la manera correcta para interpretar a los enunciados normativos para que en dicha forma interpretativa no se pierda la esencia de su discurso racional. Para ilustrar mejor este argumento consideremos que durante siglos se dijo que la tierra era de superficie plana³¹.

¿A qué se debió que se dijera por tanto tiempo si el enunciado era falso? Cuando se *interpretaron* correctamente los elementos superficiales de la tierra, se supo que dicha superficie no era plana, sino redonda o cilíndrica³². Los trabajos interpretativos de los científicos y doctrinarios permitieron el encuentro con la verdad, lo que nos lleva a decir, que el problema (en su sentido más amplio) de la *interpretación* radica en determinar cuándo una interpretación es incorrecta y cuándo no lo es.

1.5 Sobre el discurso interpretativo

Obviamos decir que un discurso es aquel conjunto de enunciados con los que se expresan pensamientos, razonamientos, deseos o sentimientos. ¿Qué compone entonces el discurso interpretativo? En principio, es menester señalar la siguiente anotación del jurista Rolando Tamayo: “dos preguntas han afectado profundamente a la humanidad, ¿qué es? y ¿qué hacer?”³³. Durante los siguientes párrafos intentaremos descifrar la respuesta sobre el *qué* hace ser al discurso de la interpretación un discurso. Para empezar, la Real Academia de la Lengua Española señala que el vocablo “interpretar” tiene su origen en latín *interpretari* y que dicho vocablo significa “explicar o declarar el sentido de algo, primordialmente la explicitación o declaración de un texto”³⁴.

³¹ ANAXIMANDRO, *Fragments and Commentary*, Arthur Fairbanks, trad. (Plut Strom 2; Dox. 579), cit. Hanover Historical Text Project.

³² Dicks, D.R., “*Early greek astronomy to aristotle*”, Ithaca, N.Y., Cornell University Press, s.a., pp. 72-198.

³³Tamayo y Salmorán, Rolando, “*Cómo hacer razones con normas o como convertir normas en razones o como desenredar este lío*”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, nueva serie, 1998, núm. 21, pp. 437-462.

³⁴“INTERPRETAR”, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Edición Digital, 22.a edición, <http://rae.es>, consulta de 07 de marzo de 2014.

A priori, argüimos que esta definición parece ser demasiado ambigua en su contexto pues no precisa qué debemos entender como “algo”. Es decir, el *algo* que debemos explicitar o el *algo* al que debemos declarar sentido. Entonces, la palabra *algo* pudiera referirse a cualquier objeto tangible o intangible. Claro está que si inferimos correctamente que “*algo*” se refiere a un ente que existe en la naturaleza y es determinable. Aun y con estas vicisitudes lingüísticas podemos inferir también que cualquier “*algo*” puede ser objeto de explicitación o declaración según la definición citada. En este sentido, nuestra tarea principal será definir la esencia del objeto³⁵ (i.e. algo de lo que ha de interpretarse).

Para definir la esencia de un objeto habría, en principio, que persuadir con razones. Esto será posible cuando la verdad sea verificable a través de la evidencia que afirme que lo es, mediante el conocimiento ascendente de los elementos que componen cada parte del objeto, desde los más simples hasta los más complicados. Luego, al haberlos revisado minuciosamente podremos decir que tengo un *discurso racional* sobre “ese” o “aquel” objeto.

Los objetos no se mueven solos ni mucho menos se explicitan. Eso es absurdo. Alguien tiene que explicitarlos, discurrirlos. Al interpretarse un objeto existe inexorablemente un sujeto que explicita o dé significado del mismo objeto³⁶. Conforme a lo anterior, observamos que la *teoría del conocimiento* propuesta por Johannes Hessen³⁷ analiza constructos filosóficos sobre los objetos y cómo llegar a explicitarlos racionalmente. Que una adecuada observación y descripción del objeto investigado debe preceder a cualquier tipo de explicación e *interpretación*³⁸.

³⁵ Hartman, Nicolai, *Aristóteles y el problema del concepto*, trad. de Bernabé Navarro, México, UNAM, 1964, pp. 6-9.

³⁶ Hessen, J. *Teoría del conocimiento*, trad. de José Gaos, España, Losada, 2007, p. 8.

³⁷ *Ibidem*. pp. 1-82.

³⁸ *Ibidem*. p. 8.

Este proceso es aprehendido por parte de la *fenomenología*.³⁹ Esta ciencia desdeña la esencia general del fenómeno e intentará describir lo esencial a todo conocimiento. Es decir, describe que propiedades componen al objeto. Hessen determina a través de su teoría, que el conocimiento se adquiere a través de la conciencia y el objeto, del sujeto y el objeto⁴⁰. De dicha teoría podemos reformular que el conocimiento se presenta mediante una relación entre ambas variables.

Existe una *correlación* entre ambos conceptos de la siguiente forma: “El sujeto solo es sujeto para un objeto y el objeto solo es objeto para un sujeto”⁴¹, entonces, el sujeto es distinto al objeto y, por tanto, la función del sujeto es la de aprehender al objeto y la del objeto el de ser aprehensible por el sujeto⁴². Según lo referido argumentamos que el sujeto es correlativo a la *función del objeto*; entonces el sujeto, por virtud de esa función se hace imagen del objeto. El sujeto aprehenderá al objeto en la medida que conozca su función. Desde el objeto, la idea es distinta. El objeto transfiere sus propiedades al sujeto y es entonces cuando el objeto determina y el sujeto es el determinado. Ergo, el sujeto es la imagen del objeto en él⁴³.

La imagen construida por el sujeto trasciende sobre el objeto de conocimiento. Esta idea es clave para entender el discurso interpretativo, pues encontramos que los objetos pueden tener contenidos que el sujeto no ha encontrado mediante la aprehensión. Que la base del conocimiento que resta sobre un objeto es determinada por la imagen que el sujeto haya detentado del objeto y que esto no significa que el mismo sujeto no haya creado una imagen falsa o ilusoria sobre el objeto que desconozca contenidos que tenga. *¿Cómo entonces el sujeto puede aprehender al objeto verdaderamente?* Cuando tratamos de descifrar la verdad debemos adentrarnos a la esencia del conocimiento verdadero.

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 13.

⁴¹ *Ibidem*. p. 8.

⁴² *Ídem*.

⁴³ *Ibidem*. p. 14.

El conocimiento falso no es conocimiento, sino error sobre el mismo⁴⁴. Considerando los aportes de Hessen, descubrimos que los objetos no pueden ser verdaderos o falsos sino solo objetos⁴⁵. La verdad del conocimiento estriba en la imagen que aprehenda el sujeto desde la *correlación* y la *trascendencia* que detente. Debemos clarificar que la representación falsa de un objeto puede ser verdadera en cuanto a que es exacta⁴⁶. Es decir, es falsamente verdadera si dicha representación tiene pautas del objeto. Claramente se nota que estamos hablando de una representación de la imagen de un objeto en sentido negativo. La verdad del conocimiento de ese objeto es la concordancia de esa imagen con el objeto⁴⁷.

En resumen, la justificación de dicho conocimiento se habrá que construir a partir de la *interpretación que más se acerque a la verdad*. En otras palabras, el sujeto tiene una relación signifiante sobre el sentido del objeto a interpretarse. El objeto por interpretarse requiere entonces de una relación con el sujeto intérprete que se haga de ese sentido. Por tanto, el sujeto debe conocer el tipo de *lenguaje* que describa al objeto de interpretación.

La *interpretación como discurso* –desde este panorama– supone entonces dos elementos fundamentales en su ejercicio. El primero se traduce en que debe existir un sujeto que tenga una relación sobre el objeto a interpretar. La segunda, sobre que la relación que existe entre el sujeto y el objeto de la interpretación debe conocerse a través de un lenguaje coincidente y real. Esto supone algunos inconvenientes que intentaremos clarificar puntualmente. El primero de ellos estriba en el determinar ¿por qué existe una relación entre el objeto de la interpretación y el sujeto intérprete?⁴⁸

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 15.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 14.

⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁸ Sobre los elementos que constituyen al conocimiento científico, véase Johannes Hessen, *Teoría del conocimiento*. pp. 1-25.

Paralelo a ello, Carl Hempel desarrolla una teoría sobre la explicación científica de los fenómenos del mundo⁴⁹ (i.e. la *interpretación*). Escribe que para lograr descubrir el qué y el porqué de los fenómenos, es necesario afrontar los fenómenos desde dos aristas. Desde el *explanandum* y el *explanans*⁵⁰. Según Hempel el *explanandum* es: “la oración que describe al fenómeno a explicar (y no el fenómeno mismo). Por su parte, el *explanans* se refiere a “la clase de aquellas oraciones que se aducen para dilucidar el fenómeno”⁵¹. Asimismo, el autor determina que para que sea posible lograr una *explicación sólida* es necesario satisfacer condiciones de adecuación⁵². A primera vista el *explanandum* debe ser consecuencia al *explanans* mediante condiciones lógicas y empíricas.

El caso del conocido violín *Stradivarius* nos puede servir para ejemplificar lo argumentado hasta ahora. Ciertamente, como se conoce hasta ahora, *Antonio Stradivari* tenía conocimientos de cómo fabricar un violín. Según los datos históricos, el conocimiento de *Stradivari* sobre la música era algo excepcional, ello es verificable porque los sonidos que emite un *Stradivarius* son realmente artísticos. Al lado de ello, encontramos que *Stradivari* y sus *Stradivarius* tienen una relación que vale la pena ilustrar (i.e. sujeto y objeto). De esta circunstancia nace el hecho de que para efecto de dar una explicación sólida de algún fenómeno (en el caso del *Stradivarius*) el *explanandum* se traduciría en la oración que compone al instrumento musical, es decir, “conjunto de piezas dispuestas de modo que sirvan para producir sonidos musicales”.

El *explanans* se describe como aquellos elementos que de manera lógica y empírica se aducen para su adecuación al *explanandum*. Creemos indiscutible la afirmación de que los elementos que adecuan la explicación del *stradivarius* son los conocimientos de geometría, barnizado y fabricación artística de *Stradivari*. Como se ha mostrado, el que es artista produce objetos artísticos, de

⁴⁹ Hempel, Carl, *La explicación científica*, Barcelona, Paidós básica, 1979. pp. 1-10.

⁵⁰ *Ídem*, p. 2

⁵¹ *Ídem*. p.2.

⁵² *Ibidem*. p. 3.

ahí examinamos que *Stradivari* adecuó de tal manera el *explanandum* y el *explanans* que trajo como resultado el legendario violín *stradivarius*.

Si hemos llegado a esta afirmación es porque a lo largo de la historia los virtuosos del violín, es decir, sus *mediadores- intérpretes* son los sujetos que han reconocido categóricamente al *stradivarius* como instrumento dotado de perfección artística⁵³. Sin los constructos de los *intérpretes* del contenido posible del *Stradivarius*, sería no más que un instrumento musical dotado de ciertas cualidades; pero sin alcanzar ese nivel de perfección. Los sujetos que han utilizado un *stradivarius* han descubierto que existe una mística entre el *stradivarius* y el virtuoso de la música. Es decir, han detentado que existe una relación entre el objeto que es el *stradivarius* y su intérprete que es el sujeto de su conocimiento y virtud.

En ambos casos, argumentamos que es necesario dar una explicación sólida del objeto a interpretar a través de dos elementos esenciales: el sujeto por virtud del cual se interpreta y el conocimiento histórico del contenido del objeto interpretado. El caso del *stradivarius* denota que la interpretación es parte de una tradición; una tradición que, en el mejor de los casos, puede llegar a ser artística. Que puede llegar a ser artística según el tipo de producto y lo que resulte de su mejor interpretación.

1.6 Sobre la tradición de interpretar

Detengámonos un poco para proponer que interpretar es parte de una tradición. Para lograr dicho propósito debemos analizar la función del intérprete. ¿Desde qué perspectiva; personal o colectiva deben significarse los objetos interpretados? Si desde los sujetos, en su individualidad, o del

⁵³ Barosi, Bruno. "The geometric secret of stradivarius". *Science & Technology. Executive intelligence review (EIR)*, Washington, núm. 39, septiembre de 1989, <http://larouchepub.com.>, consulta de 13 de marzo de 2014.

resultado de lo colectivo. Intentaremos sostener el argumento de que la actividad de la interpretación no es meramente individual, sino colectiva⁵⁴.

Tanto individual como colectivamente, interpretamos textos, cosas sagradas, pinturas, leyes, porque otros los(as) han interpretado en el pasado⁵⁵.

Cuando interpretamos colectivamente, nos unimos a una tradición de interpretaciones sobre diferentes actos, sucesos y fenómenos en el tiempo⁵⁶. Interpretamos objetos con individualidad y de manera colectiva porque interpretamos la tradición sobre esos objetos, sucesos y fenómenos. Ronald Dworkin afirma al respecto “Los filósofos interpretan nuestras creencias más profundas y nuestros modelos de pensamiento, los críticos interpretan nuestras obras de genios creativos, los historiadores nuestro pasado compartido, los científicos sociales lo que significan nuestras comunidades, los juristas las convicciones con las cuales estamos todos comprometidos al interior de tales comunidades y los teólogos nuestro sentido antiguo, primitivo y, algunas veces, sofisticado de un tipo de significado que trasciende nuestras propias vidas”⁵⁷.

Dworkin describe al objeto de la interpretación como un concepto que se integra a la filosofía, las humanidades y las ciencias sociales, pues se constriñe a enunciar diversos campos de las ciencias humanas y sociales; señalando que en todas ellas hay interpretación, y que éstas, convergen entre sí para la mejor interpretación de sus premisas. Precisamente, argüimos que Dworkin acepta la tesis de la interpretación colectiva como tradición y no solo eso, sino que dicha *interpretación colectiva* dota de belleza a nuestros modelos de pensamiento, nuestras obras de arte, nuestra historia, nuestras comunidades, convicciones y nuestro sentido antiguo de existencia.

⁵⁴ Dworkin, Ronald, “*Is there truth in interpretation? law, literature and history*”, Law Library of Congress. Frederic R. and Molly S. Kellogg Biennial Lecture of Jurisprudence, Washington D.C. 2009, <http://www.loc.gov>., consulta de 25 de marzo de 2014

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ *Ídem*.

La interpretación entonces es, por mucho, un arte que debe nutrirse integralmente y valiéndose de todas las tradiciones humanas. Asimismo, para que el intérprete pueda encontrar la verdad, hay que interpretar a través de la colectividad. Para encontrar la respuesta a las interrogantes que acaecen en el mundo actual hay que obrar compenetrándose con el mundo de lo artístico, es decir, de lo bello. La poesía, por mencionar una de las artes, “es la manifestación de la belleza o del sentimiento estético por medio de la palabra, en verso o prosa”⁵⁸. Entonces, el poeta antes de escribir su obra poética lleva a cabo una *interpretación colectiva* al sumergirse en la historia que expone a la poesía, es decir, ir atrás en el tiempo y analizar lo que otros poetas han escrito como poesía, para saber cuáles y cómo han sido las letras manifestadas por los poetas y cuáles son las mejores⁵⁹.

Dicho de otro modo, cuál fue y cuál ha sido la tradición poética. El poeta debe conocer cómo hicieron los poetas pasados para convertir las letras comunes en letras ordenadas de tal manera que, al leerlas, se perciba la belleza en su presentación. En este ejercicio, denotamos que el poeta presupone una actitud que va encaminada en recobrar el genio del poeta antecesor, dicha actitud de recobro se manifiesta a través de la *reinterpretación* del poeta antecesor.

Por consiguiente, en la colectividad, que supone una tradición, el poeta se vuelve crítico del otro poeta, del pasado. Se vuelve crítico porque al interpretar la tradición de la poesía encuentra algo en esa tradición que el creador original (i.e. el poeta) dijo, o que ignoraba que estaba ahí cuando lo escribió. En ambos casos, el contenido siempre estuvo ahí. De esta forma, el intérprete-poeta, al criticar creaciones antiguas se vuelve creador de nuevas obras, si y sólo si, llegare a encontrar algo desconocido al autor original. La tradición de interpretar es un instrumento que permite al intérprete encontrar contenidos mediante análisis narrativos. La búsqueda de lo artístico en el lenguaje nos permite eso: seguir buscando contenidos que pudieron ser ignorados.

⁵⁸ Sobre la definición de “POESIA”, véase *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. España, ed. 2014., consulta de 14 de marzo de 2014.

⁵⁹ Dworkin, Ronald, *Op. cit.* nota 54.

1.7 Sobre los mitos y la interpretación.

Desde tiempos antiguos, desde tiempos de *Homero*, desde el siglo VIII a.C. existen las historias, las creencias, los cuentos y fabulas mitológicas. La *Iliada* y la *Odisea*⁶⁰ –por ejemplo- son algunas de las creaciones mitológicas más importantes de nuestra historia. Su importancia radica en su permanencia literaria aun a pesar de los siglos. Luego vino *Aristóteles*⁶¹, en el siglo III a.C., con su acción poética sobre los mitos y así, hasta tiempos de *Ovidio y Plutarco* (los cuentistas romanos), por mencionar algunos –a mi juicio-. *Ovidio* entonces apareció en la historia como el gran poeta de los romanos con sus libros literarios junto a *Plutarco*⁶².

¿Qué rasgos conservan los mitos que los hacen emerger con tanta frecuencia hasta nuestros días? Franz Boas escribe sobre los rasgos de los mitos de la siguiente forma: “Se diría que los universos mitológicos están destinados a ser pulverizados apenas formados, para que de sus restos nazcan nuevos universos”⁶³. Boas, poéticamente, interpreta a los mitos como universos, como elementos que permanecen constantes entre los tiempos y las culturas, que para ser borrados se necesita no más que otro universo mitológico que recoja lo más significativo⁶⁴. Entonces, si esto es cierto, los mitos no mueren del todo. Mejor dicho, no mueren nunca; sus restos son un material lo suficiente poderoso para reformularlos, para reinventarlos, para interpretarlos y aplicarlos cuantas veces sea necesario.

⁶⁰ Sobre la definición de “HOMERO”, véase *Enciclopedia Enciclonet.*, 2014. <http://enciclonet.com>., consultada 03 de abril de 2014.

⁶¹ *Ídem.*

⁶² Sobre Aristóteles, véase Valentín García Yebra, *Poética de Aristóteles*, Madrid, Gredos. 2010.

⁶³ Bilbao, Alejandro, “El pensamiento y el órgano: tres notas sobre el pensamiento humano del sufrir”, *Revista Philosophica*, Valparaíso, año 2009, vol. 35, p. 1

⁶⁴ García Yebra, *Op. cit.* nota 62.

Por su parte, *Tales de Mileto* – el primer capítulo de todo según Tamayo- escribió que “La fuerza de los enunciados depende de su fuente”⁶⁵. Esta fuente – la que dice Tales- es la que proporciona fuerza y sentido al enunciado”. Tales de Mileto advierte magistralmente el advenimiento de enunciados fuertes, si su fuente de creación es lo suficiente sostenible como para darles fuerza latente⁶⁶. En el discurso de Tales, no hay enunciado más poderoso que el enunciado que nace de la *episteme*⁶⁷. El enunciado verificable, el que digo yo, el que dicen todos, el discurso de la ciencia. Pero ¿qué tienen en común los enunciados de Tales y la estructura de los mitos? Mi argumento inicial es que Tales cambió el discurso mitológico por el discurso racional a través de una interpretación genuina de los fenómenos del mundo.

En este sentido, Lévi Strauss afirma que los mitos, como parte de la etnología religiosa, sufren de un conflicto entre ideas claras y emociones confusas⁶⁸. Sobre este fenómeno arguye que con el paso del tiempo los mitos se rejuvenecen en sus viejas interpretaciones. “Como ensoñaciones de la conciencia colectiva, la divinización de personajes históricos o a la inversa”⁶⁹. Dicho de otro modo, los mitos como ensoñaciones de la conciencia colectiva o divinización de personajes históricos son *especulación filosófica*.

Para esclarecer el significado de los mitos, el autor decide que debemos distinguir entre *sofisma* y *simpleza*⁷⁰. En la simpleza del contenido de los mitos, la sociedad intenta demostrar sentimientos fundamentales, como el amor, el odio, la venganza, todos relativos al hombre. Como sofisma, el mito describe tentativamente fenómenos difíciles de comprender como los astrológicos, meteorológicos⁷¹. Si la *interpretación* es correcta, los sistemas mitológicos describen relaciones y estructuras sociales. Si en un mito aparece un personaje

⁶⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando. “Thales de mileto vs., el resto del mundo”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Isonomía, México, ITAM, año 2001, núm. 14, abril de 2001, p. 113.

⁶⁶ *Ídem*.

⁶⁷ *Ibidem*. pp. 117-119.

⁶⁸ Levi, Strauss, *Op. cit.*, nota 12, p. 230.

⁶⁹ *Ídem*.

⁷⁰ Sobre el significado de los mitos, véase *supra* nota. 12. p. 230.

⁷¹ *Ibidem*. p. 231.

con calidad protagonista, como *Edipo* – el rey mítico de Tebas, hijo de Layo y Yocasta – que, sin saberlo, mato a su padre y desposó a su madre⁷², se interpretará que los hombres, sin saberlo, pueden asesinar a sus padres y desposar a sus madres.

Si esto pasara según –Strauss– la mitología supondría un reflejo de la *fenomenología social*. Si no es así, entonces la mitología refleja un infinito cúmulo de sentimientos reales, pero reprimidos. La técnica de la conversación – *dialektiké*– supondrá entonces el medio idóneo de significación⁷³. Los mitos conducen a respuestas contradictorias. Atienden a la explicación fenomenológica de los sentimientos más puros de la humanidad y, por otra parte, suponen la explicación contingente de fenómenos más incomprensibles como los astronómicos. Entonces en los mitos, todo puede suceder; en su interpretación más simplista, el mito compone el más elemental de los enunciados: El sujeto, que por virtud de ser sujeto tiene un predicado. ¿Cuál?, el que sea, el que se reproduzca según su *interpretación*⁷⁴.

¿Por qué entonces los mitos –como *antinomias*– se reproducen constantemente en tantas culturas y regiones del mundo? Veamos si le corresponde a *Tales* responder a esta interrogante. Como hemos explicado ya, el discurso de *Tales* supone un elemento constitutivo esencial; la *verificabilidad*⁷⁵. ¿Cómo verificar los enunciados? Según *Tales* los enunciados se verifican a través del lenguaje que se emplee para describir a “ese” fenómeno. Cada grupo de sonidos corresponden a determinados sentidos y estimar qué necesidad interna une a esos *sentidos* con esos *sonidos*⁷⁶. En concordancia, se sabe que ciertos *sonidos* se encuentran situados exactamente igual en otras lenguas, pero con sentidos

⁷² Sófocles. “*Edipo rey*”, trad. y notas de Assela Alamillo, *Literatura Universal PAU*, s/n., s.a., s.e., <http://www.blog.educastur.es>, consulta de 09 de abril de 2014.

⁷³ Levi-Strauss, Claude. *Op. cit.*, nota 12, pp. 230-232.

⁷⁴ Si en los mitos todo puede suceder considerando que pueden dar explicitación a cualquier tipo de fenómeno, entonces su significado tiene que ver con su mejor interpretación. En este sentido, los mitos permanecen en el tiempo considerando su ejercicio interpretativo de los fenómenos que lo explicitan.

⁷⁵ Tamayo y Salmorán, *Op. cit.*, nota 65, p. 123.

⁷⁶ Levi-Strauss, *Op.cit.*, nota. 12. p. 232.

diferentes. Hasta que se percibió que la función significativa de la lengua no se encuentra ligada a los *sonidos*, sino en su *integración*. Según Strauss: “aproximar al mito al lenguaje no resuelve nada: el mito integra la lengua; por el habla se le conoce; pertenece al discurso”⁷⁷.

El pensamiento mítico se encuentra en el lenguaje y al mismo tiempo más allá del lenguaje. Permítasenos subrayar, analógicamente, la descripción que atribuye Rolando Tamayo al respecto, al referirse a la distinción que existe entre el *lenguaje-objeto* y *metalenguaje* que hemos anotado anteriormente. En el derecho, las normas jurídicas constituyen el contenido de las proposiciones jurídicas, es decir, en el lenguaje en el que están formuladas. Son normas jurídicas en la medida que sean relacionadas con sus constructos jurídicos. Las proposiciones jurídicas son entonces en relación con las normas jurídicas su lenguaje-objeto. El lenguaje que se usa para hablar acerca de un lenguaje se llama *metalenguaje*⁷⁸.

El valor que se atribuye a los mitos proviene del *lenguaje* que se utilizó para describir ciertos acontecimientos; que según los mitos, ocurrieron en cierto tiempo formando una estructura permanente que sirvió como herramienta para su *interpretación*. Esta estructura permanente supone precisar un lenguaje pasado, presente y futuro. La ideología política empata con la estructura permanente de los mitos. Pero ¿en qué sentido?, según hemos analizado, en la composición de acontecimientos seguidamente ligados por el tiempo, pero atribuidos al presente⁷⁹.

La Revolución Francesa –por ejemplo– sirve también para ilustrar una serie de acontecimientos pasados, pero que mantienen una estructura permanente en el presente. En otras palabras, podemos comprender la situación social actual de Francia por aquellos acontecimientos pasados. Los acontecimientos pasados

⁷⁷ *Ibidem.* p. 231.

⁷⁸ Tamayo y Salmorán, *Op.cit.*, nota 1, pp. 127-128.

⁷⁹ Sobre el valor que tienen los mitos *supra* nota. 12, con el lenguaje en que se formulan las normas jurídicas. Ese lenguaje determina su valor, sea el que se utilizara para su formulación.

cimbran el presente social de alguna forma. Mejor dicho, ciertos acontecimientos pasados no han perdido *fuerza* aun a pesar del tiempo y del espacio. De los gobiernos, los ciudadanos y las mejores interpretaciones de la vida política y social⁸⁰.

En este orden de ideas, es menester clarificar lo siguiente. Si bien es cierto, los mitos están compuestos por un lenguaje integrado, por un discurso que es perfectamente interpretado como un todo en diferentes culturas y tiempos históricos. Lo anterior supone comprender que el verdadero significado de los mitos se encuentra reflejado en ciertos *acontecimientos de fuerza*⁸¹. Los llamo así, porque el *valor del mito*, como mito, persiste a pesar de su peor traducción. En este respecto, Levi-Strauss determina que el valor de la fórmula *traduttore, traditore* tiende a prácticamente cero⁸².

La sustancia del mito se mantiene en la historia y en los intérpretes debido a la historia relatada, no a su sintaxis, no a su modo de narración sino al relato de su *historia*. Por ello, debemos resumir las causas que originan y dan sentido a los mitos. Sin esas causas, los *intérpretes* estarían lejos de determinar la significación correcta de su objeto. Primero, si los mitos tienen sentido – significación-, el mismo, depende de la unidad de los elementos que lo integran y no de su aislamiento. Segundo, el mito pertenece al orden del lenguaje del cual es parte integrante. Tercero, las propiedades que dan sentido al mito deben integrarse en el lenguaje, buscando “más allá” de la expresión lingüística⁸³. Por tanto, para *interpretar* correctamente a los mitos habría que desdeñar los elementos constitutivos que dan *significación* al mito⁸⁴.

⁸⁰ Los acontecimientos que dieron forma y desarrollo a la Revolución Francesa; son ideologías políticas y sociales que han quedado arraigadas en el quehacer político y jurídico actual. Con ello, pretendemos demostrar que existen ciertos acontecimientos formulados en algún tipo de lenguaje que, combinados entre sí, forman una estructura permanente y que permite interpretar históricamente la estructura que le dio forma. Dicho de otro modo, intentamos revelar que el interpretar el presente, supone una regresión en la historia del fenómeno relacionado al actual.

⁸¹ *Vid., supra.* nota 12.

⁸² *Ibidem.* p. 237.

⁸³ *Ibidem.* p. 141-142.

⁸⁴ *Vid., supra* nota 12.

La búsqueda de los *elementos de significación* tiene por objeto encontrarlos dentro del lenguaje de redacción. Al lenguaje y metalenguaje que se utilizó para crear los elementos de significación del mito. La fuerza de los elementos de significación radica en encontrar históricamente las propiedades constitutivas – *mitemas*⁸⁵ que, a pesar del tiempo, las culturas y traducciones, explicitan el valor del mito. Los intérpretes que no se hagan de los elementos de significación del mito, habrán descubierto un discurso que no podrá distinguirse del mito⁸⁶.

Strauss señala que para encontrar los *mitemas* hay que ahondarse en el análisis –o plano- de la frase. Buscar la construcción a partir de un fragmento que permita elevarlo a la explicación necesaria para otorgar unidad a la solución. Para ello, es necesario separar –del mito- cada uno de los *elementos de significación* que hemos tratado antes, para que en el plano de la frase singular sea posible atribuirle predicado significativo. Esto es posible, si llevamos a cabo una sucesión de acontecimientos, *relacionados* unos con otros, – en el mito-; en este sentido, cada elemento de significación posee por naturaleza una relación intrínseca entre sí⁸⁷. En este respecto, Strauss propone que las verdaderas unidades constitutivas o elementos de significación no son relaciones aisladas sino *haces de relaciones* y, que la forma en que se combinan estos haces -las unidades constitutivas- adquieren *función significativa*⁸⁸.

Para que los elementos de significación adquieran función significativa es posible integrarlos mediante dos puntos de vista. El *diacrónico* y *sincrónico*⁸⁹. En el *diacrónico* habríamos de combinar los sucesos históricos por intervalos de tiempo, buscando integrar el elemento natural que los une en dichos intervalos. Llevarlo a cabo supone también organizar los elementos de significación en un

⁸⁵ *Ibidem.* p. 233.

⁸⁶ *Ídem.*

⁸⁷ *Ídem.*

⁸⁸ *Ídem.*

⁸⁹ *Ídem.*

determinado sistema de tiempo. Si lo logramos significar el sistema temporal, nuestra estructura tendrá el *sincronismo* como segunda dimensión⁹⁰.

Ahora bien, supongamos que un aficionado ignora todo lo relacionado al juego-ciencia del ajedrez, pero que durante un periodo de tiempo más o menos largo escucha conversaciones entre ajedrecistas que hablan y tratan sobre las reglas y piezas que componen al ajedrez. El observador inclusive va más allá de las conversaciones de las cuales ha sido presente. Graba dichas conversaciones o realiza extractos de ellas. Poco a poco, nuestro observador si posee la inteligencia suficiente y si recoge la información más relevante sobre el ajedrez pronto sabrá que el ajedrez se juega en un tablero con 64 escaques con 2 caballos, 2 alfiles, 2 torres, 8 peones, una dama y un rey, al que hay que vencer. Que dichas piezas, se distinguen por el color del jugador (i.e. piezas blancas y negras) y que no marchan de igual forma. Sobre todo, que el vencedor será aquel que de *jaque mate* al otro.

Si esto es así, el aficionado habrá realizado una reconstrucción de la estructura y composición del juego empleado. Repartido por 16 piezas en dos series homologadas; que son los *elementos de significación* (unidades constitutivas, en palabras de Lévi-Strauss) y, que poseen un solo rasgo de diferenciación, el color⁹¹.

Para llevar a cabo esta reconstrucción *diacrónica-sincrónica* (a mi parecer, un ejercicio interpretativo), se utilizó un método para combinar los *elementos de significación* en el juego-ciencia del ajedrez para determinar su *función significativa*. Esto no es otra cosa que describir *hermenéuticamente* a los mitos.

1.8 Sobre el estado psicológico del intérprete

⁹⁰ Sobre la definición de “DIACRONICO y SINCRONICO”, véase *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, 2014., <http://rae.es>., consulta de 14 de abril de 2014.

⁹¹ Levi-Strauss, Claude. *Op. cit.*, nota 12, p. 235.

Contrario a la teoría de los mitemas, que busca analizar intelectualmente un símbolo, Gilbert Durand aparece en la escena crítica mediante lo que él denomina “las *hermenéuticas reductivas*”⁹². En principio –para Durand- “El reino de las imágenes, el mecanismo mediante el cual se asocian los símbolos con la búsqueda del sentido más o menos velado de las imágenes”⁹³, es el mecanismo que se conoce como *hermenéutica*. En la concepción del psicoanálisis se utiliza el método terapéutico con el propósito de encontrar el origen de los fantasmas aparentemente absurdos que aparecen en la conciencia humana.

Para ello, para determinar el origen biográfico, que es causa del comportamiento fantasmagórico, debe considerarse cuál es la *simbología* que determina al fantasma. Por ejemplo, sobre esa imagen –la del fantasma-, establecer, si es posible determinar una relación causal entre la imagen fantasmagórica y el símbolo que representa⁹⁴. Para lograr este cometido –Durand- considera la reducción de la noción simbólica de Sigmund Freud acaecida en el método asociativo y simbólico.

El método asociativo de Freud se compone de la naturaleza determinista que une al estado psíquico con su causa suprema. Que en palabras de Freud –las causas supremas- tienden a ser causas imaginarias. Que los hombres y mujeres perciben sobre imágenes de los órganos sexuales masculinos y femeninos. Según el método asociativo, las primeras etapas del infante servirían como un depósito causal, así como las de su maduración sexual. Si esto es así, Freud asocia el símbolo de la imagen del fantasma como una causal de índole sexual. Mejor dicho, cualquier imagen, símbolo o fantasma es causalidad de una manifestación sexual. Sin lugar a duda, Freud confunde

⁹² Durand, Gilbert, *La imaginación simbólica*, 2ª. ed., trad., de Marta Rojzman, Buenos Aires, Amorrortu, 1968, pp. 47-67.

⁹³ *Ibidem*. p. 47.

⁹⁴ *Ibidem*. pp. 47-48.

asociación con causalidad. De esta manera, reduce toda imagen auspiciada por la *psique* como un espejo sexual⁹⁵.

Freud utiliza la palabra símbolo en el sentido de efecto-signo. ¿Qué significa esto? Significa no más que una reducción al campo de los símbolos. Si consideramos que cada ser posee un número infinito de símbolos que, de acuerdo con su experiencia acumulada, su pericia o su conocimiento, puede observar y guardar en su mente. Resulta que en esa infinidad de símbolos se encuentran limitados por causalidades y destinos⁹⁶.

Así pues, recordemos que los *mitemas* -de Strauss- son elementos constitutivos en los mitos y tienen la característica de ser universales. Este posicionamiento parte de la concepción de que los diversos símbolos que conforman a los mitos pueden traducirse de diversas formas en los lenguajes. Mientras tanto, los *mitemas* permanecen como universales entre símbolos como *haces de relaciones* que dotan de significación a su objeto alegórico en la mayoría de los casos⁹⁷. Ahora bien, Durand presenta la siguiente interrogante: “¿Cómo podría una sociedad primitiva tener un acontecimiento idílico –mitológico- como origen de todos sus símbolos, de todas sus relaciones sociales, si en sus costumbres, en sus hábitos vivos, esta sociedad no presenta ningún rasgo, ninguna posibilidad de situación idílica?”⁹⁸

En este caso, el etnógrafo o el etnólogo (recordemos que el etnólogo es la persona que estudia los rasgos, costumbres y tradiciones de los pueblos; mientras que el etnógrafo es quien describe los rasgos, costumbres y tradiciones de los pueblos)⁹⁹ no pueden permanecer ajenos a la inmensa cantidad de elementos mitológicos, poéticos o simbólicos que permanecen en las sociedades primitivas. Es fácil atribuir estas concepciones del mundo a la falta de progreso tecnológico. Además, de toda relación social nacen símbolos y

⁹⁵ *Ibidem*. pp. 50-51.

⁹⁶ *Vid.*, *supra*. nota. 12.

⁹⁷ Lévi-Strauss, *Op. cit.*, nota 12, pp. 232-233.

⁹⁸ Durand, Gilbert, *Op. cit.*, nota 92, p. 56.

⁹⁹ Sobre la definición de “ETNOGRAFO”, “ETNOLOGO”, véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 2014, <http://rae.es>, consulta de 18 de abril de 2014.

valores que son reproducidos por el comportamiento social de sus gentes. Esto se debe a la lingüística que remite en todo en cuanto a ella se refiere a los pensamientos sociológicos.

La lingüística es testimonio fiel y privilegiado del objeto de la sociedad, que en ella es manifestada¹⁰⁰. El *simbolismo* puede entonces acarrear significados más profundos. La profundidad de sus significados, de su entendimiento y explicitación debe diferenciarse del lenguaje que explicita a la lengua misma y que manifiesta. En otras palabras, el contenido del símbolo es el resultado que sociológicamente se le atribuye por la lengua de la que es manifestada. A esto se le conoce como *simbolismo lingüístico*¹⁰¹. La fonología, por su parte, busca encontrar significados a la lengua más allá de ésta. Se trata, pues, de atribuir valor a ciertos significados¹⁰². A los símbolos de una sociedad en general, a los rituales mitológicos sin buscar semejanzas sino diferencias entre la estructura de los conjuntos simbólicos, míticos o rituales.

Para Dumézil un mito, un ritual, un símbolo, es directamente inteligible desde el momento en que se conoce su etimología¹⁰³. Por tanto, los símbolos son parte de la *semántica lingüística*. Esto es así, porque el símbolo es entendido desde la significación de las palabras que lo componen y que son socialmente aceptadas¹⁰⁴. El símbolo necesita ser descubierto, necesita ser desenmascarado.

Mi argumento es que la *interpretación* –de los símbolos, imágenes- pertenece al departamento de la razón humana. Por ello, para interpretarlos, se lleva a cabo un proceso de causalidad y de asociación en la que interviene, es decir, un *estado psicológico* del intérprete¹⁰⁵ que influye en la interpretación. Interpretar

¹⁰⁰ Lévi-Strauss, *Op., cit.*, pp. 56-57.

¹⁰¹ *Vid., supra* nota 92, pp. 57-58.

¹⁰² *Ibidem.* p. 57.

¹⁰³ *Ibidem.* p. 59.

¹⁰⁴ Sobre el análisis y sentido del símbolo, véase *supra* nota, p. 59-60.

¹⁰⁵ Simplificamos la relación que existe entre las tesis de Durand y Dumézil sobre el significado de los símbolos y la acción de descifrarlos. Ello, presupone desde nuestra perspectiva que existe un estado psicológico que influye al intérprete a la hora de interpretar *cf.*, Durand, Gilbert, *Op.cit.*, nota 92, pp. 47-67.

supone responder al estado psicológico del intérprete. Ejemplo, yo hablo y el intérprete intenta captar mi estado psicológico. Intenta captar cuál es el origen biográfico de cierta afirmación, negatividad o postura. Al yo hablar, el intérprete realiza un *ejercicio psicológico* para atribuir sentido a aquello que digo o hago.

Dicho estado psicológico, puede ser ejemplificado a través del conocimiento que se tiene sobre la estructura de los *Ice-Bergs*¹⁰⁶. Es científicamente sabido que la parte prominente de un *Ice-Berg* es la parte inferior, la densidad de hielo que compone al *Ice-Berg* y que soporta el resto del mismo. Por contra, la parte superior del *Ice-Berg*, es la parte con la densidad menos prominente. En este sentido, deliberamos que la parte superior del *Ice-Berg* supone la existencia del conocimiento consciente del intérprete. Mientras que la parte inferior del *Ice-Berg*, se forma a través de las experiencias humanas, el entrenamiento, la pericia y ¿por qué no?, del instinto del intérprete. En la psicología, se le conoce como el *subconsciente*¹⁰⁷.

Según hemos analizado, existen *elementos constitutivos* (elementos de significación a mi parecer) que permanecen en la estructura de los objetos interpretados. Estos elementos de significación son los arquetipos que dan valor al objeto significado. El valor de dicha significación persiste a través del tiempo y de las diversas traducciones de las cuales pudiera ser objeto, cualquiera que sea el lenguaje que se utilice o la cultura a la que se subsuma. Aunado a esto, la interpretación ya no depende del ejercicio contingente de la lengua, es decir, del significado etimológico que pueda atribuirse a las palabras o hechos.

¹⁰⁶ Sobre la definición de “ICEBERG”, véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ed. 2014, <http://rae.es>, consulta de 21 de abril de 2014.

¹⁰⁷ Analizamos el estado psicológico del intérprete mediante el modelo que representa al *Iceberg*. En este sentido, existe una influencia mayor en el intérprete -cuando interpreta- y que proviene de la experiencia, pericia, entrenamiento y todas aquellas imágenes y formas que aparecen en su sub-consciente y que le sirven para significar o atribuir sentido al objeto de su interpretación. Menos que esto, es el estado consciente del intérprete; la parte, menos prominente del *Iceberg*. En la interpretación, el consciente se encarga de enlazar a los elementos de significación que se interpretan.

La *interpretación estructural*, (por denominarla así) estriba en buscar el valor a ciertos elementos de significación y que en la búsqueda de ese valor esencial e inamovible se trastoque el nivel habitual de la expresión lingüística. El estado psicológico del intérprete influye en la determinación del valor y asociación de las expresiones lingüísticas que se estén significando. Al parecer, el intérprete pudiera utilizar hermenéuticas que reduzcan sustancialmente la profundidad del léxico y semántica empleados¹⁰⁸.

Se infiere entonces que el ejercicio interpretativo puede ser influenciado por el estado psicológico del intérprete de acuerdo con los símbolos que asocie a su interpretación. Sin embargo, esta situación puede desasociarse de la interpretación si se consideran los elementos que son inamovibles y que relacionan el objeto interpretado.

1.9 Sobre las cosas comunes entre críticos e intérpretes

Debemos partir argumentando que los críticos e intérpretes tienen cosas en común. La más importante es que el crítico es intérprete y el intérprete es un crítico, pues los une la tarea de entender, buscar, descubrir en el mejor de los casos el elemento artístico de una obra. A principios del siglo XIX, Paul Ricoeur expresó lo siguiente: “El autor, es el primer lector de una obra, nada más”¹⁰⁹. Este enunciado enmarca perfectamente el objeto formal del *criticismo*. Por ello, conmemoremos a Immanuel Kant, quien desarrollo esta doctrina epistemológica con la intención de poner límites al conocimiento genuino, a través de una investigación sistemática de las condiciones de posibilidad del pensamiento¹¹⁰.

El *criticismo* consiste en poner a prueba el conocimiento preexistente a través del conocimiento que pueden desarrollar las personas por el acto de conocer.

¹⁰⁸ *Vid., supra*, nota. 92.

¹⁰⁹ Ricoeur, Paul, *Tiempo y narración*, 5ta ed., trad. de Agustín Neira, México, Siglo XXI editores, 2005. pp. 20,23,88,114.

¹¹⁰ Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. de Mario Caimi, Buenos Aires, Ediciones Calihue, 2007. pp. 1-298.

En este orden de ideas, ¡el creador de una obra crea algo y el crítico encuentra algo, o puede encontrar algo, si y sólo si, el creador ignoraba que estaba allí al crear su obra!¹¹¹ Si se nos permite, para efecto de explicitar correctamente, atribuiremos al crítico el carácter de *intérprete*. En tal propósito citamos a E. Betti quien sostiene que “el proceso interpretativo, en general, responde al problema epistemológico del entender”¹¹². Esto significa que la acción de interpretar obras o creaciones responde a la acción de entender esas obras.

Entonces, si es cierto lo que establece el *criticismo* de Kant, no existe una sola respuesta *-interpretación-* que determine el sentido de un objeto; sino que gravitan varias y posiblemente ambivalentes. Establecer que existen diversas interpretaciones del sentido de un objeto sería como decir que interpretar dicho objeto es imposible por la multiplicidad de significados atribuidos, contradictorios o no. Por ello es necesario analizar, descubrir, permear, si existe una relación entre las diversas respuestas que atribuyen significado a los objetos por parte del *crítico-intérprete* y el objeto significado¹¹³.

¿Cuál es y qué tipo de relación existe entre el crítico y el autor de una obra? Humboldt, describe que el lenguaje adoptado por los demás *-críticos-* opera como un *vocare*, como una exigencia de aprehender por dentro y de volver a expresar nuestras estructuras mentales la idea que sugieren y representan. Si el crítico busca encontrar algo en esa obra que el autor original olvido establecer, entonces el crítico busca la intención del autor original. En este esfuerzo, el crítico intenta recuperar históricamente la intención del autor o del creador. Por ejemplo, en una conversación; el receptor *-el crítico-* intenta captar el estado psicológico del emisor. En este respecto, Dworkin, declara lo siguiente (con relación a los poemas): “El verdadero sentido de un poema se encuentra

¹¹¹ Es considerable para mi argumento, precisar que el crítico o intérprete, a través, del *criticismo* puede encontrar algo en una obra jurídica que el legislador omitió determinar positivamente. Esto es posible, si el crítico es capaz de demostrar que ese algo que encontró forma parte del contenido jurídico de la misma.

¹¹² Betti, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1990, pp. 55-57, 72-74, 95

¹¹³ Tamayo y Salmorán, *Op.cit.*, nota 1, p. 125.

inmerso en él, más allá de la información que podamos atribuirle al autor o al momento en que vivió”¹¹⁴.

El crítico, cuando interpreta, busca la intención inmersa en la obra original. La interpreta, para recobrar el genio del poeta; por ende, el poema, en sí mismo, tiene un valor profundo, más allá de la simple lectura de las letras. Es la expresión de una idea o intención que debe concebirse del mismo poema. En ello, Betti, predica que el proceso interpretativo es único e idéntico en sus elementos fundamentales a pesar de las diferentes respuestas que pueda arrojar su aplicación¹¹⁵. Aunado a esto, en el criticismo de los textos, existe el aspecto artístico en la literatura, que corresponde a la noción de leer. El aspecto artístico de la obra literaria se explicita dependiendo de la evaluación y explicación del poeta analizado, es decir, su creador original. Al adentrarse en el análisis del poeta analizado, el creador busca el espíritu artístico del autor. Esto es una exigencia, al entender las formas representativas que permiten interpretar. Al descubrirse el *espíritu artístico* del autor, éste se aprehende con el sujeto intérprete. Por tanto, existe una colaboración-relación entre el autor y el crítico.

Teresa Picontó Novales hace una distinción triádica del proceso cognoscitivo que sostiene al intérprete. Primero –dice- se encuentra el espíritu viviente y pensante del interprete, luego esa espiritualidad se ve objetivada en una forma representativa (como hemos dicho, estas formas representativas, son símbolos) y, por último, las formas representativas son mediadoras entre el intérprete y el aspecto artístico –espíritu- que se ha encontrado en la obra original¹¹⁶. En términos de Betti, “el conocer, es reconocer el espíritu que al ser objetivado habla al espíritu pensante, el cual es perceptible por la afinidad en la común humanidad”¹¹⁷.

¹¹⁴ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 54.

¹¹⁵ *Ídem*.

¹¹⁶ Picontó Novales, Teresa, “Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Zaragoza, año IX, 1992, p. 224.

¹¹⁷ Betti, Emilio, *Op.cit.* nota 112.

El espíritu o aspecto artístico del objeto es perceptible por la familiaridad o asociación que se detenta por la expresión lingüística. Es decir, entre la expresión lingüística y el aspecto artístico de una obra, existe una relación *semántica* porque hay una combinación *sincrónica* y *diacrónica* del objeto crítico y el proceso cognoscitivo de representación. Entonces el crítico, al reconocer el aspecto artístico de la obra, objeto de su interpretación, lo reconoce, le atribuye valor significativo.

1.10 Sobre la ambigüedad en la interpretación

Cuando tratamos el concepto de la ambigüedad necesariamente nos enfrentamos a un problema de definición o de indeterminación; este problema ya se venía presentando desde la Antigua Grecia. Por ejemplo, en la significación de los términos *asíndeton*, *parataxis*, y *elipsis*¹¹⁸. En la *parataxis* no hay conjunción entre oraciones. En la *elipsis* –como figura de construcción gramatical – se omiten nombres, pronombres y verbos que no están en infinitivo. La utilización de estos medios estilísticos -en el lenguaje- solo están permitidos, si su utilización en la construcción gramatical no desvirtúa el significado del texto original¹¹⁹. Esta problemática nos lleva ahora a considerar a Aarnio Aulis, quien detecta dicho fenómeno desde la perspectiva del derecho como *ambigüedad semántica*¹²⁰.

Este fenómeno, -según Aulis- se encuentra arraigado en las creaciones que son jurídicas (*i.e. las normas jurídicas*). En este sentido, describe que la imprecisión semántica en los textos jurídicos no se debe a cuestiones estéticas sino al *contexto jurídico*¹²¹. Por ello, si el texto jurídico tiene imprecisiones semánticas, entonces tiene lagunas¹²². En el caso de Guastini, dichas imprecisiones

¹¹⁸ Sobre la definición de “ELIPSIS”, “Parataxis”, “Asíndeton”, véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2014. <http://www.rae.es>, consulta de 24 de abril de 2014.

¹¹⁹ *Ídem*.

¹²⁰ Aulis, Aarnio, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación”, *Cuadernos de Filosofía DOXA*, Biblioteca Cervantes Virtual, 1987. p. 109.

¹²¹ *Ídem*.

¹²² *Ídem*.

semánticas – a mi parecer- las concibe como *antinomias* y *lagunas*, cuando en determinado sistema jurídico existe incompatibilidad entre normas y entre consecuencias normativas y normas¹²³. Dicho de otro modo, cuando el proceso de *significación –interpretación-* se desvirtúa, o entra en conflicto con su objeto significado.

Resulta que los textos jurídicos al tener lagunas y/o antinomias no dan, o no pueden dar, respuesta a todas las cuestiones que puedan ser materializadas a su proceso de significación¹²⁴. En este respecto, -Aulis- describe como “*tentadora*”, la comparación entre las imprecisiones semánticas de los textos jurídicos y las obras literarias mediante la explicitación que hace Ms. Leena Kirstina en “La ambigüedad semántica como una característica de una obra de arte literaria según Roman Ingarden y Wolfgang Iser”¹²⁵.

En este trabajo, Roman Ingarden, presenta una teoría que se basa en la problemática de la ambigüedad semántica y sobre la relación y significación atribuida por el ejercicio de la interpretación. Como se indicó, *Iser* confronta la relación que existe entre el lector y el texto (para mí, la que existe entre el sujeto y el objeto o entre el objeto y el crítico)¹²⁶. El objetivo – de Iser – es analizar la estructura del texto; sus efectos sobre el lector radican en detectar la laguna.

El trabajo para el lector, crítico o sujeto intérprete es completar el texto de forma *coherente*. La reconstrucción supone agrupar coherentemente los contenidos imaginados y detentados de la obra en cuestión. La *ambigüedad semántica* que presupone la laguna no está relacionada con el texto mismo, sino con los objetos, personas, sucesos y situaciones del mundo, que la obra literaria describe. En este caso, la analogía que existe con el concepto de

¹²³ Guastini, Ricardo, *Lagunas y antinomias*, en jurídica. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 29, 1999. p. 437.

¹²⁴ *Ídem*.

¹²⁵ Kirstina, Leena, *Sobre la ambigüedad semántica como una característica de una obra de arte literaria según Roman Ingarden y Wolfgang Iser*, no. 17, 1984, pp. 3-4.

¹²⁶ *Ídem*.

laguna- de Guastini- es aplicable en la incompatibilidad y oscuridad que puede subsumirse del contenido fáctico a ser aplicado a la norma.

En otras palabras, “existe un silencio” conforme a la cuestión planteada. Entonces, el intérprete al detectar el silencio debe completar la laguna con otros materiales. Los materiales que utilice deben corresponder con el contenido de la obra interpretada; deben ser parte de su objeto. Asimismo, si no son susceptibles de aplicarse al planteamiento inicial, no significa que dichos materiales no sean parte del contenido mismo de la obra; sino que pudieran corresponder a la problemática natural que encierra la semántica del lenguaje y al problema natural que encierra al autor, como creador original de dicha obra. De aquí que, es lógico argüir que no pudo determinar todos los posibles elementos que llegaren a desprenderse de su obra originaria (a veces, artística). Esta labor de aprehensión de contenidos le pertenecería al intérprete, al crítico. Ciertos contenidos se encuentran más cerca del lenguaje original, otros más lejos. Atengámonos a este proceso, pues según dilucidamos, permite llevar a cabo reconstrucciones significativas y correctas.

1.11 Sobre las escuelas de interpretación y la profesión de interpretar

Durante mucho tiempo los filósofos han estado inmersos en la noción de que existe una única solución correcta para cada situación o caso que deba resolverse jurídicamente, inclusive para los llamados casos difíciles¹²⁷ (*hard cases*, según Dworkin) y en la concepción de que al menos esa solución puede ser manifestada en la situación en concreto. Por supuesto, habrá algunos otros que hayan afirmado que no es posible llegar a tal solución o por lo menos a una no jurídica. Por fortuna, muchos son los juristas y profesionales que han esbozado la idea del derecho. Prácticamente, desde tiempos de Justiniano ya se elaboraban trabajos jurídicos (i.e. el *Digesto*), uno de los trabajos jurídicos más importantes en la historia de Roma. En ese entonces había curiosidad y la sensación de la necesidad de explicitar el derecho. Atinadamente, esa sensación

¹²⁷ Dworkin, Ronald, *Hard Cases*, Harvard University Press, Cambridge, 1978. pp. 81-130.

curiosa se transformó en una convicción pragmática para describir al único derecho, el romano. Para los profetas jurídicos –según Tamayo–, desde tiempos clásicos la idea descriptiva del derecho siempre ha sido clara e inteligible. Por supuesto, apoyados desde la trinchera de su tiempo, de su cultura y concepción social. Es significativo argüir, que el decir, lo que es el derecho, parte de la idea de la *ostencibilidad*. En este tenor, sabiamente, Rolando Tamayo se refiere a dicha *ostencibilidad* en el derecho como la forma que tiene el derecho de mostrarse, de manifestarse, o bien, de la posibilidad de ser mostrado a través de sus propiedades características. Por ello, para los romanos y para mí, el *ius dicere*, trascendió en mostrar el lenguaje que dice o muestra al derecho¹²⁸. Ahora bien, como ya escribí, existen ciertas propiedades características del derecho, que *a priori* no son lo suficientemente mostrables en su primera observación empírica. Específicamente –según Rudolf Carnap– aquellas propiedades -no sensibles- indican tendencia, inclinación o disposición. Un caso típico que ejemplifica puntualmente este tipo de propiedades (denominadas *disposicionales* según Tamayo y Carnap) es el que presenta la “solubilidad del azúcar”. Es cierto afirmar, que la solubilidad del azúcar es en tanto una cualidad empírica, como lo es, su misma blancura; o como la conductividad del agua de mar, (según Tamayo, como la fuerza de Aquiles, la arrogancia de Cesar, o lo iracundo de Aquiles, o la calvicie de Cesar, por mencionar algunas)¹²⁹. A pesar de la claridad que nos muestran las propiedades características no sensibles antes referidas, los romanos determinaron que el derecho, en este caso, no puede definirse *ostensiblemente*. Entonces, -según los romanos- las propiedades del derecho de tipo no sensible son *rex latente* y solo pueden ser observadas empíricamente, definiéndolas, es decir, diciéndolas, a través del lenguaje¹³⁰. Si se nos permite añadir una idea, los casos difíciles son problemáticos desde la interpretación de los materiales que se consideren o no jurídicos. Por lo menos, desde nuestra investigación,

¹²⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Jurisprudencia y formación judicial del derecho”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 21. octubre 2004, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, s.a., pp. 194-195.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ Sobre el lenguaje que se requería para describir al derecho, véase, *supra nota*, p. 209-211

percibimos que la interpretación y definición de las propiedades que caracterizan al derecho es factor decisivo en la solución de este tipo de casos.

Argumentamos que la lectura y definición de las propiedades características del derecho son explicitadas o definidas mediante la manifestación de una reacción que se manifiesta por la consecución lógica del sentido de su predicado o disposicionamiento. El derecho –a través de la *interpretación*- es lo que se define, lo que se dice que es. De ahí que nace la profesión jurídica de la *iurisprudencia* como el oficio o arte de conocer lo que es el derecho a través de un intelecto muy bien sofisticado que se convirtió en la *scientia* de los romanos¹³¹. Cuando los juristas romanos recogieron los métodos establecidos en los *segundos analíticos* de Aristóteles. Esta combinación entre decir el derecho a través de los métodos aristotélicos se tradujo en un oficio penetrante. Sus actividades resultaron en la *iurisprudencia* –como lo describe Tamayo- y en *iurisprudentes* a sus operarios¹³². Es así, como surge el primer producto de la *iurisprudencia*, conocido como las *XII Tablas* y como consecuencia natural la actividad de los *iurisprudentes*; la *interpretatio prudentium*. El oficio del *interpretatio prudentium* que trascendió en adquirir el conocimiento del derecho a través del lenguaje propio de su lectura interpretativa¹³³.

Tal es el caso de Irnerio y su escuela de glosadores; de Bartolo y Baldo –*Baldus*- y su escuela de los post-glosadores. En principio, la tarea de los glosadores tuvo que ver con interpretar el *corpus iuris* de Justiniano. La ciencia de su interpretación traía consigo la lectura de sus tratados. Los glosadores – o pandectistas- realizaban comentarios, anotaciones, esbozos marginales sobre el *ius* del Digesto. Ello con la intención de transparentar y hacer más comprensible el *corpus iuris* a través de sus *glosas*. La labor de los glosadores de Irnerio estableció una didáctica de tipo crítico con relación al texto o *ratio legis* del *corpus iuris*. Además, rompió el paradigma de la veneración de los textos labrados por la autoridad. Las *glosas* revelación la evolución del

¹³¹ *Ibidem*. p. 201.

¹³² *Ídem*.

¹³³ *Ibidem*. p. 202.

concepto de la interpretación de los textos normativos¹³⁴. Las *glosas* se distinguieron por su importancia, forma, finalidad y contenido¹³⁵. Derivado de este fenómeno, hubo una escisión entre los discípulos de Irnerio, generando dos corrientes poderosas en la *interpretación*. Por una parte, los discípulos ortodoxos de Irnerio y, por la otra, otros intérpretes más audaces (i.e. los *gociano*) quienes, fuera de la corriente original, buscaban resultados más equitativos. En este sentido, los ortodoxos de Irnerio (i.e. *Bulgarus*) mostraron sus primeras técnicas interpretativas, a través de la noción del *ius strictum*; que no es otra cosa, que el rigor analítico de los textos. Es decir, dejando por fuera, cualquier elemento noble y/o ajeno a proponer soluciones firmes, que determinen seguridad jurídica. Esto significó que los ortodoxos basaron sus técnicas interpretativas dentro del mismo sistema normativo y fuera de cualquier arquetipo subjetivo. Independientemente si el texto del *corpus iuris* de Justiniano contemplara, o no, todos los casos posibles por resolver. Por el contrario, los *audaces intérpretes* de Irnerio (permítasenos llamarlos así por la relevancia de su aparición) componen sus estrategias interpretativas mediante una concepción finalista y al servicio de la equidad. Para los audaces intérpretes el *ius* se dice mediante la luz que arroje su sensibilidad jurídica, para luego bajarla al texto normativo y encontrar los materiales implicados en su interpretación. Precisamente, un ejercicio audaz¹³⁶. Lo anterior, se debió principalmente a la influencia histórica del derecho germánico que intervino notablemente sobre la creación del derecho canónico. De alguna manera – *Martinus*, fiel representante de esta audacia interpretativa- no quiso permitirse excluir las costumbres arraigadas por el derecho canónico al intentar integrar a sus glosas, elementos de otros sistemas y primariamente subjetivos. Como escribe Margadant, “en ese deseo de armonizar al derecho justiniano”¹³⁷. Esta dicotomía jurídica se ve reflejada en el siguiente caso. El *corpus iuris* de justiniano no fue firme en cuanto al deber del viudo en devolver las dos *profecticia* al suegro. En la *ratio legis* del *corpus iuris*, resulta cierto de

¹³⁴ Margadant, Guillermo, *La segunda vida del derecho romano*, México, Porrúa, 1986. pp. 100-119.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ *Ibidem*. pp. 102-105

¹³⁷ *Idem*.

C.5.18.4, el deber. Sin embargo, de D.24.3.40 se puede argumentar mediante *contrariu sensu*, al resultando, de que, en caso de haber hijos, el viudo puede quedarse con la dote¹³⁸.

La tesis interpretativa anterior, supone una concepción equitativa del precepto dote, que, como ya se indicó, presupone una integración jurídica sobre la base del derecho germánico. En esa época, el asunto trascendió en la *praxis*, ya que muchos jóvenes se casaban y quedaban viudos tempranamente teniendo hijo tras hijo a su cargo. Como es bien sabido, el análisis conceptual de *dote* se remite a una donación hecha por el suegro de la consorte en virtud de su matrimonio. Por ello, *Bulgarus* – el ortodoxo- se conserva fiel sobre el texto normativo justiniano, aun a pesar de que su *interpretación* normativa conduciría a privar de cierta posesión al viudo y, tal vez, necesaria para el desarrollo y mantenimiento de los hijos. En el caso que cita Margadant: sospechosamente, *Bulgarus* queda viudo y con muchos hijos. Situación que lo pone en entre dicho respecto de tener el deber o no, de regresar el dote a su suegro. Precisamente, por contradecir a su oponente –*Martinus*– en su misma *interpretación*, decidió devolver la dote, sólo por no darle gusto en su afirmación¹³⁹. Lo interesante y significativo de la historia, surge en la yuxtaposición que surge sobre el deber de entregar la dote según el *ius strictum* de los ortodoxos de Irnerio o, de conservarlo, según el ejercicio interpretativo de los audaces. El uso reiterativo del caso fue determinante para atraer el material necesario en su aplicación. Mejor aún, desató de alguna manera el rigor analítico del *corpus iuris* de Justiniano, dando lugar al establecimiento de una dicotomía en la interpretación jurídica. A través de dicha dicotomía, fue como los primeros glosadores ponían a prueba sus interpretaciones. Principalmente, buscando ideas que se encontraban en algún lugar remoto del *corpus iuris* de Justiniano. Así, cuando hallaban alguna idea que favoreciera algún argumento se sumaba como un *ar argumentum*, de cierta forma, para hacer a ese argumento más poderoso. En su defecto, cuando hallaban una idea que fuera contraria al argumento primario, lo establecían como un “*contra de solutio*

¹³⁸ *Ibidem*. pp. 103-104.

¹³⁹ *Idem*.

contrariorum” que tenía como objetivo disminuir la verificabilidad y aplicabilidad del fragmento textual. En resumen, las múltiples *glosas* conformaron un sinfín de anotaciones marginales, opiniones a favor o en contra, singularmente encadenadas entre sí, con un mismo espíritu y espacio, aclarando términos, corrigiendo el texto, etcétera¹⁴⁰. Por su parte, los *post-glosadores* –pandectistas- surgieron a través de Bartolo –conocido como *Bartulus de Sassoferrato*- y después de la publicación de la *Gran Glosa* por Acursio. Este acontecimiento, significó la división material de ambas escuelas –nos referimos a los glosadores y post glosadores). Los post-glosadores también llamados *Comentaristas*, extendieron la *Glosa* y, las técnicas de interpretación del corpus iuris de Justiniano. Margadant lo define como sigue: “los post-glosadores recurren a una nueva técnica interpretativa que la moral académica actual consideraría como inaceptable”¹⁴¹. Ello trajo como resultado, la utilización de sus conocimientos jurídicos sobre el texto normativo de Justiniano y una “nueva” y “especial” técnica de interpretación.

Coincidimos en el apunte que hace Margadant sobre lo inspirador que resulta dicha innovación en las formas jurídicas contemporáneas. En ese tiempo, -medieval- representó romper el paradigma del inquebrantable texto normativo emitido por la autoridad. Los post-glosadores asumen una valiosísima actitud creativa y, por lo tanto, reinterpretativa de los textos creados por la autoridad. La tarea de los post-glosadores, al reinterpretar la Gran Glosa enriqueció de manera significativa las glosas de Irnerio, reflejándose en la vida pragmática del derecho. Estas añadiduras, esencialmente importantes en el *corpus iuris* de Justiniano, llamadas las *glosas de las glosas*, permitieron una publicación en sentido estricto del *Corpus Iuris Civilis* por el editor renacentista *Dionisius Godofredus*. Por consiguiente, debemos destacar de la escuela de los post-glosadores la invaluable actitud de los intérpretes, al reformular los textos normativos, a través de la idea de renovar al derecho, de rejuvenecerlo y atraerlo a las necesidades de su tiempo y espacio. El tiempo que transcurrió

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 105.

¹⁴¹ *Ibidem*. pp. 127-128

entre ambas escuelas de interpretación fue factor de su evolución y gran envergadura.

No fue, sino hasta 1841 que el jurista *Blondieu*, en virtud, de *L' autorité de la loi*, declaró categóricamente “las decisiones judiciales deben fundarse exclusivamente en la ley”. Este pensamiento crítico, rápidamente se arraigó, como el punto de partida que consideraba la voluntad del legislador, como la única fuente interpretativa, manifestada en los textos normativos, a través de la exegesis. La interpretación solo es posible mediante la exegesis normativa, ajena a toda voluntad exterior, usos no reconocidos, equidad, adagios y doctrinas. Tales elementos, son de carácter *extra normativos*, (aquí utilizamos el término que usa H.L.A Hart para referirse a los elementos extra-normativos)¹⁴², fuera del alcance del juez a la hora de resolver las controversias judiciales. Ciertamente, desde la promulgación del Código de Napoleón, se argumentaba sobre la riqueza de la legislación y la improbabilidad de encontrarse con casos no-previstos. En estos casos, cuando el material normativo es omiso u oscuro, deben resolverse mediante la *exegesis* al pensamiento del legislador. En palabras de Montesquieu, “el juez debe ser boca de la ley”¹⁴³. Por ello, según la escuela exegética, la interpretación no existe, sino, la aclaración de textos normativos mediante la búsqueda de la intención del legislador. En ello, encontramos una interpretación meramente gramatical cuando el texto normativo es lo suficientemente claro para utilizarlo en un caso concreto.

Cuando su lenguaje es claro no hay que interpretar, sino aplicar. Sin embargo, “cuando la expresión es oscura, habrá que extender la letra, completarla, controlarla o restringirla” mediante una interpretación lógica¹⁴⁴. Lógica en el sentido de buscar históricamente los motivos y causas que dieron origen a la expresión normativa en conflicto. Analizar la costumbre y época en que vivió el

¹⁴² Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad., Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s.a. pp. 247-261.

¹⁴³ Santaella López, Manuel, *Montesquieu: el legislador y el arte de legislar*, Ed. graf. ORTEGA, España, s.a. p. 77.

¹⁴⁴García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 56ª ed. Porrúa, México, 2004. pp. 333-334.

legislador para investigar cual pudo haber sido su voluntad. En este ejercicio, la escuela tradicional o exegética vio su acaecer, pues la legislación, como producto humano naturalmente superable, no pudo prever todos los casos posibles a ser aplicados gramaticalmente, a través, de un cúmulo de normas generales. Asimismo, la problemática que encierra la semántica del lenguaje. Es decir, que el significado de ciertos conceptos es atribuible a diversos casos. En este respecto, ¿cómo saber qué significado aplica para cada caso, si cada caso, tiene naturalezas distintas, hechos distintos, lugares distintos, tiempos distintos, diversos sujetos, etcétera? En fin, existen un sinnúmero de casos no previstos por el legislador. Esto es una obviedad si consideramos que la legislación es producto humano y, fácilmente, superable. Debemos destacar que la exegesis normativa del Código de Napoleón o *positivismo francés* – para Cueto Rúa- determinó un método interpretativo basado en dos aristas. La primera, considerando que el legislador había hablado al hacer la ley y, el Juez, debía atenerse a sus palabras; la segunda, respecto de buscar el significado de dichas palabras expresadas por el legislador mediante una búsqueda meramente gramatical¹⁴⁵.

Cueto Rúa, observa y detecta la problemática del método tradicionalista arguyendo que la exegesis, en sí misma, como método, es de corto alcance pues las palabras del lenguaje natural son ambiguas. Escribe: “basta leer un diccionario para comprenderlo”¹⁴⁶, además las palabras son vagas, aunque en cada de ellas se encuentre inmerso un núcleo de significación, están rodeadas de un halo de incertidumbre significativa. Por ejemplo, cuando decimos la palabra <<hombre>> existe un cierto significado al ser animado racional. ¿La mujer no es un ser animado racional?, ¿cabe llamarla hombre? De aquí se

¹⁴⁵ En este caso argumentamos, que, desde la perspectiva de la tesis de la escuela exegética, el legislador no pudo prever todos los casos posibles y atribuibles a la norma jurídica, por el fenómeno de la ambigüedad semántica que señalamos anteriormente. Principalmente por la problemática que encierra que la diversidad de significados que le son atribuibles a las palabras. Por ello, la escuela exegética se confrontó con decisiones jurídicas limitadas en su contexto de aplicación.

¹⁴⁶ Cueto Rúa, Julio, “La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación”, *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho. Actas del XVIII congreso mundial de la asociación internacional de filosofía jurídica y social*, Buenos Aires, núm. 21. vol. II, 1998. pp. 111-119.

observa, que la escuela exegética labró sus trabajos interpretativos, de acuerdo con la ideología que motivó a la Revolución Francesa, que, entre muchos acontecimientos, tenía como estandarte la manifestación del pueblo a través de sus representantes. Conocer al derecho era conocer la intención de sus representantes.

“No sé nada del Derecho Civil; sólo conozco el Código de Napoleón”. Esta afamada frase atribuida a un catedrático francés Bugnet y relevante a la escuela tradicionalista exegética, determina el arraigo tan fuerte que sostuvo el código napoleónico por la Europa occidental y aquellos estados o estaditos que habían quedado del *Reich* medieval. Baviera, Prusia y Austria son algunos ejemplos del alcance que tuvo la codificación napoleónica. Algunos otros estados que se encontraban circunvecinos al *Rin* carecían de codificación. Por ello, algunos alemanes -juristas- como Anton Friedrich Justus Thibaut y Carl F. Von Savigny consideraron que era momento de crear un solo instrumento jurídico moderno y unificado para toda Alemania. Como es comúnmente sabido, en la filosofía del derecho, el pensamiento jurídico de Thibaut estaba en una idea abstracta e *ius* filosófica del derecho. Mientras que, en Savigny, el derecho debía concebirse desde la profundidad del análisis de sus conceptos fundamentales; debía ser, en este sentido, concreto e histórico¹⁴⁷. Dicho de otro modo, investigado desde la dogmática de su terminología.

Los pensadores alemanes habían observado que las prácticas napoleónicas habían dejado escapar el análisis jurídico del *ius preceptae* de los conceptos del derecho romano y, de alguna forma, el derecho se había estancado, acorazado en un número limitado de códigos. Savigny fue propulsor de la definición de los conceptos fundamentales del derecho (i.e. supuesto y hecho jurídico, derecho de acción, derecho real y personal, derecho subjetivo, sanción, obligación, etcétera) que necesitaba la codificación de Prusia, a través, de un modelo de investigación histórico-jurídico hasta la gran legislación de 1896. Según subraya Guillermo Margadant, la pandectística alemana propulsó la

¹⁴⁷ Margadant, Guillermo, *Op. cit.*, nota. 134. pp. 325-327.

interpretación del derecho a partir del principio de la coherencia que existe dentro de un mismo sistema normativo. Dice que “luego de perfilar el estilo dogmático e histórico de Von Savigny; Bernard Windscheid (quien fue discípulo de Savigny) ya se perfilaba una actitud dogmática, que auto limitándose, restringe la curiosidad histórica con el fin de poder interpretar el *Corpus Iuris* como un solo conjunto monolítico, armonizando a fuerza sus múltiples elementos”¹⁴⁸ llamados “*Pandektenharmonistik*”. De ello, observamos que la consideración analítica de los pandectistas alemanes y, que está basada en el principio de la coherencia de los elementos normativos, es poco sostenible desde la concepción histórica de dichos elementos, pues como ya hemos advertido anteriormente, los rasgos históricos que son considerados por el intérprete en la búsqueda de la voluntad del legislador corresponderían a un ambiente cultural y social propio del tiempo de su creación legislativa y, de cierto modo, estos elementos pudieran corresponder a otras influencias y sistemas normativos. Por lo que su consideración histórica representaría acarrear significaciones imprácticas en el quehacer jurídico presente. Lo que sí debemos destacar y firmemente, es el aporte de la escuela alemana sobre el trabajo bien profundo sobre la definición de los conceptos fundamentales del derecho alemán. Con ello, la escuela alemana creó identidad a los términos jurídicos que hacen al derecho ser derecho y distinguirse de otras ciencias y materiales no normativos. Ello significaría conceder significado permanente a ciertas propiedades que le son esenciales a los conceptos fundamentales del derecho, si y sólo si, éstas le son coherentes al significado atribuido por la profundidad de su análisis y su aplicación práctica.

Este ejercicio dogmático, reconoce como jurídicos a aquellos materiales que son traídos a la vida jurídica por el legislador, que son interpretados como un todo coherente, siempre normativo, ubicado en el mismo concierto de preceptos. Por otro lado, es sostenible que la jurisprudencia analítica como corriente *ius* positivista no encontró cómo resolver los innumerables problemas prácticos en

¹⁴⁸ *Ibidem*. pp. 334-336.

el derecho que, con el paso del tiempo y las generaciones, no ha sido posible alcanzar a definir por su mero análisis dogmático y conceptual¹⁴⁹.

François Geny, jurista de origen francés, sobresaliente crítico del método exegético francés y del histórico alemán, basó sus trabajos jurídicos en la tesis tradicionalista en determinar que la finalidad de la interpretación se encuentra en buscar la voluntad del legislador¹⁵⁰. En este respecto –Geny– afirma lo siguiente: “Interpretar la ley equivale simplemente en investigar el contenido de la voluntad legislativa, con el auxilio de la fórmula que expresa”¹⁵¹. La tesis de Geny, en este respecto, describe dos momentos claves en el ejercicio interpretativo. Un primer momento, en que el intérprete debe allegarse de ciertos elementos históricos con el propósito de descubrir o clarificar la voluntad del legislador. Esta investigación debe corresponder a un diagnóstico descriptivo de dicha voluntad legislativa. Llevar a cabo un ejercicio interpretativo que diste de clarificar la voluntad del legislador convertiría a esa interpretación en una convicción privada del intérprete. Ello supone, –según Geny– rectificar o dirigir esa voluntad¹⁵². Geny, de la misma manera que la Escuela Tradicional, observa la existencia de casos no previstos por el legislador. Los que no pudo prever en su labor legislativa. Por ello, argumenta que “cuando el caso no ha sido previsto, entonces se trata de colmar una laguna, no de interpretar la ley”¹⁵³.

Categorícamente afirma que considerar las circunstancias dominantes en el momento de la aplicación de la ley traería consigo una falsificación legislativa, pues el intérprete dejaría de interpretar por un trabajo sustancialmente

¹⁴⁹ Sobre el aporte de la escuela histórica alemana, argumentamos como de gran valor el aporte analítico de los preceptos fundamentales del derecho. Esta posición supone una identidad jurídica rigurosa y posiblemente fuera de todo material extra-normativo. Sin embargo, su distinción y definición conceptual no pudo abarcar la adecuación de sus preceptos a todos los posibles casos en el derecho. Por cuanto a esto, el derecho no puede ser definido únicamente como una serie de preceptos fundamentales bien estructurados e identificados jurídicamente.

¹⁵⁰ Geny, Francisco, *Métodos de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, Comares, Granada, 2000, pp. 1-534.

¹⁵¹ *Ibidem.* p. 265.

¹⁵² *Ídem.*

¹⁵³ *Ídem.*

modificatorio. La interpretación debe basarse en la fórmula legislativa. La que el legislador pudo y quiso formular; con la obviedad que significa que el legislador, en su capacidad natural, no pudo haber considerado todos los casos posibles. Sin embargo, cuando el caso es fecundo con la norma jurídica, entonces el intérprete debe aplicar lógicamente esa disposición haciendo una lectura de las expresiones ahí establecidas por el legislador. Ello distingue la concepción interpretativa de la escuela tradicionalista, que afirmaba que la interpretación de textos legales podía considerarse desde dos métodos opuestos. El gramatical y el lógico, respectivamente. Geny, evoluciona en dicho postulado afirmando que al interpretar mediante la fórmula legal del legislador es el ejercicio interpretativo eficaz para desenmascarar dicha fórmula y que el método usado es gramatical y lógico a la vez, pues la voluntad del legislador quedó establecida en el texto normativo y a cierto universo de casos¹⁵⁴ (Alchourrón y Bulygin). En este sentido, García Máynez establece que dentro del derecho existen y convergen entre sí una variedad de disposiciones normativas y escribe “de aquí que el sentido de un texto dependa muchas veces de la significación y alcance de otros varios, con los que se relaciona y complementa”¹⁵⁵.

Entonces, si el intérprete se encuentra frente a varios materiales normativos que son relevantes al caso, su interpretación tiene como segundo objetivo integrar esas disposiciones normativas coherentemente. Aquí debemos clarificar que si los textos legales son en parte, o en todo, aplicables al caso concreto. Entonces el no considerar alguno de esos materiales jurídicos, de alguna manera, el intérprete estaría desvirtuando la voluntad del legislador, respecto de la finalidad de la norma. Es decir, la *ratio legis*, el fin propio de la ley. La escuela teleológica propone que para encontrar la verdadera voluntad del legislador hay que remontarse a descubrir la índole de los elementos que determinaron la expresión normativa de esa voluntad. Dichos elementos, pudieran encontrarse en elucidar la finalidad perseguida por el legislador; como

¹⁵⁴ Sobre el concepto de “universo de casos”, véase Alchourrón Carlos, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, DOXA: Cuadernos de filosofía jurídica. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2000. pp. 50-58.

¹⁵⁵ García Máynez, Eduardo, *Op. cit.*, nota. 144. p. 341.

las causas sociales, económicas, técnicas que fueron tomadas en cuenta para la creación de la ley. Asimismo, -según Geny- hay que considerar el *ocassio legis*, la concepción dominante en el espíritu de sus redactores. Cabe argumentar que Geny propone en su tesis interpretativa que para descubrir o revelar el *ocassio legis* del legislador pretérito, es necesario hacerlo a través de elementos valorativos y de carácter axiológico. Luego, indirectamente, los elementos valorativos del *ocassio legis* son material jurídico por descubrir por el intérprete. Los elementos valorativos por considerar por el intérprete, juegan un papel importantísimo en el ejercicio interpretativo puesto que influyen en la determinación de los principios y cánones que el legislador, en su tiempo y proceso creativo, tuvo presentes para estructurar y construir la *ratio legis*. Argüimos que los principios que dieron apertura a la *ratio legis* de la ley no se encuentran visibles a primera vista. Es decir, el intérprete deberá optar por utilizar la técnica más idónea y, tal vez, artística, que le permita revelar dichos principios con el propósito de saber, si aquellos principios admitidos por el legislador le sirven para direccionar la aplicación de los textos normativos que son objeto de su interpretación, tarea nada sencilla, si se nos permite dudar que la influencia de los principios admitidos por el legislador original fueron atribuidos por él -como principios- a ciertas necesidades sociales, culturales y políticas en cierta época de la historia y de acuerdo al cumplimiento riguroso de cierto sistema normativo. Todos los trabajos encaminados a descifrar la fórmula legal que expreso el legislador, son permitidos, siempre y cuando su desciframiento no se traduzca en sustituir a la voluntad del legislador por una más o menos arbitraria. García Máynez es enfático en este punto, afirmando que dicha arbitrariedad interpretativa no pudiera determinar en qué habría querido decir el legislador y que no dijo o se le olvidó decir. Sin embargo, si es posible preconizar dicha afirmación mediante el argumento que sostiene Windscheid. Sintetizando dicha tesis, “la búsqueda de la voluntad del legislador que racionalmente quiso expresar, pero que no pudo expresar puede llegar a expresarse, si y solo si, se utiliza otro método interpretativo que integre la libre investigación científica”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Considerando la tesis propuesta por Francisco Geny y los aportes de Eduardo García

No fue sino hasta 1840 que se inició con la tendencia de la Escuela del Derecho Libre que se basó, principalmente, en repudiar dos grandes corrientes. Según Hans Reichel, la primera de ellas sobre la plenitud hermética del derecho. La segunda, sobre la sumisión incondicional del juez a los textos legales. Específicamente, la tendencia crítica de los partidarios de la escuela del derecho libre tiene una estructura tripartita. i) repudia la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley, ii) la afirmación de que el juez debe realizar, precisamente por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora, iii) tesis de que la función del juzgador ha de aproximarse cada vez más a la actividad legislativa.

Desde ese entonces y hasta veinte años después, aparecieron los científicos llamados “*los precursores*” como parte del inicio del movimiento. Luego, un segundo periodo conocido como la “organización de las ideas” terminando en 1906; para luego terminar con el periodo de la “fijación de las ideas y las conclusiones” hasta el año de 1914. Es así como surgieron juristas de la escuela del derecho libre como Stobbe, Dernburg, Radbruch, Stenberg, entre otros, que argumentaron que en el caso de que exista insuficiencia para resolver una cuestión jurídica, el intérprete tiene el derecho y el deber, de consultar la naturaleza de las cosas. Asimismo, en que toda solución jurídica depende esencialmente del sentimiento que se tenga del derecho por sus intérpretes. Es el caso de afirmar que las fuentes formales son insuficientes para resolver las controversias y múltiples situaciones jurídicas. Por este fenómeno es que el juez debe y tiene que actuar de manera independiente; allegándose en el estudio de los hechos y de la lógica de acuerdo con su tiempo y necesidad social. Estos dos factores son imperativos para lograr los objetivos

Máynez sobre el alcance y definición de la *ratio legis*, argumentamos que si bien es cierto el legislador considero principios al crear los materiales jurídicos, ellos no son perceptibles *a priori*. Esto no significa, por supuesto, que no se encuentren inmersos en los textos jurídicos. Su revelación se hará a través del ejercicio interpretativo más idóneo según el objeto a interpretar. Es considerable señalar que dichos principios al ser revelados pueden confrontarse con una realidad social, política y cultural completamente distinta a la de su inmersión en el texto legal.

del derecho. Aquí citamos el famoso libro *La Lucha por la Ciencia del Derecho* de Kantorowicz que sabiamente dice “El juez tiene la consigna de decir el derecho, de descubrirlo, descifrarlo, revelarlo a los individuos. Pero su labor no termina allí, tiene otra la labor, una creativa y, en esta labor creadora, su última finalidad debe ser la realización de la justicia. La verdadera ciencia jurídica es antirracionalista y antidogmática. Le repugnan la analogía, la interpretación extensiva, las ficciones, los pretendidos razonamientos basados en el espíritu de la ley, los sistemas generales que solo valen por la individualidad de su autor, y la deducción, que rechaza, en el ámbito de la ciencia del derecho, las correcciones que acepta en de la ciencia natural”¹⁵⁷. Sin lugar a duda, la escuela del derecho libre pone a prueba los viejos adagios jurídicos, las practicas obsoletas y los pensamientos arcaicos que solo retrasan el desarrollo normal y virtuoso que debe presuponer la ciencia jurídica. Pone de manifiesto la labor del juez como el partidario y el estandarte artístico del derecho. Que, por virtud de su trabajo, el derecho debe purificarse y perfeccionarse. El derecho, en este posicionamiento no debe contemplarse más como un arquetipo que reduce la inclusión e integración de otras ciencias para su desarrollo y entendimiento pleno. Radbruch, sabiamente subraya “La tarea interpretativa no está irremisiblemente ligada al momento de la publicación, sino que debe hacerse en relación con las exigencias, siempre nuevas y cambiantes, de cada época histórica”¹⁵⁸. “El intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor, es más, tiene que ser más inteligente que su autor.”¹⁵⁹.

1.12 Consideraciones finales de capítulo

En este capítulo analizamos los rasgos, elementos y evolución de la interpretación. Interpretar, en el sentido más amplio del vocablo, es dotar, descubrir o integrar el sentido de algo. La interpretación es comunicación entre

¹⁵⁷ García Máynez, *Op.cit.*, nota 144.

¹⁵⁸ *Ídem.*

¹⁵⁹ *Ídem.*

personas y objetos mediante un lenguaje que comparten comúnmente. En este ejercicio el intérprete es un instrumento de comunicación de un lenguaje que otros entienden o pueden entender. La problemática que encierra la interpretación es determinar el sentido del propósito o finalidad del enunciado a interpretarse, pues el propósito de un fenómeno es un elemento indispensable para dotarlo de verdad. El propósito es una propiedad del objeto a significar. Interpretar es ciencia si las proposiciones o criterios que se establezcan pueden pasar la prueba de la verificabilidad. Por tanto, la interpretación más eficiente es la que cumple, en la mejor medida posible, con los criterios de racionalidad. Desde el plano de lo jurídico los enunciados pueden llegar a ser mal interpretados por el jurista. Entonces, si el error es posible en la interpretación es viable la idea de una interpretación correcta para que en esencia no se pierda la noción de la racionalidad en la interpretación. La actividad del intérprete requiere de reflexión y audacia, la interpretación ha de reflexionarse desde el sujeto y del conocimiento que pueda aprehenderse desde el objeto a interpretarse. La fenomenología, la historia, las artes y la ciencia son evidencia que sostiene la idea de que la interpretación es una tradición. Estamos de acuerdo con Dworkin: interpretamos porque otros han interpretado, porque cuando interpretamos nos convertimos en críticos de esa obra, por supuesto, si es que el intérprete está en busca de la verdad, si el intérprete está en busca del propósito o finalidad como el artista busca crear la obra perfecta que tenga un propósito que todos entiendan. Los mitos son modelos históricos que nos muestran la evolución de la interpretación como actividad colectiva y el valor atribuido a cada historia para que pudiera ser contada. Tanto en las normas jurídicas y en los mitos existen acontecimientos de fuerza que a pesar de los cambios históricos o sociales mantienen intacta su estructura de valor. El estado psicológico del intérprete influye en el ejercicio interpretativo si consideramos que el hombre, por lo general, determina significados a través de símbolos que en algunos casos desconoce o pretende conocer; el conocimiento de símbolo que sea descubierto por el intérprete va a determinar en el valor y asociación atribuidos a su interpretación. Los casos difíciles son producto de la problemática que encierra la interpretación de enunciados normativos. Como

tesis especial, consideramos que la problemática más relevante de la interpretación jurídica es la ambigüedad semántica del lenguaje, la cual está relacionada no con el texto mismo sino con las personas, sucesos y objetos a los que está ligado el contexto jurídico. A mi parecer, esta es la fuente de los llamados casos difíciles. En todos los casos hay personas, sucesos y objetos, es decir, el intérprete debe ser racional porque hay personas que participan del caso. Por su parte, el caso está construido por sucesos históricos que el intérprete tiene que contextualizar en la norma jurídica a esos sucesos pasados (tradición). En resumen, hay una verdad en la interpretación si el intérprete puede contextualizar a la norma jurídica con los sucesos, personas y objetos, entre menor sea la ambigüedad semántica el caso jurídico será menos difícil. Finalmente, nos resta decir que la evolución de las escuelas de la interpretación muestra que la interpretación de enunciados normativos desde la sintáctica es insuficiente para el derecho. La evolución desde la exegesis normativa hasta la integración en la interpretación sostiene la idea de los problemas que hemos venido diciendo, pone de manifiesto la necesidad de mejores interpretaciones y, ¿por qué no?, de interpretaciones artísticas.

En el siguiente capítulo vamos a tratar la noción de los principios como categorías de valor con el objetivo de determinar si los principios pueden disminuir la noción de un caso difícil. Si los principios son material normativo y como utilizarlos en los casos difíciles.

CAPÍTULO II

SOBRE LOS PRINCIPIOS

Preguntas de Investigación:

¿Cuál ha sido el rol de los principios en el derecho? ¿Qué son los principios?

¿Los principios son políticas sociales? ¿Cómo pueden usarse los principios?

¿Los principios tienen peso? ¿Existe jerarquía entre los principios?

Hipótesis General: Los principios sirven para explicitar reglas jurídicas y sus excepciones. Para disminuir la indeterminación jurídica de proposiciones normativas.

“El juez que rehúse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.”¹⁶⁰

2.1 Preámbulo

Uno de los parámetros con los que se mide la eficiencia del derecho en cuanto a los resultados que produce es, sin lugar a duda, la fundabilidad o infundabilidad *in iudicando*¹⁶¹ de la resolución judicial de los casos concretos. En las resoluciones judiciales se pone a prueba al operador jurídico respecto al uso que manifieste de los hechos y del derecho. En este sentido, los principios jurídicos se utilizan con frecuencia por las cortes judiciales con la noción de utilizarlos como parte de la fundabilidad jurídica de las controversias. Sin embargo, el que se le dé un uso más o menos arbitrario a los principios por parte de los jueces no determina cuál es su uso *correcto* (nótese por el lector

¹⁶⁰ Legifrance, *Código Civil*, Paris, Francia, 21 de marzo de 1804, art. 4.

¹⁶¹ Barquín Álvarez, Manuel, *Los recursos y la organización judicial en materia civil*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, Serie G. Estudios Doctrinales, núm. 15, pp. 46-50., véase también, De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 32 ed. México, Ed. Porrúa, 2003, p. 271.

que inferimos como positivo el uso correcto que se dé a los principios en cuanto a que su uso se encuentra libre de defectos y fallas conforme a las reglas de su aplicación. Y como uso *incorrecto* inferimos su aplicación desacertada). Es por ello que en la actualidad existen debates filosóficos y teórico-prácticos sobre el uso y alcance de los principios jurídicos en la *praxis* judicial.

En el presente capítulo habremos de analizar las principales teorías y pronunciamientos acerca del concepto, uso y alcance de los principios en el derecho desde la perspectiva de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Paolo Comanducci, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Aleksander Peczenik, por mencionar algunos. Esto con el firme propósito de conocer y proponer una idea sobre el *rol* que juegan los principios en la resolución *in iudicando* de los casos judiciales, y si dicho argumento ayuda a sostener otra idea aún más profunda: ¿Existe una única respuesta correcta para cada caso jurídico?

2.2 Los principios: una cuestión persistente.

Principio, del latín *principium*; que significa “el primer instante del ser de algo”. La razón fundamental sobre la cual se procede a dar origen a algo¹⁶². Según la definición de la Real Academia de la Lengua Española descubrimos que el significado de un principio “es la razón que ocurre con el propósito de alindar algo que es confuso”. En palabras de Aleksander Peczenik “cada principio puede ser una razón *prima-facie* para la acción”¹⁶³. Una de las cuestiones persistente en el derecho y en la reflexión de la filosofía jurídica es la idea relativa a los llamados principios jurídicos. La persistencia de este debate que dio inicio a partir del siglo XIX estriba en determinar cuál es el enfoque o alcance conceptual que deba atribuirse a los principios en la ciencia jurídica, sobre todo, en la aplicación del derecho objetivo. En este sentido, el debate de

¹⁶² Sobre la definición de “PRINCIPIO”, véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Real Academia Española, 23ª edición, 2015, <http://www.rae.es>, consulta de 20 de julio de 2015.

¹⁶³ Peczenik, Alexander, “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Edición Digital a partir de DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 12 (1992), pp. 327-331.

los principios se ha incrementado considerablemente en las últimas cuatro décadas¹⁶⁴. Valga decirse que este debate no es nuevo; de principios ya se hablaba al respecto en diversas legislaciones como en el caso del código civil austriaco de 1811, el código civil italiano de 1865, el español de 1889, el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya. Por otra parte, en trabajos sobre dogmática jurídica y en trabajos de tipo jurisprudencial también se estudia el uso de los principios jurídicos como fundamento de la obligación jurídica. Cabe subrayar que los principios se conocieron como *jurídicos* un poco antes del Código de Napoleón de 1804. Destacamos el trabajo que realizó Kant sobre los principios metafísicos del derecho en 1873¹⁶⁵. Estos casos legislativos, doctrinarios y judiciales son prueba fidedigna de la persistencia *ius filosófica* e histórica de los principios en el derecho. Es menester recordar que Aristóteles ya hablaba sobre principios (i.e. identidad, de no-contradicción y del tercero excluido)¹⁶⁶.

La idea que intentamos argumentar cuando decimos que los principios jurídicos son cuestiones persistentes del derecho, es con la intención de denotar que si bien es cierto existen cuestiones persistentes en el derecho, también existen otras cuestiones *menos persistentes*, por así decirlo. En este orden de ideas, mi argumento se sostiene en la concepción de que las cuestiones persistentes en el derecho (i.e. los principios jurídicos) son aquellos problemas o debates que se han mantenido dominantes en los trabajos filosóficos del derecho (i.e. el problema del concepto del derecho, la relación o separación entre derecho y moral). Argumentamos que existen cuestiones que son menos persistentes en el derecho cuando existe una aceptación y un reconocimiento entre filósofos y doctrinarios (i.e. el concepto de persona, obligación, por ejemplo), lo cual permite que haya suma de partidarios y pérdida de detractores. La *dogmática jurídica* es símbolo de las cuestiones

¹⁶⁴ Moreso, Juan José, “Cuestiones persistentes y microteorías”, *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, 1989, pp. 5-17.

¹⁶⁵ Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos del Derecho*, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, trad. G. Lizárraga, 1873, pp. 6-40.

¹⁶⁶ Aristóteles, *Metafísica*, trad. Tomas Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1994, pp. 69-579.

menos persistentes en el derecho¹⁶⁷. Esto nos lleva a considerar que la persistencia del debate *ius filosófico* de los principios jurídicos se debe a la complejidad para demostrar empíricamente el *uso* que debe atribuírseles en la aplicación del derecho¹⁶⁸. Con ello, proponemos la tesis de que los principios por ser cuestiones persistentes tienden a *explicitar* el derecho en su sentido más genérico y que tienden a ser *normativos* en su sentido más estricto¹⁶⁹. Cabe aclarar que cuando afirmamos menos persistente no queremos demeritar importancia, o bien, no tratamos de acaecer su valor, sea el que fuere que tuviera; lo que queremos demostrar es que la disminución de persistencia tiene lugar con la falta de reconocimiento conceptual o pragmático por parte de sus detractores.

Los *regulae iuris*, nominados así por los antiguos juristas romanos quienes intentaban dar una explicación del derecho, precisamente por provenir del derecho y no para regular al derecho¹⁷⁰. Para ilustrar mejor esta idea veamos el siguiente adagio romano, “*El que puede lo más, puede lo menos*”. A mi juicio, el adagio pretende dar una explicación de la capacidad jurídica que pudiere tener una persona frente a otra, o de ésta frente a una cosa (i.e. derecho personal o derecho real). El enunciado lingüístico del adagio propone – *a priori*– una explicación relacionada al *poder*, pues es evidente que no prescribe razón para alguna acción¹⁷¹. En este respecto, el código civil federal mexicano en su artículo 772 establece la regla siguiente: “Son bienes de propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente y, de las que no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley”¹⁷². Si utilizamos el principio *regulae iuris* antes dicho, el mismo puede ser usado para explicitar el enunciado normativo del artículo 772,

¹⁶⁷ Moreso, Juan, *Op. cit.*, nota 164, pp. 9-10.

¹⁶⁸ *Ídem*.

¹⁶⁹ Sobre las cuestiones persistentes y menos persistentes en el derecho, véase Moreso, Juan José, *Cuestiones persistentes y microteorías*, pp. 5-17.

¹⁷⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003, pp. 111-128.

¹⁷¹ Sobre las normas jurídicas como razones para la acción, véase Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford University Press, 1988., pp. 23-35.

¹⁷² Congreso de la Unión, Código Civil Federal, México, Distrito Federal, 24 de diciembre de 2013, art. 772.

pues explicita que quien tiene la propiedad del bien o el derecho sobre la cosa puede disponer sobre el bien y/o sobre el derecho que tiene sobre la cosa como lícitamente le convenga pues le pertenece el *ius dominium* prescrito en la codificación. En cambio, aquel que no tiene el dominio de la cosa o del derecho sobre la cosa (i.e. la posesión, tenencia, consignación, uso, goce), porque ese dominio o derecho le pertenezca a otro o al estado, no podría disponer de dicho bien o derecho sino en virtud del consentimiento del propietario o de la ley. Es decir, de aquellos a quienes les pertenezca el "*ius dominum*". Por tanto, el principio "el que puede lo más, puede lo menos" da una explicación de la regla jurídica del estado de *poder* que guarda el propietario de una cosa frente al *poder* que guarda el tenedor, consignatario o posesionario de la misma cosa. Esta idea permite ilustrar que los principios en sentido *lato* sirven para explicitar reglas jurídicas. El modelo propuesto nos lleva a presuponer que existe una distinción lógica, por lo menos en sentido amplio, entre principios y reglas jurídicas en tanto que el adagio describe el sentido de poder sobre una cosa y la regla determina las condiciones para obtener dicho poder (i.e. dominio, consentimiento o autorización). Sin embargo, esto nos parece insuficiente para demostrar que el sentido explicativo que tiene un principio distingue al sentido explicativo que puede tener una regla jurídica al explicar la conducta que debe observarse y las consecuencias de su incumplimiento. Por tanto, intentaremos fortalecer esta idea en los siguientes párrafos.

Continuando con mi argumento de la naturaleza explicativa de los principios encontramos en Kant la siguiente afirmación. "...como la razón humana considerada en sí, es esencialmente una, no puede suceder que haya más que una filosofía; es decir, que no haya más que un sistema racional posible según principios"¹⁷³, encontramos en la idea de Kant que los principios jurídicos al ser elementos fundacionales del sistema normativo, es decir, de un sistema racional, están interrelacionados a dicho sistema según la naturaleza jurídica de los mismos principios. En otras palabras, existe una relación única e intrínseca entre los principios jurídicos y el derecho que se traduce en que los

¹⁷³ Kant, Immanuel, *Op.cit.* nota, 165, p. 8.

principios y el sistema normativo del cual se originan; están unidos por un sentido de pertenencia en cuanto a que ambos son jurídicos. Kant parece afirmar la idea de que a pesar de que haya una frecuente oposición y diversidad entre principios y el sistema racional del cual son perpetrados, no podría concebirse la idea de que un nuevo sistema racional excluya a todos los demás. En este sentido afirma “así el moralista dice con razón; no hay más que una virtud, no hay más que una moral, es decir, un solo sistema que reúna en un solo principio todos los deberes morales”¹⁷⁴. Con ello decimos que existe un segundo elemento natural en los principios y es que los principios, por ser jurídicos, están relacionados directamente y son *dependientes* de su sistema de origen, es decir, el derecho. Por tanto, su orientación será siempre jurídica. Mi argumento se basa en sostener que los principios por ser dependientes del sistema racional que les dio origen (i.e. el derecho como conjunto normativo coercible) les reconoce la materialidad normativa en cuanto a que explicitan las razones jurídicas que dieron origen a dicho sistema normativo. Kant, por su parte, hace una distinción muy particular al respecto cuando afirma “estas leyes de la libertad se llaman morales...cuando no se refieren más que a acciones externas y a su legitimidad se les llama jurídicas. Pero, si además exigen que las leyes mismas sean los principios determinantes de la acción, entonces se llaman éticas en la acepción más propia de la palabra...”. Lo que nos interesa analizar de la afirmación de Kant es sostener el argumento de que los principios pueden llegar a determinar acciones jurídicas si se les concibe como *materiales jurídicas*. Sin embargo, esto no es suficiente para demostrar que, en efecto, pueden determinar acciones. Por ello, hemos de construir una tesis que demuestre en qué casos y condiciones los principios pueden integrarse a las reglas jurídicas para determinar acciones. Si usamos la idea integradora de Kant intuimos que a falta de conocer la acción externa tipificada como jurídica habría que acudir a los principios; o que la misma acción externa (suponemos que por su complejidad u oscuridad) pueda complementarse con base a los principios que determinaron su acción *prima-facie*.

¹⁷⁴ *Idem*.

Para cerrar, consideramos que Kant ofrece una visión del uso de los principios a través del ejercicio de la libertad jurídica que otorgan las leyes, pues afirma que “el ejercicio de la libertad que ofrecen las leyes jurídicas no puede ser otra que aquella libertad conocida por la práctica de esas libertades”¹⁷⁵. A mi juicio, Kant establece que las leyes jurídicas establecen libertades o voliciones que se manifiestan en virtud de su exterioridad; con esto queremos decir que la libertad jurídica sí puede materializarse como acción normativa en cuanto se vea reflejada en la aplicación empírica de la ley. Entonces, argüimos que el uso de los principios como material jurídico explicita en su sentido más estricto la aplicación de las libertades jurídicas o no-libertades jurídicas establecidas por las leyes.

Nos parece correcto afirmar que podemos determinar el resultado negativo de la acción tipificada por la ley cuando dicho resultado vaya en contra no solo de la acción imputable, sino de los principios que le son dependientes para su acción. Luego entonces, los principios tienden a explicar en un grado superior la determinación normativa si se considera que el resultado del ejercicio de la libertad jurídica o no-jurídica establecida por la ley en la acción externa vaya en contra del o de los principios que le determinan su sentido genérico o estricto, según sea el caso. (Puede parecer que este argumento carezca de rigor en cuanto que no hemos analizado su determinación en cierto universo de casos y condiciones, sin embargo, consideramos que aporta elementos para construir una tesis principialista *a priori*. Más adelante, intentaremos fortalecer este constructo principialista desde la perspectiva fecunda del profesor Dworkin.

2.1 La distinción necesaria entre principios y reglas

Con el firme propósito de sostener la credibilidad del argumento que hemos venido construyendo sobre la naturaleza de los principios y de la relación dependiente de principios y reglas jurídicas, consideramos también importante

¹⁷⁵ *Ibidem*. pp. 16-17.

tratar la idea de la distinción necesaria entre reglas jurídicas y principios. En este apartado analizamos a profundidad los trabajos realizados por el filósofo Ronald Dworkin desde la perspectiva de su obra *The Model of Rules*, pues en dicho trabajo escrito en 1967¹⁷⁶, Dworkin elabora una tesis que aborda la temática de la distinción lógica de reglas jurídicas y principios a partir de una crítica al positivismo del profesor H.L.A. Hart¹⁷⁷ (cuando nos referimos al positivismo de Hart queremos decir *su modelo de reglas*). Cabe subrayar que el trabajo de Dworkin pertenece a otra obra más profunda y completa; *Taking Rights Seriously*. Es importante mencionarlo porque la obra es de los trabajos con más influencia entre los juristas contemporáneos en materia de principios. Atribuyéndole que en las últimas décadas ha servido como bastión en los debates sobre las cuestiones persistentes en la teoría jurídica contemporánea¹⁷⁸.

En orden de ideas, debemos dejar en claro que la intención de este apartado no es solo fortalecer la idea de la distinción entre reglas y principios auspiciada por Dworkin. Si logramos tener éxito, también habremos de conocer qué tipo de *alcance normativo* poseen los principios respecto de las reglas. En principio, argumentamos que dicha idea no se desarrolla en las obras que hemos mencionado de Dworkin, o por lo menos no directamente. Asimismo, proponemos argumentar sobre la base de otra idea tratada por Dworkin. La consideración de los principios (ya distinguidos de las reglas jurídicas) como fuentes de obligación jurídica.

En este sentido, Dworkin sugiere lo siguiente: “...los nominalistas...creen que cuando hablamos de derecho nos referimos a una serie de normas intemporales almacenadas en un depósito en espera de que los jueces las descubran y, que cuando hablamos de obligación jurídica pensamos en las cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven esas normas misteriosas...está claro

¹⁷⁶ Dworkin, Ronald, *The Model of Rules*, Estados Unidos de Norte America, *Yale Law School Faculty Scholarship Papers*, 1967, pp. 14-46.

¹⁷⁷ *Ibidem*. pp. 17-29.

¹⁷⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 2da ed., trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989, p. 63.

que la mayoría de los abogados no piensan en nada semejante cuando hablan de derecho y obligación jurídica. Con un examen superficial de nuestras prácticas basta para demostrarlo”¹⁷⁹. Es de especial atención anotar que Dworkin se sostiene en la idea de que conceptos como obligación y norma jurídica son categorías que no necesitan ser descubiertas por los jueces cuando no existan como imperativos; sino que se debe analizar profundamente a nuestras prácticas y que en ellas podemos encontrar los elementos que se manifiesten categóricamente. Consideramos que Dworkin pretende decir que el juez debe hacer uso de las mejores prácticas a su alcance y que de su mejor uso está la respuesta a las interrogantes jurídicas que puedan aparecer en el futuro. En este sentido, estamos de acuerdo con la idea dworkiana de la necesidad de justificar al derecho en sus mejores prácticas.

Dworkin propone un argumento cogente basado en un ataque al modelo de reglas del positivismo de Hart; pues considera que, aunque el sistema de reglas es sofisticado en cuanto a su estructura (aquí Dworkin señala que el modelo de reglas de Hart no es otro que el de Austin, pero de un modo más sofisticado)¹⁸⁰, dicho modelo no contempla el uso de estándares como los principios y políticas. Para Dworkin es un problema que se trate la idea de un modelo de reglas jurídicas sin considerar a los principios y políticas, especialmente para aquellos casos jurídicos en los que es difícil o problemático conferir derechos o atribuir obligaciones. Dworkin reconoce que el sistema de reglas del positivismo sí contempla “de alguna manera” la solución de los llamados casos difíciles diciendo que el modelo positivista de Hart confiere a los jueces la capacidad de resolver dichos casos problemáticos a través del ejercicio de la discreción judicial.

En este sentido, Dworkin plantea que el modelo de reglas del positivismo es partidario del uso de *estándares* que son independientes de las reglas jurídicas, pero que dichos *estándares* no son reconocidos en dicho sistema de reglas

¹⁷⁹ *Ibidem.* pp. 63-64.

¹⁸⁰ Dworkin, *Op.cit.* nota 177, pp. 19-20.

como fuentes de obligación jurídica (i.e. los principios)¹⁸¹. Esto nos parece un argumento fuerte porque encontramos en Dworkin que el modelo de reglas jurídicas de Hart acepta *tácitamente* el uso de estándares para resolver aquellos casos problemáticos o difíciles mediante la discreción. Y en virtud de ello no se distingue si en el ejercicio de la discreción *deben* utilizarse estándares como los principios y si se utilizan, *cómo* es la forma de utilizarlos.

El argumento que encontramos para sostener la idea de Dworkin estriba en demostrar que existe un conflicto en la *ambigüedad* del ejercicio discrecional del juez, y otro sobre la factibilidad de que el juez al hacer *discreción* pueda individualizar el uso de principios. Dworkin distingue claramente reglas jurídicas de principios cuando afirma “la diferencia entre reglas jurídicas y principios es una distinción lógica”¹⁸². Con esta afirmación presupone que tanto reglas jurídicas como principios están referenciados hacia la obligación jurídica en ciertos casos, pero que son diferentes en cuanto a su enfoque. Es decir, las reglas jurídicas funcionan con la fórmula del todo o nada, pues *a priori* funcionan a través de la imputabilidad de las hipótesis normativas con los hechos dados. Si sucede esto, entonces la regla jurídica es válida para el caso y podría aportar una solución (cuando decimos regla válida entendemos aquella regla jurídica que es pertinente al caso en concreto, la cual se distingue de la regla jurídica vigente; la que en tiempo y forma *pertenece* a un sistema normativo “*x*” pero que no es pertinente a cierto caso)¹⁸³. Por el contrario, si los hechos dados no son imputables en todo a la hipótesis normativa, entonces la regla jurídica no es válida y no aportará solución al caso singular. Por ejemplo: la hipótesis normativa de “*P*”, incluye cinco elementos de validez (cuando decimos elementos de validez nos referimos a elementos *directos* y a los *indirectos*. Estos últimos, los conocemos como las excepciones a la regla jurídica) en dicha hipótesis – elementos conocidos como *universo de*

¹⁸¹ Sobre el uso de estándares independientes a las reglas jurídicas del positivismo, véase *supra nota*. 177, pp. 22-29.

¹⁸² Dworkin, *Op.cit.*, nota 177, p. 25.

¹⁸³ *Vid.*, *supra nota* 165, pp. 107-108.

propiedades para Alchurrón y Bulygin¹⁸⁴-, los cuales podemos identificar como (P1), (P2), (P3), (P4) y (P5). Luego, decimos que los elementos de validez de “P” conforman la hipótesis normativa de la regla jurídica de “P”; y que al imputar los hechos dados con los elementos de “P”, en la fórmula todo o nada, cada elemento de “P” *debe ser* imputable a los hechos dados –conocidos también como *universo de casos*¹⁸⁵-. Por tanto, en caso de que no pueda ser imputable (P1), (P2), (P3), (P4) o (P5) a los hechos dados, la regla jurídica de “P” no sería una regla válida a ese caso.

En consecuencia, Dworkin establece que, en caso de no encontrar una regla jurídica del todo o nada, habría que hacer uso de principios en *strictu sensu* con el propósito de encuadrar los hechos dados con aquellos elementos de imputabilidad que hayan *fallado* en la regla “P”. Por otra parte, la distinción lógica que menciona Dworkin se encuentra en el esqueleto de la regla jurídica, en tanto que la regla jurídica tiene que cumplir con un criterio de validez mientras que los principios tienen la *orientación*¹⁸⁶ de explicitar, si es necesario, el sentido de la regla jurídica. Por consiguiente, las reglas jurídicas tienen la funcionalidad de determinar consecuencias legales, si las condiciones de imputabilidad se dan¹⁸⁷. Por el contrario, los principios no presuponen condiciones de imputabilidad en ningún caso, aun en cuanto pudiera parecer que *sintácticamente* sí lo hacen. La realidad es que los principios no reúnen estas características de imputabilidad. Por ello, sería absurdo considerar que las reglas jurídicas como reglas jurídicas válidas con o sin excepciones no se distinguen de los principios.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, no puede considerarse un sistema filosófico que no sea semejante en cuanto a los principios que lo formaron. Esto es así porque la naturaleza de su creación ha presupuesto las condiciones de

¹⁸⁴ Alchurrón Carlos y Bulygin Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias sociales*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, pp. 50-57.

¹⁸⁵ *Ídem*.

¹⁸⁶ Sobre la orientación de los principios, véase *supra nota* 18, pp. 74-75.

¹⁸⁷ Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002., pp. 31-34.

su determinación empírica. Con ello, podemos semejar reglas y principios si afirmamos que tienen como elemento común, la juridicidad¹⁸⁸. Es innegable que, si un principio logra explicitar una regla jurídica como hemos argumentado, ese principio es jurídico en cuanto a que explica contenidos de tipo jurídico. También es innegable que las reglas jurídicas pueden tener excepciones – *elementos indirectos de validez*-. En este respecto, Dworkin señala lo siguiente, “la regla puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma”¹⁸⁹. Lo que inferimos del argumento de Dworkin es que en caso de que haya reglas jurídicas con excepciones no es necesario tratar a dichas excepciones como lagunas o vacíos como para argumentar que la regla no es válida por el solo hecho de tenerlas, habría que enumerarlas como *elementos indirectos* de la regla, pero como elementos parte de la regla jurídica. Al construir este esquema podría determinarse si la regla jurídica es válida para los hechos dados o no, siguiendo la fórmula del todo o nada y en su caso aplicar principios.

Mi argumento es que los principios *deben* utilizarse cuando el operador jurídico realiza la imputabilidad de los hechos empíricos con la hipótesis normativa de la regla jurídica, con excepciones o sin ellas y encuentre que alguno de esos elementos indirectos no fuere posible encuadrarlos con los hechos dados. Ahora bien, este esquema principialista no es exhaustivo en cuanto a su aplicación, el operador jurídico puede hacer uso de principios antes de encontrar algún rompimiento en la relación de imputación, porque los principios sirven desde su sentido más genérico para explicitar reglas jurídicas. Por ello, en casos de reglas jurídicas con excepciones, los principios juegan dos roles frente a este tipo de reglas. i) En sentido genérico, cuando explicitan el origen de la determinación de la regla jurídica (con esto nos referimos a su hipótesis

¹⁸⁸ Sobre la juridicidad de los principios, véase *supra* nota 179, pp. 76-77.

¹⁸⁹ Dworkin Ronald, *Op. cit.*, nota 177, pp. 25-26.

normativa, motivo y fin). ii) en sentido estricto en cuanto puedan ser utilizados para determinar obligaciones jurídicas.

Hasta ahora, argumentamos en favor de la *orientación* divergente que tienen los principios frente a las reglas jurídicas. Coincidimos con Dworkin en que la *orientación* de las reglas jurídicas es de tipo riguroso, en el sentido de que su estructura normativa está diseñada para imputar un cúmulo finito de obligaciones o atribuir derechos. ¿Pero qué sucede con la orientación de los principios? ¿Deben tratarse con el mismo rigor que el de las reglas jurídicas? Dworkin hace referencia al principio que dice que “nadie puede beneficiarse de su propio delito”, y señala al respecto que dicho principio no determina que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete y que muchas veces la gente se beneficia lícitamente de las injusticias que comente¹⁹⁰.

La figura jurídica de la prescripción funciona como fórmula para hacerse de derechos o para perder obligaciones con el mero transcurso del tiempo, siempre y cuando, se cumplan las condiciones legales para cualquiera de ambos efectos¹⁹¹. Siguiendo este asunto, un hombre puede librarse del pago de deudas en virtud de la prescripción o de hacerse de un predio ajeno, por mencionar algunos casos. Notamos que Dworkin pretende argumentar que la orientación de los principios no determina las condiciones necesarias para su aplicación, sino que enuncian un razonamiento que pudiera discurrir en una sola dirección, pero que no exige aplicabilidad en un caso concreto¹⁹². Mi argumento es que el principio de nadie puede beneficiarse de su propio delito, se refiere a que ningún hombre pueda obtener algún tipo de beneficio, en cualquier sentido, si ha cometido algún delito que presuponga la obtención de ese beneficio.

¹⁹⁰ Dworkin Ronald, *Op. cit.*, nota 177, pp. 29-31.

¹⁹¹ Código Civil Federal, *Op.cit.*, nota 173., art., 1135.

¹⁹² Dworkin Ronald, *Op. cit.*, nota 177, pp. 25-26.

El caso de la prescripción –positiva o negativa- no es un delito *per se*, por tanto, es inadecuado considerar que sea injusto apropiarse de bienes o librarse de deudas. La regla jurídica de la prescripción *valida* los supuestos de la prescripción en tanto se colmen los elementos directos e indirectos establecidos por la hipótesis normativa. Lo advertido, no delimita de ninguna manera que el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito sea llamado principio, pues el que no aplique para un caso en concreto, es decir, que no prevalezca para el caso, no es razón suficiente para decir que deja de ser principio o que sea incompleto. Si el que pretende librarse del pago una deuda comete el delito de fraude, entonces el principio debe prevalecer para no permitir que opere la prescripción en esa deuda. De la misma manera, si un hombre pretende adquirir un predio ajeno y para conseguirlo asesina al dueño, entonces el principio prevalece para determinar que la regla jurídica de la prescripción es inoperante a esos hechos. Esto es cierto, pues no existe una excepción a la regla de la prescripción que determine que, si el dueño del predio fuera asesinado por el que pretende la prescripción, ésta deba suspenderse o interrumpirse¹⁹³.

Robert Alexy en su obra *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*¹⁹⁴ propone que tanto reglas como principios deben tratarse como normas. En este sentido, apoya la tesis de Dworkin sobre la distinción necesaria de reglas jurídicas y principios cuando afirma la existencia de una distinción *cualitativa* y de *grado*. La tesis de Alexy se encuentra sostenida en la idea de que los principios son, en forma, clase de las normas. En este sentido, de grado, en cuanto a su generalidad, los principios tienen un nivel genérico más *elevado* que las reglas. Con ello queremos decir que las reglas jurídicas en cuanto a su nivel de *grado* poseen uno menos elevado que el de los principios. Alexy argumenta que la separación de *grado* entre reglas y principios desde el matiz que las diferencia por *grado* es la tesis débil de los principios. Por otro lado,

¹⁹³ Congreso de la Unión, *Op. cit.*, nota 173, arts. 1135-1150.

¹⁹⁴ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 139-151.

dice que la tesis fuerte de la distinción entre reglas y principios es de tipo *cualitativo*¹⁹⁵. Tesis principialista que habremos de desarrollar en adelante.

Alexy sostiene según lo que dice que es la tesis *débil* de los principios, en cuanto a que son mandatos de *optimización*, pues mejoran posibilidades fácticas y posibilidades jurídicas. En este respecto dice: “los principios, como mandatos de optimización se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”¹⁹⁶. Observamos que Alexy distingue cualitativamente a los principios de las reglas cuando dice “el campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario”¹⁹⁷. Respecto de las reglas jurídicas Alexy propone que son de *cumplimiento pleno* pues las reglas establecen determinaciones jurídicas y exigen en esa medida que sean cumplidas. Dice que, al contener determinaciones, las reglas jurídicas mandan a cumplirlas, ni más ni menos. En este sentido, Alexy determina que tanto reglas como principios son normativos en tanto que ambos son posibilidades jurídicas para un caso. Sin embargo, determina que la posibilidad jurídica como principio juega en sentido contrario a la posibilidad jurídica de la regla, en cuanto a que el principio puede utilizarse en diversos sentidos para un mismo caso; pero siempre deberá utilizársele de la mejor manera posible. Por contra, la regla jurídica es determinante a un único universo de posibilidades fácticas y jurídicas, entonces sería absurdo utilizársele de la mejor manera posible. Alexy concluye su idea diciendo “si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”¹⁹⁸. Dicho de otra forma, argumentamos que la mejor manera posible a la que se refiere Alexy tiene que ver con que los principios al poseer un grado de indeterminación mayor que las reglas jurídicas

¹⁹⁵ *Ibidem*. pp. 140-141.

¹⁹⁶ *Ibidem*. p. 143.

¹⁹⁷ *Ídem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*. p. 144.

pueden ser utilizados en varios casos, por lo que su exigencia de aplicación es menos determinante que la medida establecida para la regla jurídica en cuestión.

Alexy amplía su argumento para distinguir reglas y principios sobre la idea de determinar el *alcance* de elementos facticos y jurídicos. Por lo que mi argumento sobre la postura de Alexy respecto de la distinción entre reglas y principios, por así decirlo, es *positivo*. Es positivo porque sostenemos que, desde su punto de vista *material*, los principios poseen un grado más elevado de generalidad que las reglas jurídicas, es decir, ese rasgo de generalidad las distingue cualitativamente. De ello se manifiesta otro rasgo distintivo, pero ahora formal. Si consideramos que los principios como clase de normas presuponen un grado menos elevado de determinación jurídica que las reglas jurídicas, en tanto, que la regla jurídica se aplica a un universo finito de posibilidades jurídicas y fácticas determinadas al margen del cumplimiento de su obligación. Con los principios no funciona así, como ya hemos argumentado los principios carecen del *mandato imperativo* y es por esta razón es que el grado de determinación jurídica y fáctica es más elevado que el que poseen las reglas jurídicas. Sin más, consideramos que la *tesis débil* de la separación de los principios y las reglas jurídicas se establece mediante la siguiente propuesta:

En cuanto a la forma, tanto reglas como principios son de naturaleza jurídica y su uso (ya sea en la mejor medida posible o para explicitar reglas jurídicas) está condicionado a producir consecuencias jurídicas. En cuanto al fondo, los principios son *elementos de eficiencia* porque su uso está supeditado a la optimización; pues el mandato de optimización puede utilizarse en un grado más elevado y de mayor cualidad a otros principios y con relación a diferentes reglas jurídicas. Esta afirmación nos parece relevante pues detentamos que si los principios en cuanto al fondo son *elementos de eficiencia* estaríamos apoyando la tesis dworkiana sobre la *juricidad* de los principios y que precisamente ese carácter les coloca en la solución de los llamados casos difíciles. Habremos más

delante de fijar una postura sobre como determinar peso jurídico a los principios.

Existe otra idea de notable relevancia sobre la tesis de la separación entre reglas y principios, pero contrapuesta a lo que hemos venido presentado. La tesis *avalorativa* de que los principios se distinguen de las reglas jurídicas en virtud de su interpretación y aplicación. Paolo Comanducci parte de la idea comúnmente aceptada de tratar a los principios como clase de normas. Por tanto, afirma, habría que establecer una definición *per genus et differentiam*. Definir primero el genus (las normas) y luego la diferencia de los principios con las reglas jurídicas¹⁹⁹. Para lograr esta definición conceptual Comanducci aclara que es necesario indagar y clarificar la terminología de tales definiciones. Parecería contradictorio obtener una simple definición léxica de los términos, pues ello conduciría a un sinfín de usos y confusiones. El problema estriba – según Comanducci- en saber si debemos definir reglas y principios como enunciados lingüísticos no interpretados o como resultado o producto de la interpretación²⁰⁰. En este orden de ideas, nos parece oportuno indicar que Comanducci afirma que puede haber significados distintos entre reglas y principios si se les distingue antes de ser interpretados y después de ser interpretados, pues de la interpretación de los principios pudiera concebirse su uso como reglas jurídicas y de las reglas jurídicas interpretadas pudieran abstraerse principios.

Consideramos que la idea de Comanducci marcha en el sentido de que puede haber principios *prima-facie* carentes de materialidad jurídica, pero que al ser interpretados y aplicados pueden llegar a ser considerados reglas jurídicas y que de la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas se manifiestan principios. En este sentido, Comanducci determina en las siguientes etapas el

¹⁹⁹ Comanducci, Paolo “Principios jurídicos e indeterminación del derecho” Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social* (Buenos Aires, 1977), núm. 21, vol. II (1998), p. 90.

²⁰⁰ *Ibidem*. p. 91.

proceso de interpretación conceptual de reglas y principios, proceso que sintetizamos de la siguiente manera:

- i) Primero se identifica el enunciado lingüístico,
- ii) Luego se identifica el carácter normativo – prescriptivo- de ese enunciado,
- iii) Luego se identifica como principio o regla.
- iv) Luego se identifica el sentido previamente atribuido mediante la identificación de las reinterpretaciones sucesivas del principio o regla en relación con otras reglas y/o principios del mismo sistema²⁰¹.

Podemos observar que el autor intenta establecer una “*metodología*” para distinguir a las reglas jurídicas de los principios mediante un proceso interpretativo. En este sentido, establece la necesidad de identificar *pragmáticamente* a las reglas frente a los principios mediante su elemento *prescriptivo*. Si hemos entendido bien, las reglas a diferencia de los principios se diferencian porque unas son prescriptivas y las otras no. En las primeras dos etapas inferimos claramente el carácter lingüístico del enunciado normativo y, en consecuencia, el carácter pragmático. Comanducci aclara que la tercera etapa es contingente, pues requiere determinar a la norma como principio o como regla. Lo ilustro con la siguiente interrogante. ¿Todas las normas expresan reglas, y sino las expresan, entonces expresan principios? El autor advierte de la dificultad de distinguir por *nomen iuris* a los principios como principios y a las reglas jurídicas como tales, pues es bien conocido que el legislador ha dicho de algunos supuestos principios que en realidad no lo son y que ha dicho de algunas reglas que expresan principios sin que el legislador los haya dicho explícitamente. Se concluye argumentando que la distinción entre normas como reglas y principios se encuentra en la interpretación unas y otros. Es decir, los enunciados lingüísticos como normas se identifican pragmáticamente. En cambio, los principios y reglas requieren de ser configurados a través de la interpretación de dichos enunciados.

²⁰¹ *Ídem.*

Mi argumento sobre la tesis separatista de Comanducci es el aporte que realiza de gran valor sobre la necesidad de interpretar a las normas como el *genus* con el propósito de identificar si pertenecen a la clase de principios o reglas. Nos parece relevante la idea de que podemos conocer una regla jurídica y un principio si es que previamente han sido interpretados de un mismo sistema. No por su nombre o porque se les digan reglas o principios, sino porque han resultado de un ejercicio interpretativo de identificación. Consideramos que si bien es cierto pudiera existir confusión sobre la cualidad de un enunciado como principio o como regla, el *nomen iuris* si refleja una orientación a dicho enunciado, es decir, si el legislador dijo que es un principio, de forma es un principio y si dijo que es una regla entonces lo es. Comanducci sólo hace referencia a que el nombre no es condición necesaria, ni suficiente para identificar un principio lo que nos parece inadecuado. Suponemos sin conceder que el autor restó importancia a cualquier elemento de valor en la distinción de reglas y principios. Y es aquí donde pudiera perder fuerza este postulado según lo que hemos investigado al momento.

Debe ser considerado que los principios son principios, no porque así se les llame, sino porque en forma no prescriben conductas en sentido estricto o si las prescriben son incoercibles. En cambio, las reglas jurídicas en forma prescriben conductas inminentemente coercibles. Por lo que, la *tesis débil de separación* está inmersa en la determinación y vaguedad de grado que hay entre ambos conceptos. Interpretados o no.

Finalmente, resulta sensato analizar la distinción entre reglas y principios que propone Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en su obra “Sobre principios y reglas”²⁰². En esta distinción, a mi parecer un tanto sofisticada, los citados autores, proyectan dos enfoques de análisis para explicitar dicha distinción. El primero, el *enfoque estructural* en cuanto a que las reglas (como clase de normas) están diseñadas como correlaciones entre casos genéricos y soluciones (o calificaciones normativas a determinadas conductas). El enfoque *funcional* se determina de acuerdo con el papel o función que desempeñan en el

²⁰² Atienza Manuel, Ruiz Manero Juan, *Op. cit.* nota 165, pp. 106-113.

razonamiento práctico de sus destinatarios²⁰³. Dicho de otra manera, el enfoque funcional se reduce a razones para la acción – Joseph Raz -. Según Atienza y Ruiz Manero, la fórmula para lograr la distinción entre reglas y principios se encuentra en la perspectiva o la tonalidad en que se considere a las normas.

En primer término, es menester señalar que los autores realizan una clasificación de los diversos sentidos o acepciones del término principio jurídico y/o principio general del derecho (i.e., principio en el sentido de norma muy general, en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos, en el sentido de norma programática o directriz, en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, en el sentido de norma especialmente importante, en el sentido de norma de elevada jerarquía, en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y en el sentido de *regula iuris*). De dicha clasificación los autores consideran que los diversos sentidos que se atribuyen a los principios, todos aquellos se reunirían en una nueva clasificación tripartita²⁰⁴.

En primer lugar, los principios en sentido estricto o como directrices expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico. Tal grado de superioridad abarcaría a los principios como normas muy generales, o de las normas redactadas en términos particularmente vagos, las normas de especial importancia y las de normas de elevada jerarquía. En segundo lugar, los principios en el contexto de guiar la conducta de los súbditos en cuanto a las conductas que no están al alcance de poderes normativos y principios en el contexto de guiar el ejercicio de poderes normativos. En último lugar, los principios que se encuentran formulados expresamente en los ordenamientos y aquellos que se encuentran implícitos en el ordenamiento jurídico²⁰⁵.

²⁰³ *Ibidem.* pp. 107-108.

²⁰⁴ *Ídem.*

²⁰⁵ *Ídem.*

Definida la tipología de principios, se advierte una premisa general de distinción frente a las reglas. Ella es, que las reglas *–estructuralmente–* son correlaciones en un esquema condicional, es decir, para cada caso genérico habría una solución normativa²⁰⁶. En este contexto, ¿existiría el mismo esquema condicional en los principios?; según los citados autores, los principios sí pueden lograr una correlación condicional (caso-solución) en su *sentido estricto*²⁰⁷ mediante una correlación condicional de tipo “abierta”. Mientras que en las reglas la configuración *–previamente aceptada–* es de tipo cerrado²⁰⁸. Los autores argumentan que el grado de indeterminación de los principios frente a las reglas es “radical” y, por tanto, no sería posible lograr una correlación condicional *–como la que hemos explicado–* de manera cerrada. En el enfoque estructural de las reglas, el grado de indeterminación jurídica es menor que en los principios, ya que el universo de propiedades para cada caso genérico estaría determinado para un universo *–cerrado–* de soluciones normativas, por así decirlo.

Observamos que Atienza y Ruiz Manero logran, atinadamente, distinguir reglas de principios como clases de normas. Por tanto, su definición *principialista* (la que nos atrevemos a considerar como teoría) es ya una aserción interpretada como jurídica. Presupone que los principios son material jurídico al igual que las reglas, pero con diferentes estructuras y funciones. Es de llamar la atención la disposición de los autores de semejar reglas y principios a través de la configuración de los principios *–en sentido estricto–* al estatus deóntico de las normas. Los autores proponen que los principios pueden permitir, prohibir y ordenar, pero de forma “abierta”. Esto nos parece algo inadecuado si consideramos que la percepción generalizada de norma jurídica es aquella en la que existen una serie de propiedades jurídico-fácticas a ser configuradas *–imputadas–* a ciertas conductas. En otras palabras, la postura de los principios en forma abierta se contrapone con la idea de que las reglas deben cumplirse

²⁰⁶ Alchourrón Carlos, Bulygin Eugenio, *Op. cit.* nota 185, pp. 77-80.

²⁰⁷ Sobre el sentido estricto de los principios, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero los definen como normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma de vida).

²⁰⁸ *Vid., Supra* nota 226.

sin más si se dan las condiciones de su aplicación normativa. A mi parecer, los principios no funcionan como reglas “abiertas” precisamente porque si aceptamos la idea de que el grado de indeterminación jurídica es mayor que el de las reglas, aun y en su sentido más estricto. En el mejor de los casos, los principios desde la perspectiva de cualquier sentido se distinguen de las reglas por la falta de soluciones normativas.

Luego, los autores intentan remitir el análisis de la distinción de reglas y principios a dicho estatus deóntico pues, en “sentido estricto o programático”, los principios configuran las propiedades de un caso genérico con una solución de forma abierta. Tal argumento nos parece incorrecto, a nuestra consideración, los principios no pueden remitirse (o por lo menos en la forma abierta que se propone) para atribuir alguna obligación o derecho. Ciertamente, la indeterminación jurídica “radical” que hace mención el autor es la razón que imposibilita a los principios ser parte del *estatus deóntico* de las reglas jurídicas. Lo que sí nos parece correcto, es el enfoque estructural de las normas, pues dicho enfoque es lo que permite configurar al caso con la solución normativa. No en el sentido de que por ello sea de forma cerrada porque en los principios si lo sea. Mi argumento se resume en que los principios no configuran casos, sino que explicitan y, en el mejor de los casos, integran valor a los enunciados normativos establecidos cada caso. Por supuesto, el éxito dependería de la mejor interpretación que se logre obtener de dichos enunciados normativos.

Sobre el enfoque funcional, los autores establecen que las normas pueden entenderse desde el papel o funcionamiento que cumplen en el razonamiento práctico. Precisamente desde la perspectiva de Joseph Raz, pues se sabe que las normas ahí son vistas como razones para la acción. Los principios son vistos como pautas dirigidas a las autoridades normativas u órganos jurisdiccionales quienes por el derecho tienen el poder normativo para resolver autoritariamente las controversias y el deber de hacerlo jurídicamente. En este sentido, las reglas jurídicas de mandato son conocidas como *razones*

perentorias que, a su vez, se subdividen en razones de primer orden y de segundo orden. En el caso de las primeras, el juez está obligado a dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla jurídica. En las segundas, el deber de excluir o suprimir cualquier argumento en pro o en contra que sea independiente al contenido de la regla en cuestión. Lo que significa que el operador del órgano jurisdiccional debe eliminar cualquier elemento juicioso que no pertenezca a las condiciones de la regla. Dicho de otra forma, el operador responde a un deber de obediencia normativa. Ello formaliza un razonamiento para la acción.

En este sentido, los principios según Atienza y Ruiz Manero son razones para la acción pues están destinadas a formar parte de la deliberación del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución. Pero no son perentorias porque no son piezas de exclusión en la deliberación del órgano jurisdiccional. Por tanto, desde el *enfoque funcional* los principios funcionan como razones para la acción porque a efecto de excluirlos o incluirlos, según sea el caso, de los razonamientos jurisdiccionales, operan en él a través de la adecuación de reglas jurídicas²⁰⁹.

2.4 Principios y políticas

Ciertamente, se ha tratado la idea de los principios desde el análisis conceptual de su separación de las reglas jurídicas con la intención de obtener la suficiente información que nos permita identificar cuál es el rol que desempeñarían en la resolución de los casos difíciles en el derecho. Ahora bien, dentro del esquema de los principios parece haber una distinción importante que merece la pena analizar en este trabajo con el propósito de fijar una postura respecto a la funcionalidad de dicho argumento en la tesis principialista que queremos

²⁰⁹ Sobre principios y reglas como razones para la acción, véase Atienza y Ruiz Manero, *Op. cit.*, nota 165, pp. 110-113.

lograr. Específicamente, Dworkin se refiere a una idea bidimensional entre principios y directrices políticas²¹⁰.

En primer lugar, Dworkin hace una distinción conceptual entre principio y directriz política cuando dice, “*principio*...a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad...*directriz política*; al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político y social de la comunidad”²¹¹. En este contexto, Dworkin distingue principios y directrices políticas de acuerdo con un elemento de tipo *finalista*. Asegura que los principios sólo podrán llamárseles como tales si cumplen un mandato, por así decirlo, de justicia o equidad (nótese que el autor hace mención que los términos de justicia y equidad son dimensiones de la moralidad). Luego en el caso de las directrices el elemento finalista se traduce en que la directriz política ha de conseguir un objetivo deseable en la sociedad. Más adelante, el mismo autor refiere que la distinción pudiera *desmoronarse* si se encuentra que los principios enuncian objetivos sociales²¹², o, si se encuentra que una directriz enuncia como “valioso” (en este caso, un objetivo deseable) el uso de un principio.

Mi argumento sobre la distinción de principios y directrices políticas desde la perspectiva de Dworkin es que el autor al tratar de construir un ataque al modelo de reglas de Hart basado en la problemática que resulta de la falta de reglas de aplicación en los llamados *casos difíciles* denota, por un lado, la existencia de los principios y directrices políticas. Por el otro lado, que los principios tienen un objetivo más normativo que las directrices políticas. Dicho esto, las directrices políticas son principios en cuanto establecen objetivos deseables de índole económico, político y social mientras que los principios –en

²¹⁰ Dworkin, Ronald, *Op. cit.* nota 179, pp. 72-74.

²¹¹ *Ídem.*

²¹² Sobre la distinción entre principios y directrices políticas, véase Dworkin Ronald, *Op. cit.* nota 179, pp. 72-74.

sentido estricto- son mandatos de justicia y/o equidad. Ambos términos son en un grado superior principios porque son distintos a las normas. Ello establece un conjunto de parámetros para identificar aquellas proposiciones que puedan ser enunciadas como principios en cualquiera de sus formas. No podemos dejar atrás la idea de que los principios, en sentido estricto, fueron creados con el propósito de conseguir un objetivo político, económico y social deseable, lo que nos permite argumentar que los principios, en su sentido más genérico, sí contienen objetivos deseables para la comunidad, pero no todas las directrices políticas enuncian lo “valioso” de los principios en su sentido estricto. Por ejemplo, cuando escuchamos la frase “haz ejercicio 30 minutos al día” es una directriz política en tanto que la proposición busca disminuir los índices de obesidad en el país. Mientras que cuando escuchamos la frase “la ignorancia de la ley no excusa”, es un principio en tanto que el enunciado busca el cumplimiento irrestricto de la ley aun a pesar del desconocimiento de algunos sobre ésta.

2.5 El uso de los principios

Según hemos observado los principios se distinguen de las reglas jurídicas desde la noción de su *naturaleza, forma y funcionalidad*. Si esto es cierto, los principios coexisten en el derecho con las normas jurídicas y tanto unos como las otras son instrumentos jurídicos para la resolución de casos. En este sentido, los principios son estándares que juegan cuando las reglas jurídicas no están, o cuando están vagamente, o cuando los hechos son de tal grado de complejidad que no hay una regla jurídica clara a ser subsumida al caso.

Ahora bien, dicho argumento nos proyecta a la idea de encontrar qué *fórmula* debe utilizarse en el uso de los principios por los jueces y juristas. Dworkin propone que el análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del papel de los principios en la fundamentación de juicios que determinen

derechos y obligaciones²¹³. Por ello, hace referencia a dos constructos filosóficos que facilitan el camino para encontrar la respuesta a esta interrogante. En primer lugar, los principios pueden ser tratados como normas jurídicas y, por ende, los jueces tendrían el deber de usarlos para declarar la existencia de obligaciones o determinar ciertos derechos. En segundo lugar, el negar que los principios sean obligatorios como lo son las reglas jurídicas. Que, en ciertos casos, como los difíciles, el juez puede ir más allá de las normas en búsqueda de principios extrajurídicos si así lo desea²¹⁴.

En este sentido, la fórmula para encontrar cuál es el mejor esquema de uso de los principios –según Dworkin– está relacionado con el concepto que determinemos a la norma jurídica (si como norma jurídica entendemos aquella directriz que se establece un sujeto a realizar una conducta, por así decirlo, para mejorar su vida). Ello, en el sentido más genérico de la idea significaría que el sujeto se ha determinado realizar una conducta determinada. Sin embargo, no significa que dicha determinación signifique una obligación *per se*. Dworkin lo resume de la siguiente manera “aceptar una norma como obligatoria es diferente de tomar como norma o costumbre hacer algo”²¹⁵. En este sentido, una persona puede establecerse como norma el dormirse a las diez de la noche, ello significaría que el sujeto se ha establecido cumplir con la conducta establecida, sin embargo, ello no significa que el no dormirse a las diez de la noche trajera consigo el incumplimiento de una obligación ni en el mejor de los casos que haya aceptado como “obligación” dormirse a las diez de la noche. Lo anterior, a mi modo de ver, presupone dos formas de describir el concepto de obligación jurídica: La obligación que se establece por una norma jurídica independientemente de la aceptación como obligación por parte del sujeto y la obligación que se establece un sujeto por una cuestión de práctica. En el primer enfoque (como sostiene Dworkin) los principios son vinculantes a manera de normas jurídicas y el juez que no los use estaría haciendo algo indebido; mientras que en el segundo enfoque los principios se utilizarían de la

²¹³ *Ibidem*. pp. 80-83.

²¹⁴ *Ídem*.

²¹⁵ *Ídem*.

manera que la mayoría de los jueces los hayan utilizado más allá de las reglas jurídicas que tengan a su alcance²¹⁶.

Nuestra observación al respecto es que cuando los jueces deban determinar obligaciones o derechos tienen la encomienda de encontrar vinculación entre el principio y la regla jurídica desde la perspectiva del cumplimiento de la obligación por parte del sujeto. Si lo logran, los principios *serían* en parte normas jurídicas, pues se mantendría intacto el cumplimiento del deber establecido por la regla jurídica. En consecuencia, el juez habría *judicializado* derechos y obligaciones. Por el contrario, en caso de no lograrlo, los principios toman relevancia en el caso según se hayan manifestado por otros jueces en otros casos en el pasado. Una de las cuestiones que es menester dejar en claro es la *forma* en que deben utilizarse los principios (en cualquiera de los dos enfoques propuestos por Dworkin). Es por muchos sabido que existe una diferencia lingüística entre los textos normativos y las reglas jurídicas (metalenguaje y lenguaje-objeto). Mientras que el texto normativo proporciona información sobre la regla jurídica, dicha información no es la regla propiamente. Por tanto, valdría la pena considerar si el uso de los principios recae sobre los textos normativos, sobre las reglas jurídicas o en ambas variantes. Mark Van Hoecke en su obra “El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales” señala que los principios deben *sincronizarse* con las reglas jurídicas; así como se busca que exista sincronía entre textos legales y reglas jurídicas, debe existir *compatibilidad* entre los principios jurídicos básicos (aquellos que son el fundamento de las concepciones jurídicas, las ramas del derecho o del sistema jurídico)²¹⁷ y las reglas jurídicas. Pero ¿cómo se logra la sincronía entre textos normativos y reglas utilizando los principios? Nos parece atinado intentar responder a esta interrogante proponiendo un esquema sincrónico desde la perspectiva utilitarista de los principios. Para ello nos apoyaremos en las ideas de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero quienes afirman “los principios sirven, por un lado, como justificación de reglas., pero,

²¹⁶ *Ídem.*

²¹⁷ Hoecke, Mark Van, “El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales”, Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 19 (1996), pp.421-433.

por otro lado, los principios cumplen también la función de regulación de la conducta, especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar normas existentes a la resolución de casos concretos”²¹⁸.

Consideramos que la idea que proponemos sobre la *sincronía* entre reglas jurídicas (cabe aclarar que cuando nos referimos al concepto reglas jurídicas nos estamos refiriendo a la regla y su texto legal en su comunión) y principios que proyectamos en Van Hoecke, sirve para apoyar el uso principialista que observamos en Dworkin. Se observa que Atienza y Ruiz Manero establecen las pautas para lograr la *sincronía* que buscamos de la siguiente manera: Los principios, como justificación de reglas jurídicas, pueden utilizarse, si y sólo si, existe un *equilibrio* entre la proposición normativa que dicte el principio y el uso de la regla jurídica al caso concreto. En consecuencia, los principios pueden utilizarse para regular conductas que estén establecidas en los textos normativos. Por supuesto, que esto sucedería –según Atienza y Ruiz Manero– cuando no existan reglas específicas aplicables, cuando éstas presenten problemas de indeterminación en su formulación, o cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con los principios que las justifican o con otros principios del sistema²¹⁹. Entonces, mi argumento sobre el sistema sincrónico que proponemos es el siguiente:

El uso de los principios está previsto mediante una *bifurcación*. En el primer cauce, los principios pueden utilizarse en ausencia de reglas jurídicas para regular conductas generando normas *ex post facto*. De esta manera, los principios justifican la “ausencia” de reglas jurídicas al caso concreto. En el segundo cauce, los principios son vinculantes con ciertas reglas jurídicas existentes, en caso de indeterminación jurídica o cuando dichas reglas existentes entren en conflicto con los principios jurídicos que las justifican. Por tanto, el uso de principios es una práctica u obligación, como se quiera ver,

²¹⁸ Atienza Manuel, Ruiz Manero Juan, *Op. cit.* nota 165, pp. 106-108.

²¹⁹ *Vid.*, *supra* nota 235.

necesaria para la aplicación del derecho objetivo a los casos genéricos y *más* aún en los casos difíciles.

2.6 El peso en los principios

Tenemos la idea incesante de decir que cuando toca hablar sobre el peso “de algo”, es tratar el análisis de dos conceptos; el *contenido* y la *fuerza*. Por la física se conoce que los cuerpos tienden a caer a la tierra debido a una fuerza que los atrae llamada gravedad. Ello significa que entre más *contenido* posea un cuerpo, mayor será la *fuerza* con la que será atraído a la tierra, es decir, su peso es el factor que determina su fuerza. Basta con arrojar un trozo de papel al aire al mismo tiempo que un lápiz para comprobar dicho fenómeno.

Si este fenómeno es inherente a los cuerpos físicos, ¿cómo entonces se lograría determinar el peso de un *principio jurídico* cuando éste no posee un cuerpo; precisamente, con la idea de conocer su fuerza? Con las reglas jurídicas, por ejemplo, (que tampoco poseen un cuerpo físico) sabemos cómo determinar su contenido y fuerza si consideramos que podemos clasificarlas según su jerarquía, espacio, tiempo, materia, sistema, etcétera.²²⁰ De esta manera, dichos *puntos de vista* (si se nos permite pronunciarles así) se encuentran ordenados coherentemente porque responden a estándares prácticos y sistémicos. Si esto es verdad y si es sostenible decir que los principios son una clase de normas; entonces es prudente proponer la factibilidad de determinar su *contenido* y *fuerza* de manera *semejante* a la de las normas jurídicas. La idea de la *semejanza* a la que nos referimos respondería, en principio, a la “materialidad jurídica”, de los principios. Es una obviedad, y algo absurdo, intentar determinar el contenido y fuerza de los principios de la misma forma que a las reglas jurídicas, por la sencilla razón de que ambos conceptos son normas de clase distinta. En este orden de ideas, analizamos los trabajos más relevantes sobre el llamado peso en los principios jurídicos con la intención de

²²⁰ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, 56^a ed. Porrúa, 2004, pp. 78-94.

sugerir un constructo filosófico que oriente las piezas que expliciten el peso en los principios, proyectando la idea de la *semejanza* que hemos propuesto.

Dworkin, es el precursor de la idea del “peso” en los principios cuando afirma lo siguiente: “los principios tienen una *dimensión* que falta en las normas; la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación), quien debe resolver el conflicto *tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno*”²²¹. Según se observa, el autor intenta demostrar que las reglas jurídicas no pueden dimensionarse a través de importancia o de peso. No se pierda de vista que Dworkin se ha pronunciado sobre estas ideas en base a un ataque directo al modelo de reglas del positivismo del profesor H.L.A Hart que, entre muchas ideas, no considera estándares como los principios y directrices políticas, precisamente porque las reglas jurídicas deben cumplirse por el solo hecho de ser normas; la consideración de su importancia o peso no soslaya su obligatoriedad o validez. En otras palabras, si existe una regla jurídica aplicable a un caso genérico, ésta debe aplicarse sin más (Alexy), eso no está en discusión. Ahora bien, respecto a la noción de la importancia o peso de los principios de Dworkin creemos que dicha idea va relacionada con un *juicio de valor*. Más adelante profundizaremos en esta cuestión. Ahora bien, Dworkin aclara dos aspectos relevantes sobre el peso de los principios y lo que podría concebirse como “peso” en las reglas jurídicas.

En primer lugar, afirma que la sola idea de *ponderar* (precisamente en la idea de la ponderación es que creemos que la tarea de la noción del peso en los principios tiene que ver con un juicio de valor) dos principios es tarea compleja y controversial, pues no existe una medida exacta para lograr dicho propósito ya que el solo hecho de intentar dimensionar el concepto de los principios es naturalmente ambiguo. En el segundo enfoque, Dworkin deja en claro que las normas jurídicas pueden dimensionarse por su *importancia* si consideramos

²²¹ Dworkin Ronald, *Op. cit.*, nota 177, pp. 26-29.

que hay normas jurídicas que son más importantes que otras, según el sistema al que pertenezcan. Por ejemplo, en el sistema jurídico mexicano se establece un orden de importancia relacionado a las reglas jurídicas. En específico, el artículo 133 de la Constitución mexicana señala lo siguiente: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y, todos los Tratados *que estén de acuerdo con la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión...* Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, *a pesar de las contradicciones* que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”²²². En el primer caso, se advierte un orden de *importancia* entre reglas jurídicas de tipo *sucesivo*. Se infiere que existen normas jurídicas más importantes que otras, pues de unas emanan otras y así sucesivamente.

Asimismo, se advierte que aquellas reglas jurídicas que emanen de la norma constitucional suprema, sea cual fuere su posición, deben estar de acuerdo con ella, pues en caso de que *contravengan* a la norma constitucional suprema perderían validez frente a dicha norma primaria derivado al rol menos importante que desempeñan según el sistema de normas. En el segundo caso, la norma constitucional suprema establece que aun en caso de que haya otras normas constitucionales estatales que se contravengan con ella, el rol de importancia será mayor que el predispuesto para ellas.

En ambos casos, encontramos en Dworkin que “una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento...Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”²²³. Ahora bien, retomando la idea del *juicio de valor* sobre los principios *dworkianos*, podemos decir que los principios, en primera instancia, se logran ponderar considerando el rol que puedan desempeñar sobre la tipología de reglas jurídicas según su sistema. Con ello queremos simplificar que los principios tendrían mayor *contenido* –valor- de acuerdo con la forma en

²²² Congreso Constituyente, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Distrito Federal, 05 de febrero de 1917, art. 133.

²²³ Dworkin, Ronald, *Op. cit.* nota 177, pp. 29-31.

que se les use en el sistema. Dicha ubicación es lo que aumenta o disminuye su *fuera*. Consideramos que de esta forma, un principio jurídico adquiere relevancia –o peso- en un caso genérico. Pues, así como hay reglas jurídicas de diversos grados, habría entonces principios jurídicos más relevantes que otros según el grado de la regla jurídica a servir. Por su parte, Robert Alexy señala que los principios tienen semejanza con aquello que denominamos valor²²⁴, que unos y otros son lo mismo desde el punto de vista de su rendimiento. Por un lado, los principios en la mayoría de los casos tienden a demostrar lo que es debido de manera definitiva mientras que los valores lo que es de manera definitiva mejor. Los primeros desde una perspectiva deontológica y los segundos bajo un aspecto axiológico. En lugar de decir que los principios o valores adquieren peso, Alexy establece que tanto principios como valores son mayormente *prioritarios* que otros bajo el esquema teórico que hemos distinguido.

Dicho lo anterior, consideramos prudente proponer un esquema semántico –o de *semejanzas*- de tres piezas entre reglas jurídicas y principios jurídicos que en el mejor de los casos, tiende a proyectar con mayor claridad la factibilidad del peso en los principios jurídicos.

i) La primera pieza: *La semejanza material*. Los principios pueden ser tratados como jurídicos, pues son, en clase, normas jurídicas²²⁵. Los principios contienen material jurídico que les permite pertenecer al mismo sistema de normas al que pertenecen las reglas jurídicas. Por tanto, en cierto grado pueden llegar a determinar consecuencias jurídicas.

ii) La segunda pieza: *La semejanza pragmática*. Las reglas jurídicas están compuestas por fórmulas que describen condiciones y coerciones²²⁶. Ello merece que dichas condiciones y actos coercitivos se apliquen a casos individualizados. En este sentido, los principios que contengan la *primera pieza*

²²⁴ Alexy, Robert, *Op. cit.* nota 185, p. 145.

²²⁵ Sobre la clase normativa de los principios, Alexy Robert, véase, *Op. cit.*, nota 185, p. 140.

²²⁶ Kelsen, Hans, *Op. cit.* nota 175, p. 32.

establecerían de manera semejante a las reglas jurídicas condiciones y coerciones.

iii) La tercera pieza: La *semejanza valorativa*. Las reglas jurídicas persiguen un valor universal: *el bien social*. Aceptamos que el hombre no obra “porque”, sino “a fin de”, a fin de conseguir tal o cual objeto²²⁷. Ello se traduce a la razón psicológica de la voluntad del legislador, es decir, la causa final del derecho es el bienestar social. Es ahí donde encontramos que las reglas jurídicas poseen valor. Dicho esto, los principios son *semejantes* a las reglas jurídicas en cuanto a que deben perseguir valores de bienestar social. Dichos valores se verían reflejados en el resultado de la integración de la primer y segunda pieza. Pues es una obviedad argumentar que si los principios son considerados como materiales jurídicos dispuestos a ser pronunciados en la resolución de casos concretos, sus consecuencias se verían reflejadas en el bienestar social.

Mi argumento sobre la semejanza entre reglas jurídicas y principios como fórmula para determinarles contenido y fuerza se resume de la siguiente manera. Las reglas jurídicas poseen una cualidad distintiva entre ellas; dicha cualidad es que hay reglas que son más importantes que otras según el rol que desempeñen en un sistema normativo. Si la tesis débil de los principios es que son un tipo de clase de normas, entonces es factible determinar su peso o importancia de manera semejante al que conservan las reglas jurídicas.

La idea no se presenta fácil: El sólo hecho de ponderar principios, sean cuales fueren, es tarea complicada. Por el alto grado de indeterminación que tienen por naturaleza. Entonces, mi argumento se sostiene en decir que los principios adquieren contenido y fuerza si se utilizan para explicitar o colmar vaguedades de las reglas jurídicas que integren según su orden jerárquico. Dicho esto, el contenido y fuerza de los principios se determina según la propia posición normativa de la regla en el sistema. Finalmente, el contenido y fuerza al que hemos intentado construir es sostenible en tanto se considere que los

²²⁷ Ihering, Rudolf Von, *El fin en el derecho*, trad. Carlos Cerrillo Escobar, España, ed. Daniel Jorro, 1911, pp. 7-10.

principios y reglas jurídicas tienen semejanzas de tipo material, pragmático y de valor.

2.7 Jerarquía de principios

En el apartado anterior, hemos propuesto la posibilidad de colocar a los principios de acuerdo con el grado de ubicación de las reglas jurídicas en un determinado sistema normativo. Parecería algo confuso tratar de ordenar a los principios sin este enfoque técnico. El decir, “este principio es más importante que este otro”, sin una base teórica precisa, parecería caer en un interminable número de juicios *valorativos* sobre cuál principio es más importante que el otro. En este sentido, ¿qué principio es el más importante? ¿El que dice “la ignorancia de la ley no excusa” o el que dice, “No todo lo que es lícito es honesto”? La respuesta a esta interrogante presenta un problema de *relevancia*.

En la perspectiva de Robert Alexy, la cuestión planteada toma fuerza, pues es difícil encontrar valores jurídicamente relevantes para cada caso²²⁸. Precisamente dicha cuestión tendría que resolverse desde la propuesta de un orden de tipo estricto. Si entonces los principios y valores expresan lo mismo, habría que presentar un tipo de escala que expresara la *prioridad* de ambos. En este sentido, Alexy responde que dicha tarea caería en el fracaso, debido a que son demasiados los problemas de medición de peso y de la intensidad de realización de los principios o de los valores jurídicos²²⁹. Consideramos que Alexy se desprende de la idea de la *teoría estricta de los principios*, por así decirlo, pues los argumentos se reducen a contenidos en lugares *topoi* en los que se trata de fundamentar valores y jerarquías con la finalidad de reforzar la intensidad de la adhesión que susciten mediante la relación con otros valores o jerarquías a efecto de consolidarlos.

²²⁸ Alexy, Robert, *Op. cit.* nota 185, pp. 145-146.

²²⁹ *Idem.*

Es por ello, que Alexy propone una teoría de *orden débil* de los principios en los que se considere i) un sistema de condiciones de prioridad, ii) un sistema de estructura de ponderación y iii) un sistema de prioridades *prima facie*. Con ello, Alexy intenta sostener que en caso de que existan una serie de principios que sean relevantes a un caso concreto puede determinarse una *condición de prioridad* para dicho caso, siempre y cuando se satisfaga dicha condición de manera previa. Sucede que en Alemania aconteció el caso *Lebach*, un caso en donde se transmitía por televisión información de manera continua, ya no amparada por un interés informativo, sobre un delito grave poco antes de la excarcelación de su autor²³⁰. La consideración del tribunal, en primer nivel, estableció una colisión entre el principio de la protección de la personalidad y la libertad de información. Luego, establece en segundo nivel una condición para determinar si la información repetida sobre el delito grave es actual o no. En este sentido, el tribunal decide bajo las condiciones de información televisiva repetida, no amparada ya por un interés informativo, sobre un delito grave y que pone en peligro la resocialización del autor, que la protección de la personalidad prevalece sobre la libertad de información.

Mi argumento estriba en decir que existe un principio prevaleciente o prioritario frente a otro del mismo grado de abstracción cuando las consecuencias jurídicas sean más verosímiles que las otras. Dicho esto, es más verosímil determinar las consecuencias jurídicas negativas si no prevaleciese el principio de protección de la personalidad sobre la libertad de información, pues las consecuencias jurídicas de la no aplicación de la libertad de información son inverosímiles según las condiciones *prima facie*. Por tanto, las condiciones jurídicas determinan la validez del principio prevaleciente y por ende, prohíben el programa televisivo. En palabras textuales de Alexy, “las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente”²³¹. Lo que nos proyecta a la siguiente idea: Las condiciones de prioridad se

²³⁰ *Ibidem*. pp. 146-148.

²³¹ *Ibidem*. p. 147.

establecen mediante la confrontación de los hechos concretos con los principios en conflicto. Es una obviedad decir que para cada caso en concreto habría diferentes condiciones de prioridad, pues son diferentes los hechos que pudieran referirse y los principios que pudieran colisionarse. Sin embargo, la sola idea de considerar que es posible determinar un orden de prioridad en los principios y que dicho trabajo pueda sentar precedentes judiciales abre un abanico de opciones argumentativas a considerar para lograrlo con más eficiencia y propósito; lograría disminuir bajo una teoría principialista el error judicial en los llamados casos difíciles.

Ahora bien, sin ánimo de infravalorar la tesis débil de los principios basada en condiciones de prioridad, el citado autor propone un segundo elemento necesario para alcanzar la mayor realización posible de lo que él denomina mandatos de optimización de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como ya habíamos mencionado se trata de las llamadas “estructuras de ponderación”.

La idea de Alexy parte de la adecuación fáctica y de la necesidad jurídica de los principios y viceversa. Es decir, cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de cumplimiento del otro. Lo que se traduce en la *ley de la ponderación*, la cual no es otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Con ello, se intenta lograr fortalecer la idea de la plausibilidad jerárquica de los principios pues la ley de la ponderación que propone Alexy muestra cómo un principio puede perder proporcionalidad en sentido estricto frente a otro si se considera en la mejor medida las posibilidades fácticas y jurídicas de un caso. En este orden de ideas, los principios dejan de colocarse como parte de algún catálogo *topoi* y ser materiales de relevancia en la solución de los casos difíciles. Por supuesto, no debemos olvidar que dicho constructo jurídico no sería posible de lograrse sin un complemento de tipo argumentativo. Las condiciones de prioridad y las estructuras de ponderación toman relevancia en los casos a través de un ejercicio de índole argumentativo.

Finalmente, el tercer elemento; las prioridades *prima facie*, las que según Alexy son cargas argumentativas que determinan un orden de prioridad²³². Se observa, que Alexy intenta definir la cualidad de los argumentos a favor como prueba de prioridad en los principios. Con ello, establecer un orden de importancia es sentido estricto, pues entre más fuerte sea el argumento *prima facie* – o de prioridad- entonces habría uno menos fuerte y sería prueba suficiente para determinar la prevalencia de uno sobre el otro y así, conocer en sentido estricto cual es más importante que el otro.

2.8 Consideraciones finales de capítulo

Los principios siempre han estado ahí; en los debates de los abogados, en las clases de los profesores, en las efemérides de los filósofos. Los principios juegan un rol persistente en el derecho, en las últimas décadas los principios toman cada vez más fuerza y relevancia en las prácticas judiciales que ya se busca regularlos como valores de contenido objetivo. Los principios son la primera vía de escape para solucionar los casos difíciles. Ya lo dijo Dworkin, ya lo confirmó Alexy. Los principios son normas jurídicas en un grado de indeterminación superior a las reglas jurídicas que ofrecen explicitar u orientar contenidos jurídicos. Los principios, al ser jurídicos son dependientes del sistema que los originó, lo que permite considerarlos para determinar acciones jurídicas. Además, los principios, al ser material jurídico, deben utilizarse cuando el juez encuentre que alguno de los elementos de la hipótesis normativa no es posible encuadrarlo según los hechos particulares del caso. Para el caso de reglas jurídicas con excepciones, los principios pueden participar desde dos premisas fundamentales: en sentido genérico, cuando explicitan la naturaleza de la determinación de la regla jurídica, esto es, hipótesis normativa, motivo y finalidad; desde su sentido más estricto participan para determinar obligaciones jurídicas. Las reglas jurídicas no requieren del uso de principios cuando las condiciones de la hipótesis normativa se cumplen con la fórmula del todo o nada, por lo que actúan como mandatos de optimización. En resumen,

²³² *Ibidem.* p. 148.

los principios son elementos de eficiencia jurídica para los casos difíciles si cumplen con un mandato de justicia o equidad. A diferencia de los principios, las directrices políticas tienen como objetivo cumplir con metas sociales, económicas o políticas.

Los principios buscan el cumplimiento de leyes, las directrices políticas de objetivos políticos deseables. Los principios pueden utilizarse en ausencia de reglas jurídicas o de elementos condicionales en reglas jurídicas, o bien, pueden utilizarse en un segundo plano en caso de indeterminación jurídica, conflictos entre reglas jurídicas y entre la colisión de principios. Los principios tienen peso de tipo semántico y es necesario un juicio de valor que tenga como propósito determinar contenido y fuerza respecto del caso concreto. Es posible determinar el contenido y fuerza de un principio utilizando la idea de la semejanza jurídica entre éstos y las reglas jurídicas, es decir, el contenido y fuerza de los principios se atribuye según la posición jerárquica de la regla jurídica controversial. Esta tesis es posible si consideramos que tanto reglas jurídicas y principios tienen semejanza material, pragmática y de valor. Finalmente, la adecuación de los principios a los casos difíciles correspondería a la cuantificación fáctica del caso y a la necesidad jurídica de utilizar a los principios. En cuanto sea posible determinar un grado superior de incumplimiento de la regla jurídica o del menoscabo de un principio, será mayor la necesidad del cumplimiento del otro. La adecuación de los principios a los casos difíciles funciona a través de la ponderación.

En este capítulo se investigó cuál es el rol de los principios en el derecho y cómo puede utilizárseles como material jurídico en la solución de los llamados casos difíciles. En el siguiente capítulo trataremos la noción de la respuesta correcta o justa con el propósito de conocer si dicha teoría es sostenible como parte integradora en la solución de los casos difíciles del derecho.

CAPÍTULO III

SOBRE LA JUSTICIA

Preguntas de Investigación:

¿Qué es hacer lo justo? ¿Es la moral parte del pensamiento? ¿Hay justicia en los derechos? ¿Existe algún conflicto con los derechos políticos? ¿Cuáles son las principales ideas sobre la justicia? ¿La justicia es natural, o es autocreación? ¿La justicia tiene principios? ¿Cuál es el elemento valorativo de la justicia? ¿Qué amenaza a la justicia?

Hipótesis General: La justicia como corrección es un valor objetivable que se puede justificar mediante argumentos evaluativos.

“El escepticismo interno...es una convicción desesperanzada en particular cuando se ejercita en la ética. Sostiene que la vida misma no tiene valor ni significado...”²³³

3.1 Preámbulo

Es infalible afirmar que no existe un tema que despierte tanta polémica, tantas pasiones y que sea de tan gran envergadura entre los filósofos del derecho como el saber cuál es la verdad de cada fenómeno que ocurre. La mayor parte del tiempo estamos en búsqueda de la verdad. La verdad sobre nuestra existencia, la verdad sobre nuestro porvenir, la verdad sobre cómo actuar, etcétera. A lo largo del presente capítulo indagaremos de manera profunda sobre conceptos como *correcto*, *incorrecto*, *justicia*, *injusticia*... con el propósito de conocer y establecer si es posible dotarlos de verdad en el derecho. Con el propósito específico de determinar el rol que desempeñarían en la solución de los llamados casos difíciles del derecho.

²³³ Dworkin, Ronald, *Justicia para Erizos*, trad., de Horacio Pons, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 117.

Dicho esto, queremos partir con la ilustración de la siguiente alegoría. Si imaginamos el cuerpo humano podemos percibir que está compuesto por diferentes partes que están interrelacionadas entre sí formando una unidad. Todas aquellas partes cumplen, sin lugar a duda, con una función majestuosa. Los oídos perciben sonidos, las manos que sirven para sostener objetos y trazar líneas con precisión, los ojos que divisan imágenes, etcétera. Pero ¿existe alguno que sea el más importante de todos? Supongamos, el ojo pudiera decirle al pie “¡no te necesito!”, y si pudiera hacerlo ¿el pie dejaría de ser parte del cuerpo? Entonces, ¿se podría decir que alguna parte del cuerpo no es necesaria? En este caso, el oído diría “como no soy parte del ojo entonces no soy del cuerpo”. En definitiva, esto no sería posible pues, aunque el ojo no sea parte del oído, sí es parte del cuerpo.

Tenemos la inacabable idea de argumentar que en el derecho sucede algo semejante a la *alegoría del cuerpo*; en este sentido, sabemos y es ampliamente reconocido que el derecho se compone por reglas jurídicas, doctrina, jurisprudencia, principios, costumbre, cánones, política, entre otros. Nos parece que existen otras piezas como la moral y la ética que puedan parecer como las más débiles en el derecho, sin embargo, llegan a ser las más necesarias en una idea *unitaria*. En dicha idea unitaria o corpórea no podríamos descartar a una pieza sin perjudicar a la otra, pues una es parte de la otra y cuando una se pierde, se pierden todas. La historia nos advierte la verdad de estas palabras. Dicho de otra forma, es permisible honrar a una pieza, tal vez la que se considere como la más importante; pero al no honrar a la que es en apariencia la más débil de las piezas entonces se deshonran a todas, es decir, a toda la unidad. Por ello cabe plantearnos las siguientes interrogantes, ¿qué es lo más importante de la ciencia jurídica? ¿Hay algo que no sea importante en la ciencia jurídica? ¿La justicia no es necesaria? ¿La justicia no es parte de la ciencia jurídica? Tenemos la expectativa que al responder a estas preguntas podremos proponer un argumento que sostenga la idea de la única respuesta correcta.

3.2 La noción de lo correcto y de lo incorrecto

Debemos dejar en claro que la noción de la corrección tiene que ver en primer término con la hechura de lo que está libre de defectos o fallas. Con ello, deseamos argumentar que la noción de lo correcto tiene que ser tratada desde la perspectiva de un argumento moral. Es innegable la problemática que encierra lograr determinar un único sentido o respuesta correcta para algún asunto desde la subjetividad de cada individuo, pues habría tantos juicios a favor de lo correcto como el mismo número de juicios, al menos, en contra en el mismo respecto. No obstante, consideramos que la *tesis débil* de la corrección como valor moral en los casos difíciles debe ser tratada como un argumento evaluativo en el que sea posible definir convicciones de manera racional. En el ajedrez, por ejemplo, después de las primeras cuatro jugadas hay aproximadamente trescientos millones de jugadas posibles a considerar. El gran maestro y campeón del mundo, Bobby Fischer, durante el desarrollo del campeonato mundial de 1972 declaró que hay un único movimiento correcto sin defectos o fallas para cada partida²³⁴. Por supuesto, que parece absurdo intentar conocer el movimiento correcto según las posibilidades descritas, es decir, para todas las partidas. Pero también es cierto que mucho desconocemos de la evaluación que hace Fischer para decir cosa semejante en un juego tan complejo como el ajedrez. Parece que la tarea puede esclarecerse en el trabajo de una partida individual en la que participen la convicción y la racionalidad en su mejor expresión.

Así como en el juego-ciencia del ajedrez las piezas no se mueven por sí mismas, también al derecho, por así decirlo, hay que moverlo. Las normas jurídicas son aplicadas por los jueces. Los jueces son los responsables de individualizar derechos y obligaciones frente a los casos que se presenten mediante la

²³⁴ Ellis Joan, “*Pawn sacrifice, a complex brilliance*”, <http://www.joanellis.com/?p=382>., consulta de 13 de febrero de 2016.

*iurisprudencia*²³⁵. Por ello, lo que nos interesa atacar es la noción de lo correcto desde la perspectiva de la labor del juez; ello significaría argumentar desde dos frentes. El primero, desde la perspectiva de la justicia conmutativa y el segundo desde la justicia distributiva²³⁶; procesos mediante los cuales el juez trabaja en decidir sobre la aplicación de derechos y obligaciones.

Debemos aclarar de una vez que mi argumento cogente también se basa en sostener que los conceptos de corrección y justicia son ideas que se pueden integrar en un solo concepto en el que la noción de lo correcto es causa del razonamiento de decir lo que es justo. Es decir, que cuando decimos que un juez actuó correctamente nos estaríamos refiriendo a que actuó justamente y viceversa. Ello implica considerar que la justicia no es algún material que se encuentre ajeno a los jueces. Que la justicia no es un ejercicio imposible de lograr, sino que la justicia es un rasgo parte de la responsabilidad de un juez en la solución de los casos difíciles. De manera específica, la idea de que lo “correcto es lo justo” incrementa la posibilidad del juez de resolver los casos difíciles con la idea de la única respuesta a cada caso. Así es, queremos demostrar que la justicia es objetivable en cada caso; incluso en los difíciles.

3.3 La convicción moral

¿Qué es lo que hace a un hombre obedecer la orden de acabar con el enemigo que le encomienda su general? La respuesta presenta varias hipótesis. El hecho de haberse enlistado en las filas del regimiento, o el que su padre le haya enseñado que las órdenes se deben cumplir, o el reconocimiento de la autoridad de su superior militar, o todas las anteriores. Todas las hipótesis descritas tienen en común alguna causa original o cadena causal entre los acontecimientos que suponen cumplir la orden militar. Cualquier persona

²³⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie: Doctrina Jurídica, Núm. 121, pp. 91-105.

²³⁶ Alexy, Robert, “La justicia como corrección”, *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Edición Digital a partir de DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003, pp. 161-173.

podría responder que cualquiera de las hipótesis es la causa de obedecer la orden de atacar al enemigo según la explicación y justificación que se otorgue al respecto. Entonces, ¿qué es lo que causa creer que se hace lo correcto o lo incorrecto en nuestras vidas?

Dworkin sostiene que no hay interacción causal entre la opinión moral y la verdad moral, pues habría que aceptar la desquiciada idea de fuerzas morales capaces de causar, a las que denomina los “morones”²³⁷. Esas partículas –los morones– dice, son aquellas piezas que requieren algunos filósofos para que nos ganemos el derecho de “demostrar” la verdad sobre algún juicio ético o moral. Dicen que ello es así porque los *juicios de valor* no tienen que ver con la moral, sino con la física o metafísica. Que, si decimos que lastimar a un bebé por diversión es incorrecto, habría que echar mano de los “morones” para satisfacer dichas condiciones metafísicas o físicas de verdad. La realidad, según Dworkin, es que cuando queremos ganarnos el derecho de calificar como verdadera la proposición de que lastimar bebés por diversión es incorrecto, tendríamos que elaborar un *argumento* de tipo moral para respaldar esa convicción. Las personas comunes y corrientes tienden a considerar como correctos o incorrectos acontecimientos que suceden continuamente en sus vidas y muy a menudo discrepan entre ellos sobre la corrección o incorrección de los mismos acontecimientos. En este sentido Dworkin advierte que esta es la *concepción corriente* de la verdad moral. Una persona no necesita que le digan qué pensar o creer para saber que lo que cree como incorrecto efectivamente lo es o viceversa. De hecho, basta con preguntárselo para que él mismo y, categóricamente, responda “la realidad es que lastimar bebés por diversión es incorrecto” como si se tratase de algo objetivo, algo real. Debemos dejar en claro que no es plausible no considerar que es posible determinar de manera empírica el daño que se causa a un bebé por ser maltratado, pues habría una cantidad considerable de pruebas físicas y psicológicas que podrían determinar dicho daño al infante, pero no podría decirse que las pruebas demuestren que es incorrecto en ningún caso. Para ello, –insiste Dworkin– hay que argumentar

²³⁷ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 233, pp. 42-48.

con la moral y lo resume así “Para mostrar que algo es incorrecto y que genera estas consecuencias, necesito algún tipo de argumento moral y, los argumentos morales no son un asunto de demostración científica o empírica”²³⁸.

En el caso del maltrato al bebé por diversión podría suponerse que usted tuvo la oportunidad de presenciar dicho acontecimiento. Es decir, el hecho de que usted haya observado que una persona maltrató a un bebé por diversión es razón suficiente para creer que dicho acto sea incorrecto. Por otro lado, ¿qué sucedería si usted no vio que el bebé fuera maltratado por aquella persona? Tendría que echar mano de su imaginación y al hacerlo habría que considerar su educación, experiencias y convicciones para considerar que sin observar el acto del maltrato es incorrecto. Esto es lo que Dworkin denomina la “concepción corriente” de lo correcto o incorrecto²³⁹. La convicción – a mi modo de ver- es lo que da la razón para creer en algo como correcto o incorrecto aun y cuando al expresar dicha convicción se haga con emociones, sentimientos o sensaciones, pues con o sin ellas se manifiesta lo que se cree como incorrecto. El autor deja entrever que las cuestiones que son base de la moral son en sí mismas cuestiones morales. Afirma: “pensar que un acto es incorrecto no es lo mismo que no querer hacerlo; un pensamiento es un juicio, no un motivo”. Es decir, lo que hacer verdadera la cuestión moral es el mismo juicio sobre ella.

Dworkin se preocupa por la escasa probabilidad de encontrar evidencia que demuestre que las convicciones sobre lo que es correcto o incorrecto son verdaderas por el mero argumento moral que se les construya. Pero ¿cómo encontrar partículas físicas para demostrar un argumento moral cuando no tiene la misma naturaleza? Cuando intentamos explicar un hecho físico es posible hacerlo por el resultado que haya arrojado dicho acontecimiento en nuestra mente en el momento en que se percibió por nuestro ser. ¿Cómo podríamos percibir un hecho moral en nuestro ser? ¿Qué impresión tenemos en nuestra mente? La realidad es que los hechos físicos son distintos a los hechos

²³⁸ *Ibidem.* p. 45.

²³⁹ *Ídem.*

morales en la forma en cómo se perciben en las personas²⁴⁰. La única manera de lograr comprobar la verdad en la moral –según Dworkin- es mediante el análisis del fenómeno del escepticismo en sus formas²⁴¹. Más adelante, ahondaremos directamente sobre el escepticismo con el propósito de comprobar si sus razones son suficientes para demostrar que el argumento de que los juicios de valor - sobre lo correcto o lo incorrecto- solo pueden dotarse de verdad mediante argumentos morales no sea sostenible.

Toca ahora reconstruir el caso de la embarcación “*Mignonette*” que naufragó en su primer viaje a comienzos de 1884²⁴² y en el que viajaban cuatro tripulantes; su capitán Dudley, los marineros Edwin Stephens y Edmund Brooks y el grumete Richard Parker. La historia dice que, debido a intensas tormentas y a una falla en la bomba del agua del barco, los tripulantes decidieron abandonar la embarcación en un bote. En la huida sólo lograron escapar con dos tarros de vegetales (poco alimento para un naufragio inesperado). Durante el primer mes del naufragio lograron cazar únicamente una tortuga la que fue devorada con rapidez. El hambre y la sed se apoderaron de ellos con premura. El grumete Parker (quien ya había sido advertido sobre el ingerir el agua de mar) comenzó a mostrar signos de desesperación y algunos delirios. Siendo esto así, el capitán Dudley tomó la palabra y propuso a los demás marineros terminar con la vida de Parker y así, alimentarse de su carne. Stephens consintió, Brooks se opuso, pero aceptó la decisión de la mayoría (dos a uno). Entonces, sin ambages, Dudley se acercó a Parker confesándole de la intención dantesca y le clavó un cuchillo en la garganta... Cinco días después del homicidio Dudley, Stephens y Brooks fueron encontrados por el buque “Moctezuma” (un barco alemán) que los trasladó a Inglaterra en donde contaron su historia y fueron juzgados por el crimen de Parker.

²⁴⁰ Sobre el concepto de concepción corriente, véase Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 233, pp. 48-49.

²⁴¹ *Ibidem.* pp. 49-93.

²⁴² Sandel, Michael, “*The queen vs, dudley and stephens (1882) (The Lifeboat Case)*”, University of Harvard, 2011, <http://www.justiceharvard.org/resources/the-queen-vs-dudley-and-stephens-1884-the-lifeboat-case/>, consulta de 25 de febrero de 2016.

El propósito de ilustrar este acontecimiento histórico es para construir un *argumento moral* sobre la idea dworkiana del “concepto corriente” que intentamos describir anteriormente, buscando poner a prueba nuestras convicciones y las suyas. Asimismo, apoyados por las teorías morales de Bentham, Nozick, Locke, Kant y Rawls. Supongamos ahora que hay dos grupos de exponentes sobre el caso *Mignonette*. Por un lado, el grupo de los que están en favor de la *decisión* de Dudley de asesinar a Parker y al que llamaremos los *Pirrones*. Por el otro lado, un grupo que está en contra de la *decisión* de Dudley de asesinar a Parker al que llamaremos, los *Esopos*. Los *pirrones* están de acuerdo con el homicidio de Parker en virtud de las siguientes premisas y que resumimos de la siguiente manera:

- i) Por la supervivencia de la mayoría,
- ii) Por el consentimiento expreso de Parker de ser sacrificado,
- iii) Por la mayoría de la razón ahí considerada.

En cambio, el grupo de los *Esopos* condenan la muerte de Parker por las siguientes evaluaciones:

- i) En ninguna circunstancia es permisible asesinar,
- ii) El consentimiento no provoca legitimidad en el homicidio,
- iii) No es legítimo decidir ni por mayoría de razón sobre quitar la vida de un individuo.

¿Qué grupo tiene la verdad y puede demostrarla? ¿Dudley hizo bien o mal? ¿Dudley actuó correctamente? ¿Todas las premisas son correctas? ¿Hay alguna premisa que sea correcta y las demás incorrectas?²⁴³

Sin lugar a duda todas estas interrogantes deben responderse desde la generalidad de dos posiciones filosóficas abstractas y contrarias. En primer lugar, desde la teoría del *utilitarismo* de Jeremías Bentham²⁴⁴ que sostiene

²⁴³ Seguramente existen más proposiciones al respecto del caso *Mignonette* pero consideramos que las expuestas preparan el camino para mi propósito de poner a prueba las convicciones morales.

²⁴⁴ Bentham, Jeremy, “*Introduction to the principles of morals and legislation*”, Early Modern Texts, <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>, consulta de 27 de febrero de 2016.

como condición principal que “el principio de la política es maximizar el bienestar general”, es decir, maximizar la felicidad colectiva. En otras palabras, lo que cause más placer es lo útil a la sociedad y, por tanto, causante del bienestar general que es lo que logra la felicidad o utilidad. En este sentido y de acuerdo con Bentham la utilidad puede maximizarse si se calcula el costo-beneficio. Lo que funcionaría – a mi modo de ver- de la siguiente manera: Mientras menor sea el costo cuantificable y, por ende, mayor el beneficio, entonces es útil la política. Lo que se entiende, es que la utilidad podría manifestarse mediante el beneficio de las *mayorías*. Recuerde usted que en la antigua Roma era común el circo romano, festividad en donde se acostumbraba el sacrificio de cristianos por el beneplácito del pueblo. La alegría de “muchos” romanos era justificada por el sacrificio de “algunos” cristianos. Dicho esto, en la fórmula utilitarista de Bentham los cristianos eran sacrificados en el coliseo romano por el bienestar general utilizando la fórmula del costo-beneficio del utilitarismo.

Ahora bien, si trasladamos este razonamiento al caso *mignonette*, los *pirrones* sostienen que con su primer argumento “la supervivencia de la mayoría” se justifica el asesinato de Parker: es más útil lograr la satisfacción de felicidad de tres familias (Dudley, Stephens y Brooks) que la satisfacción de felicidad de la minoría que representa la familia de Parker. En otras palabras, es más valioso (nótese que decimos *valioso* porque en la fórmula del costo-beneficio del utilitarismo es posible cuantificar y calificar el valor político de una decisión) el derecho de tres personas que el de una persona, es decir, tiene más valor para el utilitarismo la supervivencia de tres que la de una porque causa mayor bienestar general. El segundo argumento de los *pirrones* es utilitarista en el sentido de determinar cómo *legítima* la acción de acabar con la vida de Parker por la “decisión de la mayoría”. Lo que significa que la decisión de la mayoría justifica la *conmensurabilidad* de la vida de Parker, pues causa más placer que sobrevivan los derechos de las mayorías. El hecho que supone la mayoría de la decisión permite justificar como *correcta* la idea de asesinar a Parker. En el tercer argumento, los *pirrones* justifican como correcto el homicidio de Parker

considerando que el mismo Parker “consintió el acto” de ser sacrificado para salvar la supervivencia de los otros tres marineros. Es más útil que uno renuncie a su vida por la supervivencia de tres, que renunciar a la utilidad de perder a uno por los cuatro.

Por la otra parte, el grupo de los *esopos* han preparado una serie de objeciones respecto de la expresión utilitarista de Dudley, Stephens y Brooks. En la primera objeción, los *esopos* argumentan que los “derechos individuales” de Parker son igual o más importantes que el bienestar general. En la segunda objeción, argumentan que no es posible determinar “valor a todo de manera uniforme”, es decir, la vida Parker versus la supervivencia de los otros tres. En este sentido, imagine usted que está en peligro su vida y la supervivencia de Einstein, como la vida de Einstein es más útil al bienestar general que la suya, entonces vale más y podría ser asesinado sin remordimientos. Los beneficios sociales que supone el análisis de la vida de Einstein demuestran lo útil que ha sido para la sociedad. Ahora imagine usted, que los *Esopos* compararan la utilidad de la vida de Einstein con la vida de Newton, ¿Cuál ha sido más útil? Sería interminable el número de juicios en favor de uno y del otro. Este es el argumento que intentan construir los *esopos*, y es que es igual de valiosa su vida, que la de Einstein y que la de cualquier otro, y que precisamente la razón es incapaz de evaluar la conmensurabilidad de una y de otra. Ciertamente es que podemos argumentar que uno es más valioso que otro por distintos motivos o circunstancias. Tal vez, desde nuestra niñez nos enseñaron que Newton era mejor por haber logrado la ley gravitacional mientras que de Einstein no nos enseñaron nada. ¿Cómo sería nuestro juicio entonces? ¿Qué diría el que conoció a Einstein?

En este sentido, no hay consentimiento o mayoría de razón que legitime la utilidad del asesinato de Parker. En la idea fuerte de los derechos individuales de Parker, el valor de su vida es inconmensurable tanto como la de los otros tres. Dicho todo lo anterior, los *pirrones* se atreverían a decir que la noción de lo correcto se basa en razones de tipo utilitaristas y que no se trata de hacer lo

correcto, sino lo que cause el mayor bienestar general. En otras palabras, que toda acción se podría argüir como correcta, la que fuere, mientras sea útil. Los *esopos* argumentarían que la noción de lo correcto parte de estándares morales independientes para evaluar su valor. Es decir, el valor que tienen los derechos individuales de Parker es más poderoso que el valor utilitarista (costo-beneficio) de algunos cuantos o de la mayoría. Por supuesto, es necesario proponer una idea sobre los derechos que legitime nuestra afirmación, no sin antes decir que obra incorrectamente aquel que realice cualquier acción u omisión tendiente a privarse o privársele derechos individuales de manera arbitraria. John Locke²⁴⁵ establece que los hombres tenemos derechos inalienables como personas y que son tan importantes que ningún gobierno puede disponer de ellos. Nos referimos específicamente a la vida, la libertad y la propiedad. Pero ¿qué es lo que hace a los derechos ser inalienables? ¿El consentimiento del gobierno a través de las reglas jurídicas? Según sugiere el pensamiento de Locke, la inalienabilidad de los derechos tiene dos ópticas. En la primera óptica, los derechos son inalienables porque son intransferibles entre personas, lo que significa que nos es imposible transferir nuestro derecho a la vida, libertad o propiedad a otro como si se tratasen de boletos de tranvía con un solo nombre y descripción. En la otra óptica los derechos son inalienables porque son tan esencialmente nuestros, al punto que ni nosotros mismos podemos cambiarlos por los de alguien más o desecharlos de nuestra persona por mero consentimiento. Lo que nos permite reflexionar a través de la siguiente interrogante. Si los derechos son inalienables al ser humano ¿cuál es el alcance del consentimiento sobre su disposición? Como vimos en el caso *mignonette*, Dudley argumentó que Parker *consintió* ser sacrificado por el bien de los demás. Asimismo, Dudley, Stephens y Brooks manifestaron su consentimiento en favor del sacrificio de Parker por la supervivencia de los tres (en este caso una decisión de la mayoría).

²⁴⁵ Locke, John, “*Second treatise of government*”, Early Modern Texts, <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>, consulta de 03 de marzo de 2016.

Tratemos ahora algunos apuntes sobre la libertad. En el simple ejercicio de libertad de un individuo se reflejan sus deseos y convicciones. Qué ropa usar, qué libro comprar, qué música escuchar, etcétera. La libertad supone un poder de manifestación de las ideas. El gobierno como es conocido hasta ahora es el ejecutor del estado natural del hombre. Este argumento es sencillo de explicar, pues antes de la existencia de cualquier tipo de gobierno nos encontramos en la historia con la existencia del hombre en su estado natural. La necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad dio origen a las formas de gobierno. Entonces, mi argumento es que el gobierno no es otra cosa que el reflejo del consentimiento de la mayoría. Este es el gobierno que nosotros detentamos como legítimo; el que se ha establecido por consentimiento del hombre. El poder que emana del gobierno es limitado en tanto el consentimiento de los que forman el gobierno, es decir, la representación de la mayoría, es limitada en su poder. Dicho de otro modo, el gobierno sirve para constreñir la libertad del hombre, lo que permite hacer una distinción entre el concepto genérico de libertad que construimos con antelación y la libertad jurídica como el concepto individualista de una persona. La libertad jurídica es el ejercicio individual o colectivo que permite la realización de ciertos fines o propósitos reales siempre y cuando no se constriñan los derechos individuales de otro.

En este sentido, Locke está en contra de las decisiones que constriñen derechos de manera arbitraria. Sin embargo, sí cree que hay derechos que se pueden privar por el gobierno. Tal es el caso, de los conscriptos militares. Como se sabe, los conscriptos son llamados a la guerra por mandato de la ley. Es decir, la ley es el instrumento que pone de manifiesto el consentimiento implícito de la conscripción, por tanto, el sargento está investido del consentimiento que le confiere la ley para poner al soldado al frente del cañón. Por el contrario, el sargento no tiene el consentimiento de la ley para tomar un solo centavo del soldado. Es por ello, que el consentimiento es un instrumento moral poderoso, pues crea autoridad política y la obligación de obedecer dicha autoridad. Mi argumento se circunscribe a lo siguiente: Si bien es cierto, existe un

consentimiento implícito de cada individuo por cada ley en vigor, también lo es que existen derechos individuales más importantes que la ley misma. Y el consentimiento implícito expresado en ella y que se manifiesta a través de la coerción. Analicemos el siguiente ejemplo: Es comúnmente conocido el principio que dice *pacta sunt servanda* que quiere decir en su acepción más general: “Los pactos deben cumplirse”. Así las cosas, imaginemos el caso de la familia que desea concebir un hijo mediante la renta del vientre de una mujer. Los términos se fijan –contractualmente– en que la madre que rente el vientre debe entregar al recién nacido a la familia que ha de adoptarlo. Al pasar el periodo normal de gestación y al llegar el parto la madre no desea entregar a la criatura a la familia con la que acordó el contrato, ya que argumenta que al firmar el convenio no se encontraba debidamente enterada de lo que iba a sentir por tener que entregar a su hijo, es decir, vicios en el consentimiento. Mientras que la familia adoptiva, por su parte, llevó el caso ante un juez para que hiciera valer el contrato. La cuestión parece de fondo moral, ¿Qué debe hacer la madre? ¿Debe apegarse al contrato o no? ¿No es verdad que es diferente contratarse sobre la vida de un ser que por la compra de un objeto? Supongamos que el caso es definido por dos diferentes jueces. El primero, establece que la madre debe apegarse al contrato en virtud de las leyes de los contratos y, por tanto, debe entregar la custodia definitiva del hijo. Mientras que el segundo juez determina que existe un lazo emocional entre madre e hijo y que la madre a pesar de haber firmado el contrato tiene un derecho sobre el hijo que va más allá de la ley, pues es innegable que hay derechos más valiosos cuando se trata de personas que de los objetos. En términos de Locke, las decisiones que tengan por objeto privar de derechos a las personas de manera arbitraria son decisiones incorrectas aun y si consideramos que al formar parte de una comunidad política estamos consintiendo en la forma más débil las decisiones que tome la mayoría, es decir, el Estado. Dicho de otra manera, ¿el gobierno puede privar de la vida? La respuesta es que si existe una regla jurídica válida que así lo disponga se trata de que la validez de la regla presuponga un reconocimiento por parte de la comunidad política. Sin embargo, como ya hemos visto, el utilitarismo propone un uso para los bienes,

el del bienestar de la mayoría, pero ¿es el único uso posible para tratar dichos bienes? ¿No es verdad que podemos dar un uso más apropiado a ciertos bienes como la vida, el honor y la virtud? El uso avalorativo de estos bienes es lo que le da el carácter de arbitrario.

Kant nos propone una teoría más profunda sobre la noción de lo correcto mediante la cual critica la idea del utilitarismo de Bentham de que el dolor o el placer son nuestros soberanos. Kant establece que las personas tenemos capacidades naturales, así como necesidades. Somos esclavos – por ejemplo- del hambre, del apetito, del gusto. De igual manera, nuestra capacidad natural es la razón, con ella nos damos cuenta de que somos libres. El ser racional nos capacita a razonar, nos capacita a decidir libremente, a tener dignidad. En este sentido, según Kant, cuando actuamos libremente actuamos como seres autónomos; de acuerdo con nuestra ley natural, mientras que cuando actuamos en virtud de nuestros deseos, lo hacemos de forma heterónoma. Es decir, la autonomía nos da libertad mientras que la heteronomía nos inclina a la necesidad. Actuar libremente es escoger el fin que se desea obtener, actuar por inclinación es no escoger, es ir a lo ya determinado. Cuando se actúa por inclinación (como en el caso de Dudley, Stephens y Brooks) es actuar con la razón equivocada. La razón equivocada es un instrumento arbitrario que usa a personas como cosas y no las respeta por lo que son. Entonces, si la razón equivocada es la respuesta a un deseo arbitrario ¿Qué es lo que da a un acto su valor moral?

Kant argumenta que lo que da valor moral es el motivo, y no las consecuencias que se generan. Es hacer lo correcto, por la correcta razón. El motivo es el valor moral de una acción, es un deber. Veamos el caso hipotético de un hombre que es responsable de cuidar una tienda de ropa. Resulta que cierto día llega uno de los clientes a recoger su lavandería, al pagar el servicio el tendadero se percata que el cliente ha olvidado su cambio. El hombre piensa, debo regresar el cambio a mi cliente porque si no lo hago mi reputación quedara en entredicho ante los demás clientes. La cuestión es ¿el tendadero uso la razón

equivocada o la correcta? En principio, parece que el hecho de regresar el cambio es suficiente para decir que se obró correctamente. Por lo menos, eso diría un utilitarista. Sin embargo, intentamos responder al valor moral de la acción. Para ello, Kant advierte que el tendero ha obrado con la razón equivocada, pues su noción del deber busca beneficiarlo individualmente, es decir, es una inclinación, sólo si se obra en aras del deber de la acción más allá del interés individual, entonces se obra correctamente o en libertad. Nótese que en el caso *mignonette* el motivo de Dudley era incorrecto porque su acción estaba inclinada a su supervivencia, Dudley no consideró que el deber principal, más allá del suyo, era el de preservar la vida del grumete Parker. La noción de lo correcto en la teoría de Kant le permite al tendero darse cuenta de que la acción que realizó o que va a realizar es inmoral y puede lograr argumentar sobre un deber categóricamente superior. El caso permite que cada individuo realice el mismo ejercicio de moralidad sobre el deber superior con el mismo resultado práctico.

En este sentido, el argumento moral de Kant sobre lo correcto se sostiene en tres contrastes. El ser humano responde a dos manifestaciones; el deber y la inclinación. El deber es el motivo por el cual actúa, la inclinación es la manifestación natural hacia la necesidad. Luego, el deber le permite determinar su propia voluntad lo que le da libertad de elegir, además, le confiere autonomía. Entonces – Kant – determina como imperativos categóricos o hipotéticos a los razonamientos que determinan la voluntad, de esta manera el imperativo hipotético constituye el cumplimiento de un deber condicionado cuya realización depende de la hipótesis de realización. Por el contrario, el imperativo categórico es un deber autónomo cuya realización depende del motivo que intrínsecamente justifique dicho deber.

Dicho esto, la misma razón que usamos para decidir es la misma razón que usamos para nuestra moralidad. ¿Cómo encajar el deber con la dignidad? En el caso de la experiencia pertenecemos al mundo sensorial, a las leyes de la naturaleza, a la causa y al efecto. Sin embargo, tengo la capacidad de

autogobernarme, pues si solamente respondiéramos a nuestros deseos, necesidades o apetitos, seríamos incapaces de ser libres. Por la idea de la libertad es que nos permitimos pertenecer al mundo inteligible, es lo que nos permite distinguir lo bueno de lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo justo de lo injusto. Con el objeto de poner a prueba la tesis de Kant sobre la noción de lo correcto ilustremos el siguiente ejemplo.

Cuando comenzamos a considerar todas las consecuencias posibles de un acto nos convertimos en utilitaristas y por ello se pierde toda la idea de la moral. En cambio, cuando usamos a una persona para lograr un objetivo digno, eso es el uso correcto del imperativo categórico. Hacer lo correcto por el bien del deber. Si se obra en aras del deber de la acción, más allá del autointerés o inclinación natural entonces se obra correctamente. Regresando al caso *mignonette* y según argumentamos ahora, el motivo de Dudley era incorrecto porque su acción estaba inclinada a su supervivencia. No consideró que el deber principal era la preservación de la vida del otro, la vida de Parker. Por tanto, y en concordancia con la teoría moral de Kant, argüimos que se obra incorrectamente cuando la acción lastima al deber principal. Dicho argumento puede ponerse a prueba si se determina que la acción a realizarse o ya realizada es inmoral.

Pero ¿Cómo es posible el imperativo-categórico o la moralidad?, ¿Cómo encajar la dignidad y el deber? A primera vista, estas preguntas aparecen por la necesidad de buscar la verdad; por la necesidad y por la libertad. Empecemos por decir que la moralidad no es empírica. No hay ciencia que demuestre la verdad moral, no hay partículas, morones, que nos permitan construir un argumento lo suficiente fuerte y casi invencible sobre la verdad moral. Sin embargo, si es posible hacer consideraciones, propuestas, proposiciones que justifiquen un planteamiento moral, precisamente un planteamiento moral sobre la idea de los derechos.

3.4 La idea de los derechos

Antes de privar de la vida a Parker, Dudley, Stephens y Brooks *debieron* haber pensado: “cuando no se está de acuerdo en perder alguna propiedad, la vida misma, o la libertad, debo acudir ante un juez, o quien tenga la autoridad para que en el ejercicio de ella determine si tengo la obligación de perderlos o conservarlos. No por su mero placer o consentimiento, mucho menos por los deseos o consentimiento de alguno de ellos, sino porque debo perderlos o conservarlos según la idea de los derechos individuales”. En la idea del utilitarismo de conseguir lo que cause más placer colectivo, ¿qué derechos estarían en riesgo? En general, los derechos sobre los que no se tiene control. Por ejemplo, el nacimiento, raza, etnia, etcétera, es decir: ¿Quién puede elegir dónde nacer o qué raza tener? Dworkin es precursor de la teoría sobre los derechos individuales²⁴⁶. En términos abstractos, alimenta la idea de proteger los derechos individuales mediante la respuesta a la pregunta ¿Qué se decide que es el derecho? Ya que el declive del positivismo durante las últimas décadas no permite hacer un análisis del derecho desde la protección de los derechos de los que no se tiene control. Cabe mencionar, que el declive se manifiesta por el fenómeno del escepticismo moral (el cual abordaremos más adelante como la amenaza más potente de cualquier teoría moral) de rescatar a la ley de lo natural con el argumento de que la ley puede entenderse libre de elementos morales y, por el declive que produce el concepto del derecho en la práctica judicial que de manera común presenta un sinnúmero de casos difíciles en las cortes. Por ello, resulta una alternativa a los declives del positivismo sobre lo que es el contenido de la ley por la pregunta ¿qué proposiciones legales son verdaderas y cuáles no, respecto de los derechos individuales?²⁴⁷

Es de suma importancia que analicemos los tres problemas que presenta Dworkin relacionados a la idea de los derechos²⁴⁸. El primer problema trátase de la distinción entre derechos individuales y metas sociales. El segundo

²⁴⁶ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously (Hard Cases)*, Estados Unidos de Norte America, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 81-130.

²⁴⁷ Dworkin Ronald, “Entrega del Premio Internacional de Investigación en Derecho Dr. Héctor Fix-Zamudio, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006”, <https://www.youtube.com/watch?v=WIKdIede3Dw>, consulta de 07 de marzo de 2016.

²⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 246, pp.89-90.

problema relacionado al derecho de ganar un litigio como un derecho político genuino y como tal es diferente a otras formas de derechos políticos (i.e. derecho de ser tratado igual que a todos). El tercer problema es relacionado con la idea de que los jueces muy a menudo llevan a cabo juicios de moralidad política con la intención de decidir cuáles son los derechos individuales que tienen las partes. Cabe decir que las respuestas que presenta Dworkin respecto de la tesis de los derechos corresponden a un argumento sobre la práctica de los jueces y sobre lo que conocemos que hacen. Es nuestra intención rescatar los elementos valorativos de la teoría de Dworkin y formular en un argumento que sostenga la importancia de los derechos en la decisión judicial de casos difíciles.

3.5 Derechos genuinos y derechos espurios

Muy a menudo se confunden a los derechos genuinos con otros derechos “nuevos” y que en realidad no son derechos, sino metas sociales que demanda el pueblo al gobierno. La distinción radica en los siguientes argumentos. No hay duda de que nuestra Constitución establece cuales son nuestros derechos genuinos u originales (i.e. la vida, libertad, propiedad, etcétera) y tales derechos corresponden a todos: mayorías y minorías. Sin embargo, hay “otros nuevos derechos” para grupos de minorías (i.e., ancianos, homosexuales, discapacitados, niños, mujeres, etcétera). El gobierno no hace más que considerar como “derechos” a ciertas *demandas* de grupos minoristas. ¿No sucede que los derechos genuinos pueden interferirse con estos “otros nuevos derechos” algo espurios? La *interferencia* sucede en cuanto al error de considerar como derechos a las demandas sociales recogidas por el gobierno. Dworkin, por su parte establece que la diferencia entre derechos y metas sociales tiene que ver con el carácter distributivo de cada uno. Sugiere, que es posible descubrir qué derechos tienen hombres y mujeres a través de argumentos que justifiquen el debido carácter distributivo²⁴⁹. Las metas sociales tienden a tener un carácter distributivo general o abstracto, mientras

²⁴⁹ *Ibidem.* pp. 91-94

que la idea de los derechos tiene un carácter inminente individualista. En términos propios, una teoría política general tiene objetivos políticos. Es decir, un universo de asuntos que deben ser protegidas. Lo que significa que un derecho político es un objetivo político individual que el gobierno debe salvaguardar para que así de manera individual se goce de ese derecho político, mientras que la meta social (o nuevos derechos espurios como dijimos anteriormente) es un objetivo político generalizado cuyo asunto en general no concierne a la salvaguarda de ningún derecho en particular o individual. Por tanto, los derechos espurios poseen un carácter distributivo más general, mientras que los derechos genuinos poseen un carácter distributivo inminentemente individualista. La confusión de ambos conceptos interfiere en la forma de garantizarlos.

Propongamos el siguiente ejemplo relacionado con la equidad racial (en países como Estados Unidos es conocida la acción afirmativa²⁵⁰, discriminación positiva en Inglaterra, entre otros): Supongamos que en la Universidad Nacional Autónoma de México se ha establecido la política de nivelar el número de alumnos indígenas y no-indígenas en su matrícula en respuesta a la demanda de evitar la discriminación racial o etnográfica, lo que significaría en términos generales que habría que negar el ingreso de personas no-indígenas cuando éstas hayan superado el número permitido de ingresos, contra las de origen indígena. Resulta entonces que *Beatriz* (persona no-indígena) participa en las pruebas de ingreso, las aprueba y en virtud de la política *antidiscriminatoria* es rechazada por la Universidad. En principio parece haber un conflicto entre la meta social del gobierno y el derecho de *Beatriz* de argumentar al juez la falta de control en su nacimiento, suceso que intuye como una violencia sobre un acontecimiento del que no tiene control. En este conocimiento *Beatriz* acude ante un juez con el propósito de que decida si se le ha violentado “algún” derecho, pues como hemos argumentado “No puede permitirse la violación de derechos individuales en la tarea de cumplir con el bien social colectivo” (la

²⁵⁰ Kennedy, John, “*Executive order 10925*”, Congreso de los Estados Unidos de Norte América, 1961, <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>, consulta de 11 de marzo de 2016.

tesis negativa del utilitarismo). En este caso, ¿qué derecho está en riesgo? Nuestra respuesta es que está en riesgo el derecho del cual no tenemos control (i.e. el nacimiento). El juez, en el caso de *Beatriz*, requiere justificar cuál es el derecho genuino frente al espurio. Para conseguirlo no basta con una simple explicación. Dworkin afirma respecto de este conflicto “Equidad como meta social sugiere redistribución inmediata y completa en ciertas circunstancias, pero es parcial y discriminatoria en otras”. Las metas sociales tienen diferentes objetivos a la vez y ello supone el compromiso de una frente a la otra; como brindar educación de calidad, así como, fortalecer el sector de la salud. Ejemplo: Mientras tanto el gobierno invierta por mejorar la educación entre tanto y, de la misma manera o más aún se invierta en salvaguardar la salud colectiva. En ambos casos los individuos tienen “derecho” a la salud y a la educación. Pero ¿la demanda de la salud y la educación de los individuos corresponden a un derecho genuino establecido en la constitución? Como se sabe este tipo de metas sociales se cumplen o se van cumpliendo (permítasenos la expresión) mientras que el pueblo erogue las contribuciones correspondientes, sin el pago y uso oportuno de los recursos del gobierno difícilmente se cumplen las metas sociales. Pero, ¿qué sucede entonces si pueblo deja de pagar, o, el gobierno no tiene los mecanismos necesarios para obtener los ingresos necesarios para hacer valer estas encomiendas político-sociales y hacerlas valer como garantías? ¿Se pierde el derecho a gozar de ellas? Las metas sociales tienden a perseguir un beneficio o compensación colectiva y son protegidos en tanto se cumpla el objetivo colectivo; el objetivo colectivo deja de ser absoluto en cuanto se ve comprometido en la satisfacción que de uno pueda perjudicar al otro. Los derechos genuinos son absolutos en cuanto a que no hay justificación que valga decir para no asegurar su cumplimiento para cada individuo. Y pueden no serlo en cuanto su ejercicio vaya en contra de un bienestar general.

Para lograr establecer una *categoría formal* de los derechos, Dworkin establece que tanto derechos como metas sociales tienen un peso en concreto el cual se

define según el lugar y función que desempeñan en cierta teoría política²⁵¹. Ningún derecho que se reconozca como genuino puede ser menoscabado por algún objetivo político en general, allí radica el alcance de su distribución política. Por otra parte, ninguna meta social que se establezca por el gobierno puede menoscabar el lugar y función de algún derecho individual, su alcance distribucional se limita a participar hasta que los derechos genuinos se lo permitan. Ahora analicemos el caso *excepcional* de la suspensión de garantías que establece el artículo 29 de la constitución mexicana, que a la letra establece “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de otro que ponga en grave peligro a la sociedad en grave peligro o conflicto...se podrá restringir o suspender en todo el país o en un lugar determinado el ejercicio de los derechos...sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona...”.

La idea es dejar en claro que el texto normativo del artículo 29 es un claro ejemplo de la excepcionalidad del bienestar general sobre la individualidad de los derechos. Precisamente cuando se ponen en peligro los derechos individuales en la concepción de la sociedad como un todo (mayorías y minorías, las que fueren) de manera limitada y con ciertas excepciones se suspenden los derechos para hacer frente a las contingencias sociales. En este tenor, no hay imposibilidad para que el juez en el caso *Beatriz* determine que existe una violación a su derecho de libertad y que este derecho es más potente que la acción político-social de matricular de manera equitativa según las condiciones raciales. Por supuesto, que nuestra afirmación no quiere decir que las metas sociales como derechos espurios no sean importantes o no deban llevarse a cabo. La importancia del análisis es comprender la distinción que hay entre ambos conceptos. La ignorancia respecto del tema conlleva a que se interfiera sobre la noción de los derechos y las metas sociales. Dworkin, los distingue como derechos *abstractos* y derechos *concretos*. Los derechos abstractos son aquellos objetivos políticos generales que no especifican como deben ser tratados o ponderados en circunstancias particulares frente a otros

²⁵¹ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 246, pp. 90-94.

objetivos políticos generales. Por el otro lado, los derechos concretos mantienen un peso determinable en circunstancias particulares ya que expresan de manera más firme su propósito frente a otros de la misma índole²⁵².

Ahora toca tratar el segundo problema que presenta Dworkin respecto del derecho que se tiene por ganar un litigio como un derecho distinto a los políticos. Nos queda claro que hemos hablado de manera abierta sobre los derechos políticos, los cuales, identificamos en dos grandes aparatos. Los derechos genuinos u originales “*constitutional rights*” y los derechos como metas sociales “*entitlements*”. Los derechos tienen un grado de abstracción mayor al grado que poseen los derechos concretos o individuales. En este contexto, ¿hay otros derechos que se deriven del ejercicio de los políticos? ¿Qué se propone por el gobierno para garantizar el pleno uso y ejercicio de los derechos? Como ha quedado de manifiesto, el gobierno *promete* cumplir con las demandas sociales de las minorías mediante la legislación de “nuevos derechos espurios” que deben someterse a diversos escrutinios, en especial, al escrutinio económico. Es decir, supongamos que el gobierno desea garantizar mediante alguna norma jurídica que todas las personas con capacidades diferentes tienen el “derecho” de poder desplazarse públicamente con normalidad. Dicha encomienda requiere de recursos económicos fuertes para lograr que cada espacio público o privado cuente con los accesos y condiciones para lograr dicho propósito. Por supuesto, y siendo realistas, el objetivo estaría lejos de cumplirse si el gobierno no cuenta con los programas y recursos necesarios para hacer valer la nueva ley. Con ello, no argumentamos que lo propuesto en la ley no deba cumplirse, pero sí argumentamos que la *ambigüedad* es un problema que dificulta en gran medida que el nuevo derecho en abstracto se garantice por el gobierno.

Pero ¿qué sucedería si *Benito*, quien es una persona con capacidades diferentes, acude ante un juez para que haga valer su derecho de acudir a su empleo en condiciones de desplazamiento óptimas? La situación que hemos

²⁵² *Ibidem*. p.93.

dicho en el párrafo que antecede da un giro perceptivo en cuanto a si el derecho reclamado de *Benito* se individualiza, pues su enfoque es más preciso y determinista. Dworkin dice al respecto: “Cualquier teoría adecuada distinguiría, por ejemplo, entre derechos de fondo, que son los derechos que proveen justificación a decisiones político-sociales en abstracto y derechos institucionales que son los que proveen justificación para una decisión particular y una específica institución política”. El caso de *Benito* se resolverá por un juez; quien decidirá si Benito tiene derecho a reclamar de su patrón prácticas discriminatorias en su contra por la falta de accesos para su desplazamiento normal. En la idea de Dworkin, los derechos por los que un juez trabaja son con relación a aquellos derechos concretos ostenten características institucionales y legales²⁵³. Pone de ejemplo la labor que lleva a cabo un *referee* de ajedrez en la que destaca que un jugador tiene derecho de recibir un punto por haber ganado una partida. El punto es meritorio de acuerdo con las reglas propias del juego-ciencia del ajedrez. Con ello, quiere decir que el *referee* no puede otorgar el punto ganador por considerar que un jugador u otro lo merezca por algún tipo de convicción propia. Luego expone un caso hipotético respecto del ajedrez en el que un jugador comienza a molestar irracionalmente al jugador contrario, el jugador molestado pide al *referee* que le otorgue el punto ganador, debido a la conducta irascible del oponente. ¿Qué debe decidir el *referee*? (dice Dworkin). No puede otorgar el punto de la partida por convicción, debe decidir considerando el objetivo político del juego-ciencia del ajedrez, es decir, decidir si la conducta molesta del jugador se contrapone a la habilidad intelectual que requieren las reglas propias del ajedrez. El *referee*, según esta afirmación, debe decidir de acuerdo con la tesis de las mismas reglas de las que participa, pues, aunque la regla respecto del comportamiento en una partida sea de “textura abierta” (i.e. las del ajedrez), no le permite al *referee* proponer una solución que en dicho caso particular proteja el carácter del juego, pero en otro caso no²⁵⁴.

²⁵³ *Idem*, pp. 101-118.

²⁵⁴ *Ibidem*. p. 102.

Nos parece que la idea que construye Dworkin sobre los *derechos institucionales* tiene que ver con demostrar que los jueces no pueden ir más allá del carácter de la propia regla. La regla tiene un propósito que no debe extrapolarse por alguna convicción extraordinaria. Ciertamente es que puede haber reglas poco claras o “abiertas”, sin embargo, es responsabilidad institucional del juez hacer valer los derechos institucionales arraigados en la regla en cuestión y soslayándose al carácter de la misma. En este sentido, tenemos el caso del jugador de golf Casey Martin quien padecía un problema serio de circulación que le impide caminar. Los antecedentes del caso señalan que Casey intentó competir en el torneo estadounidense conocido como el PGA Tour con una solicitud especial: necesitaba utilizar el conocido *golf cart* para desplazarse. La organización del PGA Tour denegó su petición alegando “es parte importante del juego el caminar el curso mientras se hacen los disparos correspondientes”²⁵⁵. ¿No estamos frente a un caso semejante al de Dworkin? La cuestión que se presenta ante la Suprema Corte de Estados Unidos tiene que ver con la tesis abierta de la regla del juego del golf en este menester, situación que permite las siguientes interrogantes, ¿El uso del *golf cart* es parte del juego del golf? Es decir, ¿el no utilizar el *golf cart* imposibilita que se desarrolle el juego del golf?

La suprema corte resolvió en favor de Casey argumentando que el PGA Tour no es otra cosa que una empresa de entretenimiento que opera en beneficio económico de sus miembros, más que un club privado, pues en este sentido, el carácter del juego no se ve entorpecido porque uno de sus miembros no pueda caminar el curso como los demás²⁵⁶. Como es evidente se ha resuelto el caso *Casey Martin vs., PGA Tour* en virtud del propósito del juego del golf, a través del uso efectivo de un derecho institucional. El caso Casey apoya la idea dworkiana del carácter que ha de respetarse por el juez. En el siguiente apartado retomaremos la idea del carácter o propósito de las reglas en virtud

²⁵⁵ Bryant, Daniel, “*Ticket to Ride: Casey Martin v. PGA TOUR, INC.*”, https://www.law.berkeley.edu/sugarman/Sports_Stories_Casey_Martin.pdf, consulta de 13 de marzo de 2016.

²⁵⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos de Norte América: *PGA TOUR, INC., V. MARTIN*, 2001, <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-24.ZS.html>, consulta de 15 de marzo de 2016.

del razonamiento teleológico de Aristóteles. Para finalizar, es de suma importancia destacar que el derecho que le asiste a un individuo de ganar un litigio corresponde a la respuesta que construya un juez sobre la premisa de los derechos en abstracto para individualizar derechos concretos. La concreción a la que nos referimos responde a una decisión evaluativa sobre el propósito institucional de las reglas en juego. Un juez no puede decidir por convicción inventando derechos inexistentes o fuera del alcance esférico de las normas. Por supuesto, cuando el conflicto se trate sobre la confirmación o denegación de algún derecho en particular, cuando el juez reconstruye de manera evaluativa el carácter institucional del problema es correcto decir que el caso difícil se referencia a un cúmulo de reglas pertinentes y, entonces, es lógicamente posible llegar a una respuesta. Esta idea de la respuesta correcta no obedece en afirmar que en casos como el de Casey Martin se hayan agotado todas las ambigüedades de las reglas del juego del golf, simplemente, la suprema corte encontró una respuesta razonable sobre la idea de los derechos que hemos advertido.

Es débil el argumento en el que un juez decide un caso sobre derechos sin haber encontrado razonablemente derechos pertinentes al caso que presume que dio respuesta. Pero ¿dio la respuesta correcta? La idea de la respuesta correcta sobre los derechos corresponde a una decisión moral, legal y siempre racional, la falta de alguno de estos elementos da respuestas, pero no únicas y mucho menos correctas. El juez debe usar su mejor juicio para encontrar la razonabilidad de los derechos concretos que guarde a un individuo frente a otro. En palabras de Dworkin *“if the decision in a hard case must be a decision about the rights of the parties, then an official reason for that judgment must be the sort of reason that justifies recognizing or denying a right”*.

La justificación de derechos que lleve a cabo el juez presupone un *consentimiento tácito* de las partes del caso sobre la legalidad de las reglas aplicables al caso en particular, es decir, las reglas en el derecho que existen para tal caso. Dworkin sugiere una objeción muy interesante a esta idea que

resumimos con la siguiente interrogante. ¿Qué es lo consentido y consentido hacia qué? Como analizamos en la noción de lo correcto, puede haber disposiciones legales que son consideradas de tal forma porque están institucionalizadas en un cuerpo normativo. Las mismas pueden presuponer actos discriminatorios o intrínsecamente injustos. En el siguiente apartado trataremos la noción de la justicia con la intención de proponer una serie de consideraciones sobre la factibilidad de racionalizar con la justicia como el elemento honorífico y necesario en el derecho para lograr la tan anhelada teoría de la única respuesta correcta.

3.6 La noción de justicia

Como abogados, juristas y filósofos del derecho nos corresponde hablar de la verdad. Pero no solo hablar de ella, sino buscarla, encontrarla y vivirla. Se dice que cuando un juez encuentra la verdad se ha encontrado con la justicia y lo opuesto cuando la verdad no fue revelada. Entonces, ¿Qué es lo que hay en nosotros que nos hace buscar la verdad? ¿Nuestra mente o nuestro corazón? Durante el desarrollo del siguiente apartado intentaremos hablar de la justicia fuera de prejuicios. Ello significa tener abierta nuestra mente, nuestros ojos, nuestros oídos y nuestro corazón. Hablar sobre la justicia debe comenzar con el concepto conocido por la mayoría. Ulpiano la define como “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”, dicha definición responde a una objeción primaria que es necesario señalar desde este momento y que trata sobre la consideración contraria a lo que cada persona crea que por derecho le corresponda. Es decir, en cada juicio sobre lo que es justo habrá otro juicio que considere lo contrario. Esto conlleva a un círculo vicioso de consideraciones justas o injustas. Esta tesis y antítesis presupone que tratar un concepto único de justicia es algo irracional. Nos parece pertinente abordar las concepciones de justicia de Dworkin, Alexy, Rawls, Kant y Aristóteles, para analizarlas y saber si es posible hablar de justicia de manera racional.

Ya hemos tratado la noción de lo correcto a través de una serie de argumentos que versan sobre la idea de construir una postura moral para los casos

dificiles. Sin embargo, además, queremos sostener la idea de que es posible saber más sobre la justicia si analizamos los resultados que producen ciertas conductas de individuos o sociedades. En otras palabras, la justicia es el acto de someter a prueba las convicciones. ¿Cuáles convicciones? las que fueren necesarias para conocer su resultado. Es decir, se puede saber lo que es justo de manera racional si se fortalece la noción de lo correcto como teoría moral.

3.7 La naturaleza de la justicia

La afirmación de que lo justo es dar a cada uno lo que le es debido, presenta problemas sobre la razón de decidir lo que se le debe a cada quien. Pues ¿quiénes son los justos y quienes los injustos? Y ¿en qué casos? La proposición presupone que en la repartición de justicia intervienen cosas y personas. Recordando a Aristóteles, el género es la justicia y la especie sería la distributiva y la conmutativa²⁵⁷. Por ello, debemos analizar la idea filosófica de la justicia distributiva y conmutativa desde sus causas primeras, en la republica de Platón se presentan una serie de diálogos entre Sócrates, Céfalo, Polemarco y Trasímaco sobre el pensamiento de la justicia como un valor contra la idea de la justicia como la utilidad del más fuerte²⁵⁸. En principio, Sócrates dialoga con Céfalo sobre su gusto de conversar con los ancianos, pues dice entre otras palabras “los ancianos...como se hallan al término de una carrera, que quizás habremos de recorrer nosotros un día, me parece natural que averigüemos de ellos si el camino es penoso o fácil”²⁵⁹. El diálogo que propone Sócrates de la vejez es que supone de muchos ancianos una serie de quejas y lamentaciones, de recuerdos que se añoran como lo que ya no existe o no podrá volver, sobre aquellas vivencias que en el pasado significaron algún

²⁵⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco V*, trad. Francisco Gallach Peles, Madrid, L. Rubio, 1931, pp. 118-149, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/767/6.pdf>, consulta de 19 de marzo de 2016.

²⁵⁸ Platón, *La Republica o de lo Justo*, trad. Patricio de Azcarate, tomo 7, Madrid, 1872, pp. 61-104, <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf07061.pdf>, consulta de 20 de marzo de 2016.

²⁵⁹ *Ibidem*. p. 62-66.

placer o provecho, mientras que para el presente ya no hay vivencias con significado de vida. Es relevante a nuestra investigación porque Sócrates advierte que no hay verdad en el pensamiento de aquel grupo de ancianos, porque no en todos los ancianos se produce el mismo resultado de quejas y lamentaciones, ya que las circunstancias han sido diferentes para cada uno.

Cuando se aproxima la muerte el hombre hace un examen de conducta en donde revisa si la encuentra llena de injusticias lo que le ocasiona terror al suponer no haber cumplido lo debido. En cambio, y cito, “pero el que no tiene ningún remordimiento, ve sin cesar en pos de si una dulce esperanza, que sirve de nodriza a su ancianidad...esta imagen es la que habla del hombre que ha vivido justa y sanamente”²⁶⁰. Es rico en justicia el hombre que llegado la hora de hacer un examen de conducta y no encuentra en ella daños a terceros, mentiras y habiendo pagado todas las deudas, sin embargo, no es suficiente definir a la justicia con sólo decir la verdad y en dar a cada quien lo debido ¿no cambia lo debido según las circunstancias de lo recibido?²⁶¹ Como se han de pagar las deudas de los buenos y malos según las circunstancias de lo recibido, ¿la justicia es hacer el bien a los amigos y mal a los enemigos? Estas preguntas suponen un atributo en común y que es dar lo debido. Imagine usted a Hitler considerado por muchos como un enemigo de la humanidad y a Gandhi como un amigo de la humanidad, la justicia en este sentido daría cosas buenas al amigo y malas al que no es bueno, luego, la justicia no es dar lo debido, aunque se deba el bien, pues al que hace el mal sólo conviene dar cosas malas; la justicia entonces hace bien a sus amigos y mal a sus enemigos. Ahora, el que hace la guerra ¿no está haciendo un mal a sus enemigos?, y, por ende ¿le conviene recibir como pago la maldad?, no obstante, ¿hace bien defendiendo a los suyos? ¿No es éste un bien? El filósofo cuestiona las circunstancias en que se hacen mayores los bienes y los males, con el objetivo de demostrar que la justicia es necesaria para lograr los mayores bienes, pero también para evitar los mayores males.

²⁶⁰ *Ibidem.* p. 67.

²⁶¹ *Ídem.*

En el texto citado, Polemarco intenta dar un sentido *utilitario* a la justicia, diciendo: a la justicia se le llama cuando se le necesita, como decir, piloto al avión, fruta al agricultor (ha de considerarse que al médico no se le utiliza si no se está enfermo, al músico no se le utiliza si no se desea escuchar una melodía); pero el hombre justo es útil en tiempos de guerra y en tiempos de paz, pues el considerar que la justicia responde a un llamamiento cuando se le utiliza de esta manera se le resta importancia y sentido. La justicia es más que mera utilidad, la justicia es valor en lo útil y en lo inútil, y eso presenta un argumento sobre la justicia conmutativa y distributiva en general. La justicia conmutativa es contingente porque las cosas pueden ser útiles en formas contrarias y dependen del uso que se les otorgue. Lo que para el médico es útil el enfermo para el músico no lo es y viceversa. La idea de la justicia como valor responde a las consecuencias que genera en sí misma, pues el hombre que es bueno para curar enfermedades, también lo será para provocarlas, el hombre que es hábil para causar daños a su enemigo en la guerra también lo será para evitárselos.

Ahora bien, respecto de la justicia distributiva hay que responder a la premisa de que “al hombre bueno hay que darle cosas buenas y al malo las que convenga por su maldad”. El diálogo entre Polemarco y Sócrates²⁶² se ciñe en observar el verdadero hombre bueno y malo; en aspecto sucede que hay hombres buenos que en verdad son malos y, algunas veces, resulta que el que se creía malo en verdad era un hombre bueno y todos los juicios que versen sobre la creencia de los buenos y malos serán erróneamente justificados como justos, puesto que los buenos que en verdad sean malos y los malos que en verdad sean buenos se beneficiarán de dicho razonamiento falaz. La justicia no puede distribuir bondades o malevolencias sin resolver este dilema aparente. ¿Cómo saber cuál es el verdadero hombre bueno para que la justicia pueda servirse en toda su categoría? La respuesta se encuentra inmersa en los resultados que en consecuencia debe producir la justicia como virtud,

²⁶² *Ibidem.* p. 73-77.

permitanos explicar, la práctica de la justicia debe producir efectos buenos y nunca maliciosos. Su efecto natural no puede ir en contra de sí misma.

Ahora imagine usted que el gobierno atrapa a un terrorista que está a punto de detonar una bomba para asesinar a muchas personas. Se intenta obtener una confesión de la ubicación de la bomba sin éxito. Piense un momento: ¿El gobierno estaría facultado para torturar al sujeto de tal manera que lo haga confesar?, ¿el gobierno puede decir que actuó con justicia al haber dañado a una persona a ese grado, por buscar, tal vez, un bien mayor?, ¿el propósito de salvar algunas vidas justifica el sacrificio de una? Según hemos argumentado la naturaleza de la justicia distributiva no puede tener un efecto contrario ni en uno ni en un millón.

Respecto del objeto de la justicia, hay un diálogo exquisito entre Sócrates y Trasímaco²⁶³. Entre presentaciones y objeciones, el dialogo se construye en refutar (por parte de Sócrates) la definición utilitarista de Trasímaco cuando dice “digo que la justicia no es otra cosa que lo que es provechoso al más fuerte”, el argumento de Trasímaco se resume en que la justicia está en las leyes que emiten los gobernantes porque ellos son quienes las emiten para ventaja suya (como símbolo de poder) castigando a los que no las cumplen o las traspasen. La justicia no es más que la utilidad de quien tiene la autoridad en sus manos, luego entonces, la justicia está en la observancia de las leyes que emanan de los que gobiernan ya que son para su beneficio. Su argumento se ve confrontado con la idea de que hay gobernantes que pueden caer en el engaño de hacer leyes para su propio perjuicio, en estos casos, la idea de que la justicia no es más que lo provechoso para el más fuerte cae en contradicciones obvias. Si el objeto de la justicia no es la ley, como producto del provecho del más fuerte sobre el débil, es entonces ¿su observancia?, en corto, no se debe seguir una ley que no cumpla con el fin que le es propio. La ley no puede tener un fin propio para el gobernante, ya que la ley es producida para el beneficio de los gobernados. Por consiguiente, el objeto de la justicia en la ley no es otro que el

²⁶³ *Ibidem.* p. 77-104.

servicio del fin propio de sus súbditos. Lo que significa que puede haber leyes útiles para los gobernantes, pero injustas para los gobernados pues su fin está en la dirección opuesta. Es tan obvio, como decir que la música se interesa por el músico, como la pesca de los peces, etcétera.

La idea de la utilidad en la justicia, como objeto, va en contra de su naturaleza si entendemos que no puede ser justo lo que le es útil a la ley por la mera observancia de sus súbditos. La justicia tiene por naturaleza procurar el bien para todos, así como el pastor procura el bien para sus ovejas. El pastor atiende a las necesidades de sus ovejas por encima de las propias porque en esa circunstancia se encuentra como pastor. A cada uno le puede parecer correcto su proceder, pero la justicia, la verdadera justicia como fruto, está en las obras de quien las sirve. En este sentido, entre más se practique la justicia de este modo, más se perfeccionará el arte de su servicio. La objeción que pudiera proponerse y que se desprende del contraargumento de Trasímaco es que los súbditos obedecen la ley por la autoridad que de ella emana sobre ellos. Dicho de otro modo, los súbditos obedecen la ley porque es la ley, la desobediencia de la ley supone un castigo por parte del gobernante, monarca o aristócrata en turno y siendo más específico, la ley se sirve a sí misma o a la autoridad que le es provechosa. Por supuesto, como hemos dilucidado, la mera observancia de la ley como servicio del más fuerte está lejos del conocimiento del verdadero objeto de la justicia. En los diálogos se presenta como una poesía a lo que es justo. “La justicia es un bien para todos, menos para el justo, que es útil al más fuerte, que manda y dañosa para el débil que obedece; que la injusticia, por el contrario, ejerce su imperio sobre las personas justas, que por sencillez ceden en todo ante el interés del más fuerte y, solo se ocupan en cuidar los intereses de éste abandonando a los suyos”²⁶⁴. En adelante analizaremos con algunos casos reales, el impacto de la justicia como un bien para todos, por todos.

²⁶⁴ *Ibidem*. p. 87.

3.8 Principios de justicia desde la perspectiva de John Rawls

En la última década hemos sido testigos de acontecimientos político-sociales de gran importancia. En nuestra investigación destacamos dos fenómenos importantes que sucedieron en Ucrania y Egipto y que tienen que ver con la justicia. En el caso de Ucrania, un grupo de estudiantes reunidos en la plaza de independencia de Kiev, demandaron al presidente *Yanukóvich* la adhesión de Ucrania a la unión europea, pues en campaña - *Yanukovich* -lo había prometido al pueblo ucraniano como símbolo de prosperidad hacia el futuro (es conocido por muchos que Ucrania perteneció a la antigua Unión Soviética). En resumen, después de más de noventa días de disturbios civiles, arrestos, heridos y muertos, el pueblo ucraniano logró el derrocamiento del presidente *Yanukovich* por el incumplimiento del pacto social de adherirse a la unión europea y, en consecuencia, por la opresión del gobierno sobre los derechos civiles de los manifestantes²⁶⁵. En Egipto, el pueblo desde la plaza de la liberación de la ciudad de El Cairo se unió en las protestas en contra del dictador *Mubarak* con más de treinta años en el poder (¡todo un faraón!). A diferencia de nuestro caso anterior el conflicto egipcio cobró más vidas. No obstante, el pueblo egipcio logró la renuncia del dictador *Mubarak*²⁶⁶. Ambos casos suponen una serie de planteamientos que hay que destacar por su *semejanza* y que son premisa mayor de mi objetivo principalista.

i) La congregación de individuos de diversas clases sociales, políticas, religiosas, jóvenes, adultos, ancianos, niños, ii) El reclamo de la mayoría sobre un propósito en común, iii) La convicción de la mayoría de enfrentarse al poder del gobierno, iv) La pérdida de vidas humanas como prueba de convicción de los tres anteriores. Dicho esto, proponemos la siguiente interrogante como objeto

²⁶⁵ Sobre la batalla de Ucrania por su libertad, véase “UKRAINE: FIGHT FOR FREEDOM”, 2014, [http://ukrainefreedom.org/es/.](http://ukrainefreedom.org/es/), consulta de 04 de abril de 2016.

²⁶⁶ Friedman, Thomas L., “Egypt’s Three Revolutions”, The New York Times, The Opinion Pages, United States, 2013, http://www.nytimes.com/2013/07/24/opinion/friedman-egypts-three-revolutions.html?_r=0 y., consulta de 04 de abril de 2016, Creswell, Robyn, “Circling the Square: Stories from the Egyptian Revolution”, The New York Times, Sunday Book Review, United States, 2015., <http://www.nytimes.com/2015/07/12/books/review/circling-the-square-stories-from-the-egyptian-revolution-by-wendell-steavenson.html>., consulta de 04 de abril de 2016.

de análisis. ¿Qué es lo que se requiere para lograr que en dos países tan distintos en cultura, sociedad y política se asemejen conflictos sociales como estos? Al inicio de mi apartado sobre la noción de la justicia hemos dicho que es a los abogados, filósofos y juristas a quienes nos corresponde hablar sobre la verdad, y no sólo hablar de ella sino buscarla, encontrarla y vivirla. Hemos de ampliar esa afirmación diciendo que todos debemos hablar de la verdad, buscarla, encontrarla y vivirla. Mi argumento tiene que ver con las analogías que descubrimos en los conflictos político-sociales y que responden al llamado potente de un *principio* que tiene que ver con la justicia. La justicia, en sus más viejas ensoñaciones, no es exclusiva para los abogados: la justicia es de todos, por todos y para todos. Ese principio que descubrimos es el de *la búsqueda de la verdad*. A mi juicio el principio de *búsqueda de la verdad* es el principio que sostiene cualquier idea racional de justicia. En este sentido, las consideraciones que de justicia distributiva o conmutativa se afirmen o nieguen deben partir de la *búsqueda de la verdad*, esa debe ser su prueba de racionalidad.

Luego, con el firme propósito de poner a prueba el principio de la búsqueda de la verdad en la justicia que hemos referido, es necesario enfrentarlo con los aspectos de la teoría de justicia de John Rawls. Comencemos subrayando que la constitución federal es nuestra carta suprema, nuestra ideología política, nuestro contrato social. En dicho contrato social se manifiesta la voluntad del pueblo en general, por lo menos es lo que se dice por la doctrina que representa. Estamos conscientes de que ni usted ni yo hemos manifestado nuestro consentimiento en ese contrato social, que representa nuestra constitución, si lo hubiere sería como tal, consentimiento *tácito*, contrario a lo *expreso*; esto significa que cualquier individuo que osare ocupar un espacio en el territorio nacional, sin necesidad de expresar su conformidad expresa, de manera tácita estaría gobernado por el contrato social de la Constitución. John Rawls en su *teoría de la justicia*²⁶⁷ propone un modelo de contrato social hipotético con el objetivo de proponer principios igualitarios sobre la justicia,

²⁶⁷ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, 6 ed., trad. María Dolores González, México, 2006, pp. 1-537

pues afirma lo siguiente: “La distribución natural no es justa o injusta; no es injusto que las personas hayan nacido en una posición social determinada. Éstos son solo hechos naturales. Lo que es justo e injusto es la forma en que las instituciones tratan con estos asuntos”²⁶⁸. Rawls considera que si decidiéramos crear un contrato social que regule a nuestras vidas, habría una infinidad de posicionamientos contrarios. Cada individuo tiene creencias distintas respecto de religión, pobreza, riqueza, poder, trabajo, etcétera. Debido a este razonamiento, propone el principio del *velo de la ignorancia* para formar un “nuevo” contrato social hipotético. Imagine usted que un grupo de personas olvidan por unos momentos su religión, etnicidad, clase social, creencias y convicciones. Pareciera utópico, pero sólo de esta manera (según Rawls) es como se logra una posición de equidad en su estado más puro. Así es como se puede lograr determinar que es justo e injusto sin barreras de cualquier tipo de poder y desigualdad. El principio del *velo de la ignorancia* de Rawls se pone a prueba con la siguiente pregunta, ¿es justo arrojar cristianos a los leones por el placer de unos cuantos? Es seguro que la respuesta a esa cuestión bajo el principio del velo de la ignorancia arrojaría un resultado injusto, pues como hemos argumentado hasta ahora, la justicia no puede servirse de alguno, o de algunos para lograr el bien. En otras palabras, el principio del velo de la ignorancia de Rawls es un argumento fuerte en detrimento del utilitarismo que señalamos en apartados anteriores. ¿Cómo saber si hay verdad en este principio? El principio del velo de la ignorancia de Rawls se dirige a un segundo principio de igualdad económica y social que, aunque no presuponga una distribución igualitaria de ingresos, sí permite un posicionamiento a los menos favorecidos.

La crítica que podemos presentar sobre los principios de justicia de Rawls está relacionada con el contrato hipotético que se necesita para lograr que ocurran. ¿Cómo ha de sostenerse una idea de justicia que parte de un convenio ficticio? Sabemos que el consentimiento es un elemento de existencia y validez de un contrato *lato sensu* (sea el expreso o el tácito), por esta razón ¿todos los

²⁶⁸ *Ibidem.* p. 104.

contratos son justos en los términos que producen?²⁶⁹ La verdad es que la justicia de un contrato no se encuentra en el mero acto de consentir. La fuerza moral de un contrato se encuentra en una idea de justicia independiente a los límites del consentimiento. Cabe aclarar que en cualquier noción contractual es cierto afirmar que los términos de un contrato consentido por ambas partes generan obligaciones que cumplir sobre su objeto, no obstante, ese razonamiento no cumple cabalmente con los estándares de justicia que venimos diciendo. Por ejemplo, imagine usted que un niño posee una *tirachinas* de gran calidad, regalo de su padre. Ahora imagine a otro niño que desea cambiársela por un cochecito de juguete que compró de segunda mano, el niño acepta entregar su resortera por aquel cochecito, creyendo que recibiría un vehículo “muy especial”, pues el otro niño le dijo (muy astuto) que había estado en muchas pistas de carreras y que había soportado todos los infortunios; un objeto que “todos quieren”, en fin, resulta que cuando el niño llega con su padre a contarle sobre su maravilloso trato, de inmediato aparece una sensación de injusticia en el padre, cuando le pregunta: “¿Aceptaste cambiar tu resortera por esta baratija?” A lo que el niño respondió: “Sí, acepté”. Como se puede observar, en ciertos actos o contratos, el consentimiento no es suficiente razón de justicia.

Ahora bien, es factible argumentar que el consentimiento no es suficiente para sostener la fuerza moral de justicia de un contrato, pero ¿es posible que no sea razón necesaria? David Hume, en su tratado de la naturaleza humana establece que el contrato social no es más que una ficción filosófica que jamás ha tenido ni puede tener una realidad²⁷⁰. Imagine usted el siguiente caso: Un hombre común decide rentar su casa a otro. El arrendatario toma la decisión de pintar el inmueble sin el consentimiento del dueño, cuando se terminan los trabajos, el arrendatario envía la nota por el servicio al dueño, éste se niega a cubrir alegando que nunca dio su consentimiento para la realización de esos

²⁶⁹ Sandel, Michael, *Justice, what's the right thing to do?* Estados Unidos de Norte América, Ed. Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp. 140-166.

²⁷⁰ Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, trad. Vicente Viqueira, Albacete, Libros en la Red, 2001, p. 356

trabajos de pintura. El caso va a la corte del pueblo y se alega que, aunque el dueño –efectivamente– no consintió los trabajos, la casa requería de la pintura. La corte decide resolver que aun y que no se manifestó el consentimiento por parte del dueño del inmueble, éste, sí se benefició de los trabajos y, por tal motivo tendría la obligación de pagar por el servicio. El relato indica que podría afirmarse que hay casos en los que el consentimiento no es elemento necesario para producir una obligación basada en la fuerza moral de lo justo. Por supuesto, habrá muchos otros casos, en los que el consentimiento sea condición necesaria, nuestra observación va en el sentido de que el consentimiento como condición necesaria para obligarse no es la regla general de justicia. En otras palabras, según el caso en concreto le es permisible pronunciarse una fuerza moral basada en el consentimiento o en la reciprocidad de beneficios. Piense, por ejemplo, en los llamados *contratos de adhesión* en los que las obligaciones y derechos ya se encuentran pre-acordados. Seguramente, este tipo de instrumentos son materia común de ideas morales distintas con garantías de justicia distintas, ello permite considerar que los principios de justicia de Rawls son verdaderos en cuanto que sólo una posición original en iguales circunstancias de conocimiento, poder y situación, provean una misma solución moralmente justa. Hay que destacar que los principios de justicia de Rawls tienden a mostrar sus frutos desde la perspectiva de la finalidad del acto que se persigue porque si los efectos que produzca un acto no son justos entonces no son verdaderos. El principio de la búsqueda de la verdad se antepone al de justicia y, en caso de existir conflicto, se antepone la justicia. El principio de búsqueda de la verdad permite dar expresión a los valores morales más puros a través de la justicia; no por virtud de la ley o del gobierno, sino a través de un argumento que justifique su verdad. Pregúntese lo siguiente ¿estoy de acuerdo con la forma del gobierno de quitarme la libertad, la vida o la propiedad? No es posible que consideremos que la constitución nacional es justa si en los resultados que produce su aplicación se privan de manera arbitraria derechos genuinos a los individuos.

Ahora nos corresponde proponer argumentos sobre el segundo principio de Rawls. Este principio de justicia (en primer término) sirve para sostener una idea igualitaria respecto de la desigualdad social que supone la riqueza. Ciertamente, el tema de la riqueza presenta desigualdades naturales. Los individuos desempeñan diferentes actividades según sus posibilidades y conocimientos, por lo que, si deseamos encontrar un argumento sostenible, el mismo debe considerar estas “desigualdades” desde una perspectiva positiva. Rawls lo denomina el *principio de diferencia* y quiere decir en dar de los que más tienen a los que menos tienen por naturaleza, buena fortuna²⁷¹. El no distribuir la riqueza de esta manera presume una arbitrariedad moral. Supongamos que hay que pagar mejor a los maestros para que los niños reciban mejor educación, desde la perspectiva del principio de diferencia de Rawls se cumple el reclamo moral si el incremento del salario resulta en niños mejor educados, pero si por el contrario al pagar mejor a los maestros no manifiesta una mejor educación a los niños entonces el resultado es moralmente arbitrario. En palabras de Rawls “Aquellos que han sido favorecidos por la naturaleza, quienquiera que éstos sean habrán ganado buena fortuna solo en los términos en los que su situación pueda mejorar la de aquellos que la han perdido”²⁷². En definitiva, la sociedad como un todo y según sus posibilidades económicas y políticas determina y diversifica los esquemas para regular la riqueza, disminuir la pobreza, crear oportunidades y controlar el poder. Esto es lo que se conoce como la estructura básica de una sociedad. Por tanto, el principio de diferencia permite que las desigualdades naturales en una sociedad se utilicen en beneficio de los menos afortunados. El gobierno puede establecer mecanismos y esquemas para lograr dicho propósito; pero si los menos afortunados no se benefician de dichos mecanismos, entonces los mismos son creaciones moralmente arbitrarias. Por consiguiente, racionalmente injustas. La historia fortalece la idea del principio de diferencia de Rawls. Basta con recordar los antiguos aristócratas, nobles y monarcas por mencionar algunos, que por el hecho de su mero nacimiento les eran merecidos

²⁷¹ Rawls, John, *Op. cit.*, nota 267, pp. 73-88.

²⁷² *Ibidem.* p. 104.

dotes de tierras, títulos y otros bienes. El hecho del nacimiento es un acto que está fuera de control por la persona, por tanto, las expectativas económicas eran favorecidas para los aristócratas por el suceso arbitrario de su nacimiento.

Existen tres corrientes sociales que buscan disminuir la arbitrariedad moral en la justicia distributiva, dignas de mencionar. La libertarista, la meritocracia y la igualitaria²⁷³. En el primer caso, una economía libre de mercado intenta crear oportunidades para todos sin importar el legado del nacimiento o cuestiones por el estilo. El intento pudiera fracasar cuando las oportunidades se conceden en favor de otros factores actuales como el tener familias “acomodadas”, por ello, la corriente de la meritocracia aparece como una alternativa a estas objeciones, es decir, la arbitrariedad moral se disminuye si se considera que la buena fortuna llega a quien la merece. La concepción de justicia de la meritocracia va más allá de tener las mismas oportunidades. Trata sino de remover los obstáculos que hay en esas oportunidades (i.e. familias acomodadas) desde la misma posición original y con base a los talentos de cada quién. Imagine una carrera de velocidad en los cien metros planos y pregúntese: ¿Quién ganaría la carrera? Seguro el más rápido; ¡pero no sólo en esa carrera, sino en todas! La meritocracia también presenta inconsistencias de justicia desde la posición original. El prever quién va a ganar cada carrera es igual de contingente que el provenir de una familia acomodada. Recordemos que la idea principialista de Rawls sobre la justicia es construir argumentos desde su estado más puro y estos sistemas no lo logran. Ahora bien, el caso de la teoría igualitaria se construye sobre la idea de disminuir las ventajas sobre aquellos en desventaja. En esta teoría utópica el gobierno tendría que considerar aumentar el tiempo de arranque del velocista más rápido sobre el más lento con el objetivo de “igualar” las circunstancias desde la posición original, con ello, por supuesto, para evitar el reclamo de la arbitrariedad moral. Si el ser un velocista se deriva de un talento natural no es comprensible intentar aminorar un regalo natural a través de una desventaja que ponga a prueba ese talento. Nos parece que la teoría igualitaria es una ficción desde los

²⁷³ Sandel, Michael, *Op. cit.*, nota 269, pp. 153-159

posibles escenarios de aplicación, por lo tanto, estamos de acuerdo con Rawls en que la justicia distributiva relacionada a los sistemas aristocráticos, liberalistas y la meritocracia son moralmente arbitrarios, porque dichas teorías están construidas sobre fenómenos que son incontrolables por las personas, es decir, el nacimiento, libre mercado de oportunidades, familia, etcétera. En cambio, el *principio de diferencia* de Rawls permite considerar la idea de la justicia distributiva como un todo social en el que los más favorecidos económicamente, socialmente, intelectualmente tienen la alternativa de suplir deficiencias de la misma índole de otros iguales a ellos. ¿Qué mejor manera de distribuir aquello que naturalmente es diferente?

Hemos argumentado que los principios que sostienen la idea de justicia distributiva de Rawls (i.e. velo de la ignorancia y el de diferencia) persuaden a aquellas teorías de justicia distributiva que son en cierta forma moralmente arbitrarias o utilitaristas, sin embargo, nos resta analizar si la idea de justicia distributiva de Rawls corresponde a la satisfacción de un reclamo moral “*moral desert*” o un “*entitlement*” (derecho). En este tenor Rawls afirma lo siguiente: “Un esquema justo responde a lo que los hombres tienen derecho; satisface sus expectativas legítimas según se encuentren establecidas en instituciones sociales. Pero aquello a que tienen derecho no es proporcional o depende de su valor intrínseco”²⁷⁴. Rawls determina que un esquema de justicia responde a una serie de derechos potenciales fundados en instituciones sociales independientemente de la proporción de valor que pudiere otorgárseles. Es decir, la justicia distributiva no depende del esfuerzo o las ganas que se hayan empleado para cumplir una regla. Además, propone que los individuos tienen expectativas legítimas según ciertas reglas institucionales²⁷⁵. Por ejemplo, imagine usted un anciano rico que tiene dos nietos, uno ya es rico y es un vicioso, el otro es pobre y virtuoso. El vicioso nunca trató bien a su abuelo, mientras que el pobre siempre fue cariñoso y respetuoso con él. Finalmente, supongamos que el anciano deja su fortuna al vicioso y rico, dicho esto, el nieto

²⁷⁴ Rawls, John, *Op. cit.*, nota 267, p. 287.

²⁷⁵ Sandel, Michael, *Op. cit.*, nota 269, pp. 160-162.

rico y vicioso tiene una expectativa legítima de recibir la herencia, pero... ¿la merece? ciertamente no la merece. Nos parece que el nieto cariñoso y respetuoso es quien merece la herencia o una parte de ella, sin embargo, no tiene ninguna expectativa legítima sobre ella.

Esta alegoría ilustra la idea de Rawls sobre qué gratifica la justicia distributiva y qué no. Consideramos que Rawls hace esta distinción con el propósito de establecer un estándar de justicia basado en reglas existentes y no de tipo contingente (como el control de los talentos, nacimiento, clase social, etcétera). Nótese que al crearse el contrato social hipotético basado en los principios de justicia de Rawls se establece una serie de expectativas legítimas que por virtud de su posicionamiento original no son moralmente arbitrarias, o por lo menos eso tienden a producir en la realidad, no sin olvidar que el autor intenta separar de sus principios de justicia de cualquier teoría moral con el propósito de establecer una teoría pura de la justicia. Pero ¿es posible separar de la justicia la virtud? o ¿la moral? ¿El honor?

3.9 La virtud de la justicia

Kant, Rawls, Locke comparten la idea de separar de cualquier teoría de justicia a la virtud, la moral y el honor porque dicen que limitan la libertad humana de las personas. Aristóteles, en cambio, afirma de manera categórica que es esencial a la justicia el honor, la moral y la virtud cuando dice “La justicia envuelve dos factores; cosas y personas a quienes se les son asignadas las cosas. En general, decimos que las personas son iguales porque tienen cosas iguales asignadas a ellos”²⁷⁶. Este razonamiento nos refiere a la siguiente interrogante ¿Por qué las personas son iguales según las cosas que se les asigna? Nuestra primera respuesta es que según el tipo de cosas que estemos distribuyendo se les son asignadas a las personas. Aristóteles se expresa sobre las virtudes que ostentan las flautas, en este sentido y según el pensamiento de Aristóteles ¿quiénes deben recibir las mejores flautas? Los mejores flautistas.

²⁷⁶ Aristóteles, *Política*, Libro III, Capítulo V, pp.44-46.

Para el citado autor, la justicia está conectada con la virtud y el honor desde esta perspectiva. De cierta manera, cuando se afirma que las mejores flautas son para el mejor flautista es porque el mejor flautista tiene la capacidad de obtener su mejor melodía. En la capacidad del mejor flautista se encuentra inmersa esa virtud. Si bien es cierto cuando decimos “los mejores flautistas” estamos discriminando a los que no lo son, pero lo hacemos en la idea de honrar la mayor relevancia y excelencia de las flautas.

Los demás casos de distribución de cosas en los que no se eleve la virtud, serían casos injustos desde la noción de justicia de Aristóteles. ¿Por qué es importante la distinción que presenta Aristóteles? A mi modo de ver, porque las flautas van a los mejores flautistas porque para eso son. No porque generen mejor música o toquen mejor, sino porque ese es su propósito y fin, de aquí se sigue que Aristóteles presenta el *telos*²⁷⁷. El telos representa el fin, motivo o el punto. Es lo que se conoce como el *razonamiento teleológico*. El mundo está ordenado de tal manera que puede explicarse desde el razonamiento teleológico. Las prácticas sociales pueden explicitarse desde el razonamiento de su propósito. El propósito de las prácticas sociales se encuentra inmerso en su naturaleza, es decir, al alcance de todos. Recuerde usted que al inicio del presente capítulo hicimos la afirmación que la justicia es parte de una unidad corpórea que llamamos derecho, que no podemos decirle al pie “no te necesito” porque el mismo pie es parte del cuerpo. Las partes del cuerpo que parecen las más insignificantes son las más importantes. ¿No es lo que hemos estado tratando de argumentar en todas estas líneas? ¿No queremos descubrir el propósito de la justicia? Ese, sin lugar a dudas es mi propósito.

Por esta razón, el razonamiento teleológico de Aristóteles nos proporciona herramientas para desarrollar el propósito de la justicia. El propósito es una forma de honrar a la virtud. El propósito es la esencia natural de la justicia. Si las cosas son asignadas según a quienes le son asignadas, luego entonces a quienes le son asignadas esas cosas tienen el propósito de encontrar su virtud.

²⁷⁷ *Ibidem*. pp. 48-50.

La virtud es algo que sólo se obtiene practicándola, haciéndola. Aristóteles nos cuestiona de la siguiente manera ¿Cuál es el propósito de la política?, y nos dice, “la política se trata de formar el carácter, de formar buenos ciudadanos”²⁷⁸. Los ciudadanos debemos buscar la buena vida. Los ciudadanos debemos buscar la formación moral. Entonces, si la virtud de la justicia es el vivir bien, ¿cómo se logra alcanzar la virtud del vivir bien? Como ciudadanos políticos estamos en contacto de manera constante con lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto. Imagine usted que se entera que han asesinado a un bebé en su vecindario. ¿Cuál es su primera impresión al respecto? ¿Se encuentra usted ante un hecho bueno o malo? ¿Diría usted que el acto del asesinato es resultado del vivir bien? Nos parece que la idea aristotélica de nuestro contacto con la *polis* es razón teleológica suficiente para decir que sí es posible distinguir la virtud del vivir bien.

En este respecto, Dworkin establece que son los estándares morales los que nos dicen cómo debemos comportarnos hacia con los demás; mientras que los estándares éticos nos prescriben como debemos comportarnos con nosotros mismos. Cuando le preguntamos sobre su primera impresión sobre el asesinato del bebé, suponemos que su respuesta es que dicho acto es malo, cobarde, ruin y reprobable en todo sentido. Si lo hizo es porque comúnmente respondemos a un deseo cotidiano de vivir bien. Por supuesto, necesitamos justificar por qué debemos buscar una vida buena para poder evidenciar nuestro interés por la vida de los demás. La idea dworkiana resta en justificar mediante un proyecto interpretativo alguna concepción de lo que es vivir bien²⁷⁹. En palabras más simples, no se sabe si es bueno el cocinero hasta que el cocinero practique la cocina. Sólo el cocinero que practica la cocina tiene las razones para justificar el buen cocinar, pues en la práctica adquirió la virtud de ser buen cocinero.

La búsqueda de una idea conceptual del vivir bien nos orienta a construir una tesis interpretativa sobre los conceptos morales que le soporten y viceversa. Mediante esta búsqueda queremos someter a prueba las convicciones como

²⁷⁸ *Ibidem.* p. 42

²⁷⁹ Dworkin, Ronald, *Op. cit.* nota 233, p. 239.

estándares morales del vivir bien. La cuestión es reforzar las ambiciones humanas mediante argumentos morales capaces de ser evaluados sin la presencia de intereses propios. Para lograrlo, Dworkin propone una idea prometedora, una distinción entre el deber y la consecuencia, entre lo correcto y lo bueno²⁸⁰. Hay que distinguir entre vivir bien y tener una vida buena, ambos son conceptos interpretativos y los entendemos así. Hay que trabajar por vivir bien, pues el vivir bien cosecha obtener una vida buena. En este sentido, tenemos una responsabilidad como seres humanos de vivir bien. De esa responsabilidad –dice el autor- no podemos escaparnos. Precisamente el reconocer nuestra responsabilidad de vivir bien es lo que nos permite justificar si es buena o no. Dworkin lo resume de esta manera “A mi modo de ver, quien lleva una vida aburrida y convencional, sin amigos íntimos, sin desafíos ni logros, como si marcara el tiempo que le resta en su camino a la tumba, no tiene una vida buena, aun cuando crea que la tiene y que la ha disfrutado de manera exhaustiva”²⁸¹. El pensamiento de Dworkin es decirnos que el concepto de vivir bien tiene un valor grande y ese valor es el de la ejecución. Es un valor adverbial, es decir, el modo en como vivamos es lo que determina el valor del vivir bien, es lo que hace que nuestra vida sea buena. Por tanto, entre más significado ético demos a nuestra vida, más cerca estaremos de justificar el valor en su ejecución.

Pensemos en aquellos artistas que reciben homenajes póstumos. ¿Por qué celebramos a los no presentes? Porque reconocemos el valor de la ejecución de su trabajo como algo bueno, como algo virtuoso. Eso es lo que Dworkin quiere decirnos y estamos de acuerdo. De alguna manera encontramos que el valor de ejecución que propone el citado autor sostiene nuestra concepción de la justicia como virtud, pues ¿no es el propósito de los seres humanos el vivir bien? ¿No es nuestra responsabilidad hacer el bien a los demás? El fracaso del vivir bien está en los actos inmorales, en los actos que lastiman a los demás en las cosas que por virtud les corresponda.

²⁸⁰ *Ibidem.* p. 244.

²⁸¹ *Ibidem.* p. 245.

Nuestra responsabilidad es evitar el no vivir bien, esa es nuestra tarea, proteger nuestra dignidad y la de los demás. Lo que acabamos de decir debe ser argumento suficiente para sostener la importancia que tiene vivir bien y la manera correcta de hacerlo. Cuando tratamos a Aristóteles encontramos que para poder determinar derechos (en el sentido de las cosas que pertenecen para quienes se han propuesto) tenemos que entender mediante el razonamiento teleológico, es decir, el fin o propósito de la práctica social en cuestión y determinar cuál es la ejecución que hace que esa práctica social sea virtuosa, pues su ejecución nos permite evaluar racionalmente a las personas con virtudes. Debemos decir que la aportación de Aristóteles también apoya la teoría no-utilitarista, pues el utilitarismo no reconoce el propósito, fin y el honor en la ejecución.

3.10 La amenaza de la justicia.

Nos interesa de sobremanera iniciar con la siguiente reflexión a manera de pregunta: ¿Es necesario hablar de justicia y de bien? Nos parece que es fundamental. Algunas personas creerán que esto de la justicia no es más que una inclinación irreal y un tema imposible de justificar. Hemos analizado y argumentado que la justicia se encuentra en las obras, en los hechos. Que la justicia debe practicarse para lograr alcanzar una vida buena de manera individual y colectiva. La búsqueda de la justicia es incesante, a cada momento escuchamos la frase “que se haga justicia” como si se tratase de un valor colectivo muy grande. Podemos decir que nos interesa hablar de la justicia y del bien porque estamos en contacto con ella. Mejor aún, porque estamos en contacto con su valor. Cuando expusimos la práctica romana de arrojar cristianos a los leones ¿no es verdad que estuvimos en contacto con algo injusto? ¿No es verdad que sabemos que es injusto porque simplemente lo es? También es verdad que en muchas ocasiones las personas no estamos de acuerdo en lo que es correcto o incorrecto, pero como hemos dicho, el problema es la falta de argumentos para justificar nuestras afirmaciones. Sin embargo, y

con todo eso, hay fenómenos que son incorrectos porque simplemente así lo son.

Dworkin es precursor de esta filosofía, la cual intenta explicitar mediante el análisis de cuestiones morales y éticas sobre lo que hay que hacer para tratar a otras personas²⁸². En este sentido, dilucida que el escepticismo en todas sus formas es una amenaza constante sobre el valor y la moral de la justicia. Dice Dworkin “este punto de vista no disfruta de popularidad entre los filósofos. Estos creen lo que mencione antes: que en sí mismas las cuestiones más fundamentales sobre la moral no son morales sino, antes bien, metafísicas”.

El escepticismo, en especial el interno, no permite considerar que la respuesta a la pregunta “¿qué hacer?” sea, de ningún modo, correcta. Se sostiene en la idea de que no hay nada mejor o correcto, y que, si alguien intenta decir que hay una respuesta correcta para algún caso, hay que ganarse el derecho de afirmar que ese juicio es verdadero. De cierta forma el escéptico no se escapa de la tendencia de la *demostrabilidad* como si cualquier tipo de afirmación moral sobre lo bueno y lo malo, o lo correcto e incorrecto, tuviera que demostrarse empíricamente. Vaya, como si la moral tuviera que ver con algún método científico que demuestre partículas morales que reunidas hagan verdadero afirmar que el torturar por diversión es malo. Sin lugar a duda, cuando afirmo que torturar por diversión es malo puedo estar expresando una emoción o sentimiento, pero dicha expresión no se limita a la emoción que puedo sentir.

La expresión de que torturar por diversión es malo puede y debe justificarse con argumentos de tipo moral. Si lo logramos ¿no es verdad que estamos razonando con el bien o el mal, según corresponda? Consideremos otro ejemplo conocido: El Estado tiene el deber de proteger los derechos de los ciudadanos, principalmente los derechos que le son fundamentales como individuos. Consideramos entonces que el Estado a través de sus instituciones se da a la tarea de crear y promulgar reglas jurídicas para promover el bien entre los

²⁸² *Ibidem.* pp. 41-44.

ciudadanos y, en consecuencia, evitar el mal. Dicho esto, el fin del Estado es decirnos lo que está bien o mal, decirnos lo correcto o lo incorrecto.

Cuando una disposición vial nos ordena no cruzar la avenida con la luz roja es porque el hacerlo supone causar un mal a un semejante en su vida, libertad y propiedad. Por ello, es menester argumentar que es un error decir que el Estado debe ser neutral en cuestiones de moral y de bien. Dworkin lo considera de esta manera “nuestras evidencias podrían ser suficientemente convincentes sin que pese a ello nuestras conclusiones dejaran de ser incorrectas, porque, en lo que respecta a los hechos en bruto, el mundo no es como creemos haber probado que es”²⁸³ Los escépticos dirán que no es posible afirmar que un juicio moral es objetivamente verdadero; sin embargo ¿no es este un posicionamiento moral también en sentido negativo?

Entonces, ¿en que se apoya el escéptico para denigrar a la moral? ¿En hechos propios? o ¿en circunstancias externas? Según Dworkin el escepticismo interno es aquel que recurre a los juicios más abstractos sobre la moral con el propósito de negar la verdad de dichos juicios aplicados a casos específicos, mientras que el escepticismo externo se sostiene en enunciados sociales que suceden en el exterior diciendo que la diversidad cultural, social, religiosa y política no permite hacer demostrar que ninguna de esas culturas, sociedades, religiones, etcétera son objetivamente verdaderas²⁸⁴.

El argumento principal en contra del escepticismo radica en la falacia de considerar que nada de lo que hagamos tiene valor o importancia. Luego, como nada tiene valor e importancia entonces nada es correcto o incorrecto. Es decir, nada tiene que ver la moral con el incremento en el índice de homicidios, la discriminación racial o etnográfica, el abuso de menores, la condena de un inocente. Por supuesto que no es cierto afirmar que en cualquiera de los asuntos que acabamos de mencionar no haya alguna consideración respecto de la moralidad o inmoralidad que algún “escéptico” pueda considerar. Tal vez, el

²⁸³ *Ibidem.* pp. 47-48

²⁸⁴ *Ibidem.* pp.49-50.

problema del escéptico externo tiene que ver con la incertidumbre y no con la idea de que la moral nada tiene que ver con dominios del valor. Simplemente el escéptico que desconoce cómo elaborar un argumento que justifique las condiciones de verdad de ese suceso, toma una posición de confort, diciendo que no hay afirmaciones morales verdaderas.

Dworkin considera que el problema del escéptico es la indeterminación cuando dice “el escéptico interno, declara no que un acto determinado no está prohibido ni es obligatorio, sino que no hay una respuesta correcta a la pregunta de si está prohibido o es obligatorio: que la incorrección del aborto, por ejemplo, es indeterminada en ese sentido”²⁸⁵. El citado autor presenta un ejemplo de un juicio de indeterminación: Imagine usted que le sirven dos copas de vinos diferentes y usted debe elegir cuál es mejor vino que el otro. Si usted considera que la moral no concede ningún tipo de información sobre cuál es mejor que el otro, entonces dirá que no hay respuesta correcta y que, por ejemplo, los *sommeliers* con la experiencia que tienen sobre viñedos, cosechas y procesos de fermentación del vino no son capaces de afirmar que un vino es mejor que el otro, que no son capaces de evaluar objetivamente los vinos que tiene usted en la mesa.

En verdad que dicha afirmación nos distrae del verdadero desafío; un desafío que compartimos con Dworkin y que se trata de responder a la interrogante: ¿Qué hace que un argumento sea lo suficiente sólido para justificar que un juicio moral sea verdadero, si lo es? Durante los apartados anteriores hemos expuesto algunas piezas de ese argumento con el propósito de construirlo desde una perspectiva moral sobre lo correcto y lo incorrecto, sobre lo justo y lo injusto, porque siempre nos preguntaremos ¿cuál es la respuesta correcta?, aunque en principio esa respuesta parezca imposible de contestar nos atrevemos a intentar contestarla porque creemos que vivimos, sentimos y buscamos esa respuesta y que a pesar de nuestra arrogancia, esa respuesta es inescapable a nuestro ser. Nuestras consideraciones filosóficas son peligrosas

²⁸⁵ *Ibidem.* p. 117.

porque nos arrancan de lo familiar, de la idea de solo esperar a que llegue el alba de nuestra vida sin habernos preocupado por responder a ese llamamiento del corazón sobre hablar, buscar y vivir la justicia. Cuando lo hagamos posible, nuestra vida nunca será igual, nuestra reflexión crítica nunca será igual, nuestra moral nunca será la misma.

3.11 Consideraciones finales de capítulo

Hacer lo justo es hacer lo correcto, la justicia como corrección es un valor moral que sirve como tesis débil para la solución de los casos difíciles. Dicho valor moral debe ser tratado como un argumento evaluativo y que responde a una teoría prescriptiva del derecho. Por consiguiente, debe considerársele como el elemento valorativo en la solución de los llamados casos difíciles del derecho. Además, la justicia como valor categórico en la corrección también es parte de la responsabilidad que tiene el juez para resolver los casos difíciles, a través de la noción de los derechos concretos en los individuos. La idea de la corrección como justicia es un instrumento filosófico que puede ayudar al juez a ser más eficiente frente a la solución de casos difíciles. La objeción de más peso que pudiera enfrentar este argumento es la que tiene que ver con la demostrabilidad de la tesis de la justicia como corrección, no obstante, consideramos que la objeción es débil, ya que no es propio tratar a las cuestiones morales de la misma manera en cómo se describen las cuestiones empíricas. La realidad es que cualquier teoría moral sobre los casos difíciles posee problemas relacionados con la indeterminación y con la confusión de algún deseo particular, pero también es cierto que los argumentos evaluativos deben robustecerse de criterio que, en el mejor de los casos, pueda convencer de que es verdadero. La justicia como corrección es un contraargumento contra la teoría positivista del utilitarismo en todas sus formas. Las decisiones judiciales que se tomen considerando el bienestar general van en contra de la naturaleza y propósito del derecho. Los casos difíciles son prueba de que las reglas jurídicas no son suficientes para proteger los derechos más importantes

del ciudadano. En este sentido, creemos que las tesis de Kant y Dworkin sobre el valor de la moral en la decisión son elementos fundamentales para utilizar a la justicia como elemento valorativo al resolver casos difíciles, porque el juez obraría en el error cuando su decisión llegue a lastimar el deber principal o que su acción es inmoral. Nos atrevemos a decir que la justicia como corrección como valor en la decisión judicial forma parte de una corriente que se llama *iustmoralismo*, que, en palabras cortas, significa que la decisión sobre los casos difíciles debe incluir cuestiones morales para poder resolverse jurídicamente. Este argumento es fuerte por las siguientes premisas, i) El positivismo excluyente de cuestiones morales va en declive, ii) El concepto del derecho como se viene utilizando produce casos difíciles en las cortes, iii) El escepticismo moral no es una teoría sostenible en el derecho.

Específicamente, en los casos difíciles se busca salvaguardar derechos genuinos por encima de metas sociales. Aunque pueda haber interferencia entre ambos conceptos, el juez tiene la obligación de proteger dichos derechos aun y por encima de alguna meta social o fin colectivo mediante un razonamiento descriptivo y prescriptivo. Como apoyo a esta idea, se analizó que la individualización de ciertas proposiciones jurídicas traer consigo consecuencias discriminatorias e injustas. Asimismo, la noción de la justicia debe traer consigo efectos buenos, su efecto natural es que no pueda ir en contra de sí misma. La justicia no está en las leyes, la justicia tiene como servicio el bienestar de los ciudadanos, como el pastor cuida de sus ovejas. El juez antes de emitir una resolución sobre un caso difícil debe buscar prever las consecuencias de su decisión más allá de creer que cumple con una labor orgánica o mecánica del gobierno. En resumen, la justicia como corrección es un elemento natural del derecho por lo que no puede ser autocreación del juez. La justicia como corrección se basa en un principio fundamental el de *la búsqueda de la verdad*, este principio le permite al juez la expresión de los valores más puros mediante argumentos que busquen dotarlos de verdad, encontramos en Aristóteles que los valores más puros de la justicia son el honor, la moral y la virtud, con estos valores sí es posible razonar, sí es posible

argumentar. Para ello debemos estar dispuestos a poner a prueba nuestras convicciones, nuestra percepción de lo que es correcto, porque el juez al resolver un caso difícil debe preguntarse ¿Cuál es la respuesta correcta?

En este capítulo analizamos las teorías más relevantes respecto de la respuesta correcta en los casos difíciles, con especial atención a los trabajos de Ronald Dworkin y Robert Alexy, que consideramos son ideas que se integran en el mismo sentido con el objetivo de aportar argumentos morales para la solución de los llamados casos difíciles del derecho. En el siguiente capítulo analizaremos el tema de la argumentación jurídica para conocer cuál es la forma más pertinente para construir argumentos que den solución a los casos difíciles.

CAPÍTULO IV

SOBRE LA ARGUMENTACIÓN EN LOS CASOS DIFÍCILES

Preguntas de Investigación:

¿Qué es la argumentación como actividad dianoética? ¿En qué se distinguen los argumentos lógicos de los narrativos? ¿Cuál es el argumento para los casos difíciles? ¿Existe una única respuesta correcta para cada caso difícil? ¿Cómo debe actuar el juez frente a los casos difíciles?

Hipótesis General: El argumento más efectivo para sostener la idea de la respuesta correcta es aquel que justifique elementos normativos, principialistas, interpretativos y morales.

4.1 Preámbulo

Permitásenos iniciar el presente capítulo con la siguiente idea. No se puede dilucidar la idea de la argumentación jurídica para casos difíciles sin una noción de la moral. La moralidad es un tema que se trata de manera recurrente en los estudios teóricos y meta-teóricos del derecho. Por ejemplo, el positivismo clásico y excluyente considera que la moral es una noción extrajurídica²⁸⁶. Que importa poco, casi nada o nada en la solución de los llamados casos difíciles. Dworkin y Alexy, en cambio, sostienen que la moral es fundamento del derecho y/o pretensión de corrección del derecho, respectivamente. En este sentido, no es sostenible la solución de los casos difíciles sin argumentos morales o evaluativos. En otras palabras, la argumentación de los casos difíciles provendría de la justificación de dos tipos de premisas: una interna y otra externa²⁸⁷. A propósito de nuestra investigación habremos de analizar las formas para argumentar y justificar premisas para casos difíciles desde la idea de la justificación interna y externa de Alexy. Con ello, suponemos sin conceder

²⁸⁶ Hart, H.L.A, *The concept of law*, 2 ed., Estados Unidos de Norte América, Ed. Oxford University Press, 1994, pp. 185-212.

²⁸⁷ Alexy, Robert, *A Theory of legal argumentation*, Estados Unidos de Norte América, Ed. Oxford University Press, 2011, pp. 1-302.

que en los modelos de argumentación se infiere la idea de la existencia de una conexión entre el derecho y la moral, una conexión *ideal* que une dichos conceptos, o que los separa, o que los trata de diferente forma. De la solvencia de dicha conexión *ideal-conceptual*, nace la idea de considerar la tesis de la *única respuesta correcta* como posible. Para dar sentido a esta propuesta es necesario establecer criterio de lo que ha de justificarse como material en el derecho y además que dicho criterio pueda utilizarse en el ejercicio práctico.

Para lograrlo, en primer lugar, habremos de analizar el alcance argumentativo de la lógica deóntica de Von Wright como actividad dianoética. En segundo lugar, habremos de analizar la idea de que el derecho es un sistema de coerción, pero también de corrección. En tercer lugar, analizaremos la noción de la responsabilidad de juicio de Dworkin y si los jueces pueden lograr construir una sola voz decisoria si son responsables. Todo lo anterior, con el firme propósito de proponer una tesis argumentativa para la solución de los llamados casos difíciles.

4.2 Sobre la argumentación como actividad dianoética.

Para iniciar en contexto debemos hacer alusión al gran aporte hecho por los grandes civilistas del derecho (i.e. *Savigny, Ihering, Planiol*, etc.) sobre el estudio dogmático y fundamental del derecho, de ellos aprendimos que cuando se define al derecho como derecho y como algo como derecho, lo hacemos a través de conceptos²⁸⁸ que son descritos dentro de un lenguaje normativo, muy aparte del ejercicio de la profesión jurídica. Por ello, aquel concepto dogmático que establezca lo que es una norma jurídica, será considerado como concepto jurídico²⁸⁹. Ahora bien, según esta postura analítica, lo que es considerado como normativo será en virtud de quien posea el poder orgánico de definir a ese conjunto de enunciados lingüísticos como normativos. Esto es importante,

²⁸⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, “*Discurso en Proyecto Grado Cero*”, Congreso de Argumentación Jurídica, UNAM, 2014., <https://www.youtube.com/watch?v=LOt10By1nG0>., consulta de 15 de agosto de 2016.

²⁸⁹ *Ídem*.

porque nos permite determinar una base de análisis sobre los estudios de la lógica deóntica de G. H. Von Wright respecto de los enunciados normativos del derecho como actividad dianoética. Según este autor existen modelos deónticos de lo que es obligatorio; tal es el caso de aquello que debemos hacer. Wright establece el modo permisivo como aquel modo deóntico por el que se nos permite hacer, el modo prohibitivo o como aquel que nos prohíbe hacer, “existen los modos deónticos o modos de obligación. Estos conceptos como lo obligatorio (lo que debemos hacer), lo permitido (lo que no es permitido hacer), y lo prohibido (lo que no nos es permitido hacer)”²⁹⁰. Por otra parte, Wright determina un grupo modal de existencia al que denomina *the quantification theory* o la teoría de la cuantificación. Esta teoría, en términos generales, trata sobre la universalidad, existencia y vaciamiento de propiedades o clases. Desde esta noción teórica intentaremos determinar las reglas, si es que pueden determinarse de aquello que puede deducirse como contenido normativo o, no-normativo, con el propósito de saber si es sostenible establecer si la moral puede considerarse como contenido de obligación para la teoría de la cuantificación.

En primer lugar, debemos definir *qué* es lo que debemos declarar como obligatorio, permitido o prohibido²⁹¹. Para ello, comenzaremos por decir que el propósito de las normas jurídicas es regular una conducta, específicamente aquella conducta que se establezca como condición de un imperativo hipotético y, que su incumplimiento, traiga consigo consecuencias imputables o normativas. Podemos decir que la conducta que sea normativa determinará aquello que se considerase como obligatorio, permitido o prohibido. Para Von Wright, los *actos* son los que devienen de una conducta²⁹². En segundo lugar, existe una distinción entre los actos y los casos individuales. En este sentido, el citado autor distingue al *acto genérico* y las *propiedades* que puedan subsumirse a dichos actos (i.e. fumar y la serie de actos individuales que

²⁹⁰ Von Wright, G.H., *Deontic logic*, Mind, New Series, Vol. 60 (Jan 1951) No. 237. pp. 1-15.

²⁹¹ *Ibidem*. pp. 1-2.

²⁹² *Idem*.

permiten el acto fumar).²⁹³ ¿Dónde se encuentra el análisis deóntico, en el acto o en los actos individuales? A mi juicio, no es posible concebir únicamente la proposición deóntica de un enunciado desde el acto mismo, sino desde las propiedades del acto mismo, pues las propiedades permiten que el acto exista y, por lo tanto, que dicho acto tenga un predicado deóntico, una obligación, permisión o prohibición.

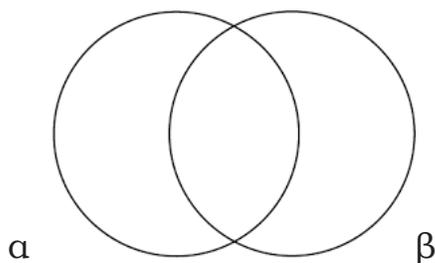
Como se analizó en el capítulo I, no podríamos llegar a determinar epistemológicamente un fenómeno si no hemos contemplado la injerencia que tiene el sujeto que aprehende a ese objeto de conocimiento²⁹⁴. Von Wright, determina que el sujeto participa en el predicado de los enunciados deónticos mediante lo que él llama *rendimiento o no-rendimiento*²⁹⁵. Afirma que ambos rendimientos tienen la cualidad característica de tener valor, es decir, son rendimientos o no rendimientos con valor. Dicho esto, consideramos que el rendimiento por parte del *sujeto deóntico* – por así decirlo- es una actividad que requiere de la exteriorización de cierto valor. Dicho rendimiento tiene una función propia, función puede ser en sentido positivo o negativo, por ejemplo: *Ovidio fuma, contra, Ovidio no fuma*. En este sentido, entendemos que sí y sólo si, el sujeto no actúa, denota un no rendimiento $\{-act\}$ para Von Wright, es una negación, la negación de fumar de Ovidio representa el no fumar por Ovidio. Pero ¿qué sucede cuando cierta conducta requiere de una serie de actos en conjunto, implicados, equivalentes o disyuntivos, respectivamente? Tal es el caso del acto de *C* que requiere del acto de *D* para que en *conjunción* se manifieste el acto $C \& D$. Para el caso de la *disyunción*, el acto de *C* requiere del no acto de *D*, para manifestarse en $C \vee D$. En la *implicación*, el acto de *C* es manifestante y se implica en el resultado del acto de *D*, por tanto, se manifiesta como $C \rightarrow D$. Finalmente, en la *equivalencia*, el acto de *C* es equivalente al acto de *D* y, se manifiesta como $C \leftrightarrow D$. Lo que intentamos determinar aquí es que mediante la lógica proposicional de Von Wright es posible inferir contenidos y existencias de verdad, a través del uso racional de las variables hipotéticas.

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ *Idem.*

²⁹⁵ *Idem.*

Esto es sostenible, si logramos distinguir entre el acto tautológico y contradictorio. Según -Wright- el primero se traduce en llevar a cabo el acto y, en el segundo caso, el no llevarlo a cabo²⁹⁶. Para mi representa llevar a cabo el mismo acto de maneras distintas, es decir, por negación, implicación, disyunción, equivalencia. En los cuatro modos interpretamos la fórmula del mismo caso en cuatro diferentes expresiones; que tienen como común denominador que son verdaderas. Esto queda plenamente ilustrado con el conocido *diagrama de venn*²⁹⁷.



“Todo lo que no está permitido, se entiende como prohibido”, Kelsen sostuvo hasta el final de su cátedra que el derecho es un sistema normativo completo por excelencia, y que, por lo tanto, al ser un sistema completo, es consistente en que para toda conducta existe un presupuesto normativo de naturaleza prohibitivo²⁹⁸. El principio, siguiendo la regla de Kelsen, quedaría de la siguiente forma: aquello que jurídicamente no esté prohibido por el derecho, entonces es jurídicamente permitido. Tanto el principio como la regla de Kelsen pueden catalogarse como jurídicas en tanto que contemplan una idea de completitud, esta idea puede dilucidarse desde dos puntos de vista, uno fuerte y otro débil, desde la perspectiva de (Bulygin)²⁹⁹, o desde la sintáctica y semántica desde nuestra percepción³⁰⁰. Sobre la primera idea, -Bulygin-

²⁹⁶ *Ibidem*. pp. 3-4.

²⁹⁷ Sobre los componentes del “Diagrama de Venn”, véase *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. 2015.

²⁹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1982, pp. 1-355.

²⁹⁹ Bulygin, Eugenio, “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, pp.1-7.

³⁰⁰ *Ídem*.

diremos que existe una distinción entre proposiciones normativas y normas jurídicas por el hecho de que lo que está prohibido por el ordenamiento jurídico está prohibido, es decir, una tautología³⁰¹. Explicitarlo mediante un sentido negativo – por así decirlo – diciendo que lo que no está prohibido está permitido, es una proposición jurídica, pues es naturalmente contingente y como principio está vacío. Dicho otro modo, quiere decir que las proposiciones jurídicas son aquellas formulaciones que únicamente describen un lenguaje de tipo jurídico, pero que no regulan una conducta a ser observada. Si bien es cierto, este tipo de formulaciones pueden ser interpretadas en sentido débil si se infieren como permitidas por no ser prohibidas por el orden jurídico. Por otro lado, observo que aquellas formulaciones interpretadas en sentido fuerte son aquellas normas jurídicas que de manera *expresa* determinan si son prohibidas o permitidas (i.e. Plutarco entra en la habitación y desea fumar. En la habitación no hay un letrero que prohíba fumar; en este caso, Plutarco entiende que si no le es prohibido fumar en sentido fuerte, entonces le es permitido hacerlo en un sentido débil)³⁰². Esto es cierto, porque al no existir una prohibición en sentido fuerte, la conducta de Plutarco no está en contra de alguna regla de conducta de tipo jurídico. Asimismo, es plausible argumentar “lo que no está prohibido, está permitido” (una tautología), sin embargo, al afirmar el sentido del enunciado no estamos refiriéndolo o intentando subsumirlo a una norma jurídica.

A mi modo de ver, el contenido deóntico de la permisión no es otra cosa que sintáctica y semántica. Recordemos que la *sintáctica* es “la parte de la gramática que enseña a ordenar y unir palabras para formar las oraciones y expresar conceptos”; mientras que la *semántica* es “el estudio del significado de los signos lingüísticos y de sus combinaciones, desde un punto de vista sincrónico o diacrónico”³⁰³. Dicho esto, el derecho está formulado sintácticamente a través de enunciados gramaticales que tienen la

³⁰¹ *Ídem*.

³⁰² *Ibidem*. p. 2.

³⁰³ Sobre la “Diferencia conceptual entre sintáctica y semántica”, véase *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, ed. 2016.

característica de prescribir conductas. Ergo, lo que sintácticamente está determinado como jurídico es aquello que prohíbe, permite u ordena el cumplimiento de algún deber de conducta. Esto es lo que consideramos que Bulygin advierte como el sentido fuerte de las normas jurídicas. En cambio, el sentido débil, es aquel que no se encuentra sintácticamente determinado por el enunciado normativo pero que si está en el sentido que le puede atribuir la semántica de la expresión normativa, es decir, en sentido débil. En ambos casos, estamos hablando de un mismo contenido visto desde una visión *dicotómica*.

Veamos lo que subraya Von Wright al respecto: “Si un acto no es permitido, es entonces prohibido *i.e. Robar no es permitido, por tanto, es prohibido*. No estamos permitidos a robar, entonces debemos, no robar, si la negación de que un acto está prohibido, el acto mismo, es denominado como obligatorio. Por ejemplo: está prohibido desobedecer la ley, luego entonces es obligatorio obedecer la ley. Tenemos el deber de hacer aquello de lo que no estamos permitidos a no hacer”³⁰⁴. De esta idea de Wright inferimos que existe primariamente un deber hacia lo permitido y/o prohibido en la ley, precisamente, a mi juicio, este deber es un ligamento entre la noción de lo que obliga en virtud de lo que se encuentra prohibido por la norma jurídica. Ahora bien, es destacable la distinción que hace Wright sobre aquellos actos que está permitido realizar y no realizar, estos actos, dice el autor son “moralmente indiferentes”. Infiero que el autor quiso decir que no existe deber alguno –o por lo menos no uno jurídico-, pues en ninguno de los dos sentidos del acto, existe contenido de observancia obligatoria; creemos que esos actos están deónticamente vacíos según lo que hemos venido observando.

Asimismo, queremos hacer notar la relevancia de que lo moralmente indiferente, desde este constructo, sí es un elemento por considerar para determinar la obligatoriedad de una conducta. No está claro, pero parece que el autor propone que la moral desde su concepción más general es tratar una idea

³⁰⁴ Von Wright, *Op. cit.*, nota 290, p. 11.

relacionada con el contenido deóntico de un acto. Esta idea moralista propone una diferencia notable entre lo que llamaremos la permisión positiva y la negativa, la positiva, será aquella que sea determinada en sentido fuerte –como hemos argumentado– y, en sentido negativo en cuanto a la manifestación de indiferencia. Además, como también se ha sostenido ya, la sintáctica está presente en la formulación de la expresión, y en la semántica de la expresión encontramos aquello que puede deducirse a través de la conjunción, disyunción, negación o equivalencia; incluso lo que pudiera llegar a ser contenido moral con peso semántico.

La lógica deóntica tiene un sistema que funciona en virtud de proposiciones y de la verdad funcional de dichas proposiciones³⁰⁵. Dicho de otro modo, la forma en que dichas proposiciones se expresan determina su contenido deóntico (su permisión, prohibición, u obligatoriedad). Von Wright, sostiene que una *adecuada técnica de decisión* servirá como instrumento para determinar la veracidad o falsedad de los enunciados deónticos; una verdad o falsedad que es proposicional³⁰⁶. Tal es el caso del enunciado *A* y *B*. Si *A* es permitido y *B* es permitido, entonces *A* es un enunciado prohibido y *B* es un enunciado prohibido, una verdad lógica; sin embargo, esta verdad lógica no está del todo equiparada con el contenido deóntico de los enunciados que venimos señalando, porque observamos que las proposiciones *A* y *B* pueden llegar a ser verdaderas o falsas de acuerdo con el enlace que se lleve a cabo respecto del contenido deóntico que se desee determinar.

Por ejemplo: Si al llevar a cabo la conducta de *A* no es “obligatorio” hacer o no hacer la conducta de *B*, entonces nos es “obligatorio” hacer o no hacer la conducta de *B*. Para ilustrar mejor esta idea podemos argumentar que lo que determina como verdadera una proposición expresada, es el uso que se le dé a dicha proposición mediante la consecución lógica que arroje el contenido deóntico. Por tanto, si la consecución lógica que arroje la proposición es

³⁰⁵ *Ibidem*. p. 3.

³⁰⁶ *Ibidem*. pp. 5-11.

contraria a la naturaleza misma del contenido deóntico (i.e. obligación, permisión, prohibición), entonces dicha proposición es falsa. Entonces, la consecuencia de la proposición es la que determina si se cumplió o no con el contenido deóntico. Además de lo anterior, puede que la proposición sea eficazmente reproducida en su construcción; pero será lógicamente falsa si el resultado no es acorde con el contenido deóntico a expresarse. Por ejemplo: $A + B = C$. La construcción lógica es verdadera (i.e. “ $A+B$ ”), pero su resultado puede llegar a ser deónticamente falso (i.e. “ C ”).

Si hemos investigado bien, la teoría deóntica de Von Wright establece dos variables importantísimas para expresar una proposición lógicamente verdadera. Por una parte, la construcción lógica de una proposición en la que es posible inferir un resultado de tipo contingente, que como ya explicitamos, dicha construcción racional no es suficiente motivo para determinar su veracidad o falsedad, lo que nos dirige a la segunda variable. Es necesario corresponder a la naturaleza propia del contenido deóntico para establecer su verdad. Sin la debida atención a la naturaleza del contenido deóntico, habríamos de obtener proposiciones lógicas fuertes, expresiones construidas racionalmente, pero carentes de verdad. ¿Cómo entonces es posible hacer un trabajo de derivación normativa que incluya ambas variables de tal manera que resulten en proposiciones verdaderas?

La respuesta pudiera encontrarse en el *valor funcional* de lo prohibido y permitido. Considérese que los actos determinan el valor de lo que está prohibido o permitido, y que, en algunos casos, los actos que son prohibidos o permitidos son parte funcional de otros actos que, a su vez, pueden también prohibir o permitir respectivamente.

En primer término, consideremos la realización o no realización de un acto, demostrado por A y $-A$. En este caso, queda demostrado únicamente que el acto A no se realizó, pero si se demuestra que A es permitido, se demuestra que $-A$ puede ser permitido o prohibido. También está el caso de lo “moralmente

indiferente”, usando el mismo caso, la indiferencia de *A*, resultaría en la permisión de *A*, por la inferencia de su indiferencia. Por ejemplo, el caso ficticio del soldado Rambo. Como soldado, Rambo tiene la obligación de cumplir órdenes (si seguimos el principio de “las órdenes no se discuten, las órdenes se cumplen”). Resulta que al soldado Rambo se le ha ordenado terminar con la vida de otro soldado por un oficial de rango superior. El cumplimiento o incumplimiento de la orden dependerá del ejercicio sobre el valor de la permisión o prohibición. Si el soldado Rambo cumple la orden de acabar con la vida de su compañero estaría haciendo uso de la permisión que le confiere el contenido deóntico de obedecer a sus superiores; pues el soldado Rambo actuará según la expresión de la orden dada por su superior, sin embargo, dicho ejercicio se enfrenta a un problema de valor. La ejecución de la orden supone otro tipo de consecuencias en otras expresiones o proposiciones. Como consecuencia de un acto prohibido, en actos como, *no matar, proteger la vida, salvaguardar la integridad de otros*, etcétera. Asimismo, la ejecución de la orden superior por parte del soldado Rambo en ciertas circunstancias es permitida, por ejemplo, cuando se pone en *peligro* la vida propia, en tiempos de *guerra*, para salvaguardar la vida de otros, etcétera. En resumen, en algunos casos la orden “*O*” es permitida. En otros casos, no lo es “- *O*”. En el caso de que *O* sea indiferente, entonces *O* será permitida. Pero si *O* es una obligación y al mismo tiempo una permisión, entonces el no cumplir con la obligación-permisión de *O*, es una prohibición³⁰⁷.

Luego, Von Wright establece que las funciones deónticas son similares a las funciones que determinan la verdad, para lograrlo establece lo que él denomina el Principio de la Distribución Deóntica: “*Si un acto es la disfunción de otros dos actos, entonces la proposición de que la disfunción es permitida es la disfunción de la proposición de que el primer acto es permitido y la proposición de que el segundo acto es permitido*”.³⁰⁸ Esto quiere decir que cada acto se debe considerar como un universo que está compuesto por un número finito de

³⁰⁷ *Ibidem*. pp. 5-8.

³⁰⁸ *Ibidem*. p. 7.

propiedades. Ergo, un acto puede segmentar a otros actos, es decir, la disyunción es una permisión deóntica que se deriva de la proposición de que el primer acto es permitido y la proposición de que el segundo acto también lo es. Dicho de otra manera, en virtud del *Principio de Distribución Deóntica*, los actos están compuestos por elementos ciertamente constitutivos, los cuales tienen una función en particular que se manifiesta al momento de ser conjugados desde la perspectiva de su estado inicial de disyunción. Las propiedades de un acto tienen una función en su individualidad, sin embargo, al ser conjugados con otros tienen una funcionalidad específica que permite la creación de nuevos actos. Estos, los nuevos actos, pueden implicar, desasociar o conjugar funcionalmente en otros³⁰⁹.

Ante todo esto, aún no podemos distinguir claramente qué hace de una proposición deóntica verdadera de una que no lo es. Creemos que una proposición lógicamente verdadera lo será en cuanto se lleve a cabo un ejercicio de ponderación entre el “valor” de lo que puede estar permitido o prohibido, ya sea por negación, implicación, conjunción o disyunción. Recordemos que hemos propuesto que existe cierto contenido moral que se encuentra arraigado en el peso semántico de la expresión sintáctica. Argüimos que Von Wright no especificó cómo ha de ponderarse el valor entre lo prohibido y permitido que pueda permitir esclarecer el sentido verdadero de una proposición con contenido deóntico frente a otra que pueda contradecirse con ella. Lo que sí es cierto, es que el estatus deóntico individual de una expresión puede considerarse como verdadero si y sólo si, su resultado no sea contradictorio con la naturaleza misma de su estado deóntico³¹⁰. Asimismo, argumentamos que desde el estatus deóntico del deber observamos que las proposiciones que permitan, prohíban u ordenen algo a hacer, a no hacer o a dar, son contenido jurídico; que la idea del contenido moral normativo puede demostrarse a través del ejercicio semántico de las proposiciones, en las que notamos con más

³⁰⁹ *Ibidem*. p.15.

³¹⁰ *Ibidem*. pp. 1-15.

claridad la posibilidad de integrar el contenido moral de la proposición mediante un sistema de tipo lógico.

Para cerrar afirmamos lo siguiente: Si una proposición es verdadera, entonces es posible, y si una proposición es posible entonces no es falsa. Y si una proposición es verdadera en una cosa, entonces esa propiedad existe. Si es verdad que existen las propiedades morales en el estatus deóntico de las proposiciones normativas, entonces, las proposiciones morales son obligatorias al sistema de proposiciones del que son inferidas.

4.3 Tres jaques al positivismo

Es innegable la influencia de los trabajos de Ronald Dworkin en contra de las deficiencias del positivismo³¹¹. Su manera tan peculiar de ejemplificar y de construir historias ha sido tanto de gran reconocimiento como de enérgica crítica a través de los años. Dworkin, nos hace una pregunta muy importante: ¿Cuándo no hay respuesta correcta a una pregunta legal?³¹² Para responderla, expone un caso legislativo hipotético en el cual se advierte que “de ahora en adelante, todos aquellos contratos que sean sacrílegos deberán ser inválidos”. En este respecto, hay varios contratos que se han firmado en domingo y se desconoce si por esa razón han de considerarse inválidos siguiendo a la nueva regla. Por ejemplo, Tim demanda el cumplimiento de un contrato firmado en domingo a Tom, quien reconviene la validez del mismo adscribiéndose a la nueva regla recién publicada por la legislatura. El juez está frente a un dilema. ¿Es o no válido el contrato celebrado entre Tom y Tim en domingo? Nos parece que Dworkin pretende hacer que usted y yo nos cuestionemos si el caso de Tim y Tom tiene una respuesta correcta, o bien, estamos frente a una de esas preguntas que no tienen respuesta (¡vaya problema!) o que simplemente no podemos contestar en la realidad, en nuestra realidad para ser más específicos.

³¹¹ Dworkin, Ronald, *A matter of principle*, Estados Unidos de Norte América, Ed. Harvard University Press, 1985, pp. 1-397

³¹² *Ibidem*. pp. 119

Mire usted, una de esas preguntas podría ser “¿qué tan alto es arriba?”, ¿se lo ha preguntado? A primera vista, parece una pregunta que no nos es posible responder en nuestra realidad, pero ¿a qué se debe que no podamos responder con claridad?, ¿a la incertidumbre de lo que significa hasta arriba? Más adelante buscaremos establecer consideraciones respecto de estos *conceptos interpretativos*. Ahora bien, algo que sí podemos afirmar con categoría es que el juez del caso Tim y Tom debe dar respuesta (a este caso que creemos es uno difícil). Dworkin comienza con establecer *el deber* que tiene el juez cuando está por aplicar conceptos legales dispositivos. Ergo, el caso de validez de un contrato es un concepto dispositivo en tanto el concepto se sostenga en un determinado rango de asuntos. Es un deber *prima facie*, y el juez debe moverse en el sentido de la disposición del concepto de validez fuera de todo alcance discrecional. Dicho de otra forma, el concepto dispositivo, si existe y puede sostenerse, no da lugar a la discreción, por lo menos, no como una opción decisoria primaria, sino más bien secundaria o extraordinaria.

Pero entonces, ¿cómo resolver un caso cuando a *prima facie* no es posible sostener un concepto dispositivo? Dworkin afirma que de la misma manera en que el juez tiene el deber de resolver un asunto cuando se den los supuestos *prima facie* del concepto, también tendría el juez el deber de resolver pero de la forma opuesta; a esto le llama la *tesis bivalente*³¹³. La tesis bivalente, es pues, la tesis de lo válido y lo no-válido. La idea del deber del juez en el mismo sentido cuando puede aplicar conceptos dispositivos que cuando no le es posible. Permítasenos dejar en claro que Dworkin lo que está diciéndonos es que la idea positivista de la validez debe contra argumentarse de la misma manera de cómo se formula, es decir, si hay un intercambio de promesas entre dos personas. Las circunstancias, características y elementos de dichas promesas deben a *prima facie* adjudicarse a una disposición contractual y cuando alguna no pueda adjudicarse, deberá entonces, a *prima facie*, resolverse por alguna otra disposición no-contractual. Dworkin acierta en la idea de la

³¹³ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 311, pp. 120-121.

respuesta correcta de aquellos casos que según la tesis de la bivalencia si pueden a *prima facie* encontrar un concepto dispositivo al cual subsumirse. La única objeción es que no distingue en definir si la respuesta correcta de los casos dispositivos es la correcta-legal versus otro tipo de respuestas correctas posibles.

Proponemos el siguiente ejemplo para ilustrar las posibilidades de otro tipo de respuestas. En específico, ¿la respuesta correcta-legal puede ser o no justa? Imagine usted a una señora de edad avanzada que desea reparar una tubería de su cocina. Para lograrlo contrata los servicios de un plomero. La señora decide aceptar el servicio pagando una cantidad muy costosa, lo que se traduce en tener que acudir a un banco para recolectar dicha suma. Cuando llega al banco y solicita el dinero en la ventanilla, la empleada del mostrador se muestra sorprendida por semejante retiro en efectivo (la empleada nunca había visto un retiro semejante de ese cliente) y decide preguntarle a la señora el motivo de la operación, ella le responde lo que usted y yo ya sabemos. La señora al escuchar a la empleada del banco respecto del cobro del servicio de plomería se ve estafada por el plomero, pero ha firmado un contrato, ha contraído una promesa.

Según la legislación no hay un concepto dispositivo *prima facie* que establezca que ese contrato sea inválido por el alto costo del servicio. Según la tesis bivalente, el contrato es válido y la señora debe pagar. Sin lugar a duda, el caso de la señora tiene una respuesta *correcta-legal*, pero podríamos decir que ¿es justa? A *prima facie*, nos parece que no lo es y la tesis de la bivalencia del positivismo está en jaque. Dworkin establece que el problema de la tesis bivalente es su *ambigüedad*³¹⁴. Dicho esto, propone dos versiones de la tesis de la ambigüedad; sobre que no existe respuesta correcta, dice “ambas versiones niegan que la tesis de la bivalencia pueda sostener conceptos dispositivos importantes”³¹⁵. Asimismo, ambas versiones niegan que el intercambio de

³¹⁴ *Idem.*

³¹⁵ *Idem.*

promesas siempre constituya o no constituya validez en un contrato. Por el contrario, se diferencian entre el tipo de argumento que pretenden construir.

En la primera versión, Dworkin se refiere a que la tesis de la bivalencia no ocupa todo el espacio lógico que puede haber entre una proposición verdadera y una falsa, es decir, la tesis de la bivalencia no contempla la posibilidad de determinar que la proposición de que el contrato sea válido, sea tan falsa como la que determina que no lo es. Por tanto, existe una tercera posibilidad de espacio entre las primeras dos, que permite disminuir el grado de ambigüedad entre las premisas del todo y nada. Dworkin, concluye diciendo que la afirmación de que no existe respuesta correcta para el caso de Tim y Tom se subyace a la ignorancia de esa tercera posibilidad.

Para entender mejor la tercera posibilidad vale decir, “el café está frío o caliente” cuando la verdad es que el café está tibio. En este sentido, podemos inferir que Dworkin está estableciendo una regla de diferencia entre la incertidumbre y la indeterminación. Por lo menos, aporta un elemento de distinción, entre algo que no sabemos porque lo ignoramos a lo que no sabemos porque no lo podemos conocer. Puede ser que en el caso de la señora y el plomero existe una tercera posibilidad en el espacio de los contratos y que tiene que ver con el valor de la justicia. En la segunda versión, Dworkin afirma que la cuestión de la tercera posibilidad no se sostiene, que ni la primera o segunda posibilidad pueden llegar a ser verdad en todos los casos porque a la pregunta de si el café está frío o caliente, existe un *borde* entre ambas temperaturas que no permite determinar cuando el café está en el borde del frío o en el borde de lo caliente, porque existe *vaguedad* en la categoría de las proposiciones. Otro argumento de objeción es que hay categorías en las proposiciones que no hace falta decir que son vagas, porque no pueden pasar la prueba de la demostrabilidad. En otras palabras, la afirmación que sostiene que un hombre

fue más valiente que otro no es problema de la vaguedad, sino de la falta de demostrabilidad de esa afirmación³¹⁶.

La diferencia entre las dos versiones es la que se sigue. En la primera versión estamos frente a un juicio *deóntico* por el que se justifican una serie de propiedades que en su conjunto satisfacen el criterio de validez de la norma en cuestión. Cuando alguna de esas propiedades no puede satisfacerse de acuerdo ese criterio deóntico entonces el criterio de validez es negativo y, en consecuencia, inválido. La bivalencia supone una respuesta correcta que aparenta ser legal porque deriva de conceptos dispositivos –dogmáticos– pero no estamos seguros si la respuesta ofrecida por este tipo de criterio satisface por completo a la norma, pues no es lo mismo decir no ~p que ~p. La decisión judicial supone también una diferencia entre las dos versiones, la diferencia radica en la facultad discrecional que tiene o puede tener el juez frente al caso de Tim y Tom. En la primera versión que sostiene criterios de P y ~P, el juez tiene el deber discrecional de resolver mediante la ley, es decir, el material objeto del ejercicio discrecional es proveído por la misma legislatura³¹⁷. En el caso de la segunda versión, la discreción no se sigue por provisión de la ley sino por defecto de la misma, es decir, por vacío y el juez tendría que decidir cómo pueda y con lo que tenga.

Si es que es sostenible la idea del espacio, del todo o nada, del criterio de validez, de la primera versión, el deber *prima facie* del juez para resolver en uno y otro sentido es distinto a las proposiciones sobre un contrato válido³¹⁸. Dworkin, lo refiere así “los conceptos dispositivos son usados para describir las ocasiones de obligación oficial pero no se sigue que estos conceptos por si mismos tengan la misma estructura que el concepto de obligación”³¹⁹. Por ello, es necesario encontrar una respuesta conceptual y no contingente que conecte los conceptos dispositivos con los derechos y obligaciones. Por supuesto, que

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ *Ibidem.* p. 122

³¹⁸ *Ibidem.* pp. 123-124.

³¹⁹ *Idem.*

esto significa dotar de sentido a esa respuesta conceptual más allá de cualquier significado corriente en la práctica lingüística. Lo anterior supone un reclamo de tipo semántico.

Hay una objeción de tipo realista que merece tratarse aquí, pero de manera breve. Trata sobre la problemática que encierra la descripción de la función de conceptos dispositivos y la prueba de dichos conceptos con la práctica legal ordinaria, sucede a menudo en la práctica que no hay respuesta correcta para casos particulares como el de Tim y Tom. La indeterminación de conceptos como “sacrílego” en la práctica es común. Por tanto, es irreal el intentar sostener que no hay un espacio lógico entre lo válido y lo inválido.

En este orden de ideas, nos corresponde analizar de manera más profunda la segunda versión de la tesis, la que dice que no hay respuesta correcta. Nos referimos al problema de la vaguedad. La problemática de la vaguedad se fundamenta en tres argumentos. El primero es sobre la inevitable textura abierta en el lenguaje jurídico, lo que permite suponer que hay un vacío de verdad o falsedad en esas proposiciones³²⁰. El segundo argumento tiene que ver con la existencia de estructuras dentro del mismo sistema normativo que explican el criterio de validez o invalidez en casos como el de Tim y Tom. El tercer argumento descansa en la idea de la existencia de proposiciones normativas que son contendidas de tal manera que suponen una controversia de alto grado. Por lo que cualquier reclamo a favor o en contra es deficiente como criterio de verdad o falsedad según corresponda³²¹.

Dworkin presenta una distinción entre el término de lo que es vago debido a su formulación en la legislación y, la vaguedad, que supone un concepto por tener diferentes concepciones. En el tema que nos ocupa seguiremos utilizando la expresión “sacrílego” como a la formulación legislativa que es vaga por el uso de ese término. El problema de la vaguedad en este sentido supone que ha de realizarse una explicación según el significado abstracto de la palabra. De

³²⁰ Hart, *Op. cit.*, nota 286, pp. 123-154.

³²¹ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 311, pp. 128

cierta manera, la vaguedad en este sentido supone que la ley es indeterminada. Dworkin afirma que este constructo es un error. Primero, porque la explicación en abstracto de la palabra vaga supone la exclusión de cualquier interpretación jurídica de ese concepto según el caso en particular, que en el mejor de los casos advierte la posibilidad de una respuesta correcta para tal asunto³²². El sentido del término “sacrílego” que pudiera argumentarse no es tan importante para esta investigación como saber que la vaguedad de un término legislado puede justificarse mejor a través de la interpretación jurídica que por virtud del mero sentido abstracto del término. Nótese que Dworkin está diciendo que en casos de vaguedad de la ley hay que colgarse de la interpretación, y como ya hemos enunciado antes, será necesario interpretar de la manera que mejor interrelacione al concepto dispositivo con su sentido jurídico posible. Al respecto, Dworkin señala “el impacto de un estatuto legal está determinado mediante la pregunta de que entre todas las interpretaciones posibles del término en su sentido más abstracto se acerca al cúmulo de principios y políticas que provean en conjunto la mejor justificación del estatuto legal de acuerdo a su fecha de publicación”³²³. Es una realidad el empleo de términos vagos por parte de los legisladores (i.e. sacrílego, hombre, temperatura, altura, velocidad). También es cierto que los jueces a menudo tienen que determinar sentido a términos vagos como intención o propósito, estos términos *per se* también son vagos.

Podría argumentarse que la *indeterminación* de estos términos puede reconstruirse a partir de las descripciones del público en general, de los mismos legisladores, etcétera. Dichas descripciones, son afirmaciones de hecho sobre lo que es utilizable como contenido de determinación de términos vagos. Así pues, no debe de confundirse la *incertidumbre* de un término vago por la *indeterminación* del mismo. En la incertidumbre hablamos de una expresión que no nos es posible conocer; mientras que la indeterminación, a mi modo de ver, se refleja en expresiones que si bien nos hace falta justificar su sentido si

³²² *Ibidem.* p. 129.

³²³ *Idem.*

es posible determinárselo³²⁴. Por tanto, la segunda versión de la no respuesta correcta que se deriva de la problemática de la vaguedad de lenguaje legal, no se sostiene desde el punto de vista de la indeterminación de las expresiones formuladas por la legislatura si es posible construir criterios de determinación que eliminen esos vacíos.

De lo anterior debemos de rescatar algunos puntos de consideración futura. Hay una diferencia importante entre la vaguedad del lenguaje por incertidumbre que por indeterminación. No obstante, es necesario establecer un criterio entre ambas categorías. Luego, si la vaguedad es indeterminación y no incertidumbre, es necesario construir mediante la mejor interpretación y argumentación lo indeterminado. Por último, si es posible lograr determinar el lenguaje del término vago en la idea de la justificación interpretativa, entonces habrá que establecer criterio *preferente* frente a otras justificaciones construidas para ese mismo concepto, es decir, frente a argumentos distintos de sentido, llegar pues a la misma respuesta. Resumiendo lo anterior, ¿es sostenible la idea de la respuesta correcta?, la segunda versión está en jaque.

Ahora toca tratar la problemática que envuelve al argumento del positivismo. Para comenzar de la mejor manera necesitamos partir de una premisa general positivista. Ella, se traduce en que la ley existe por virtud de actos humanos decisorios revestidos de autoridad, formulados en un lenguaje corriente³²⁵. Luego entonces, la ley se traduce en mandamientos de autoridad dirigidos hacia actos humanos de la misma naturaleza. En este sentido, es mandamiento de autoridad lo que se haya formulado como tal, no lo es, cualquier otro acto humano que no esté advertido como mandamiento oficial, adoptado o aceptado por una *regla de reconocimiento* (Hart). De manera que esos mandatos de autoridad son verdaderos si satisfacen dicho criterio, y falsos ¿cuándo no se satisfaga ese criterio de mandato oficial, o de adopción, o de aceptación por la comunidad? La respuesta a esta interrogante es problemática si consideramos

³²⁴ *Ibidem.* pp. 130-131.

³²⁵ *Ibidem.* pp. 133-135.

el mundo real, si considerásemos las cualidades de las proposiciones ordinarias y las proposiciones legales.

En este respecto, Dworkin propone el siguiente ejemplo para dilucidar si el sistema binario del mandato de autoridad del positivismo es sostenible:

Imagine usted que un grupo de alumnos de la escuela “X” proponen discutir sobre David Copperfield ¡como si fuera una persona real! Ellos proponen decir, por ejemplo, que David visitaba la Casa de Salem, que era trabajador, entre otras cosas. Luego, desarrollan las siguientes reglas para gobernar todas estas aserciones.

- I. Cualquier proposición acerca de David puede ser afirmada como verdadera si “X” la advirtió, o haya advertido algo más que pueda ser inconsistente con lo que X haya negado.
- II. Cualquier aserción puede denegarse como falsa si X la niega, o haya advertido algo más que pueda ser inconsistente de lo que X haya dicho³²⁶.

A este tipo de aserciones podemos considerarlas como pretensiones de conducta, en este caso, como *mandatos* de la conducta de David Copperfield. El sistema binario de verdad y falsedad es subyacente la cúmulo de eventos que se hayan podido determinar (i.e. que David asistió a la Casa de Salem, que era trabajador, etcétera), se intenta construir un concepto sobre la “realidad de David”, este concepto “mandatorio” justifica como verdad la conducta de David de atender la Casa de Salem y, por tanto, falsa la aserción de decir que no asistió. La otra, es las conductas no condicionadas para David, pero que sean inconsistentes con el cúmulo de aserciones que sí se hayan expresado. La problemática del argumento positivista tiene que ver con aquellas proposiciones que en sentido contrario se infieren como falsas o verdaderas, por su inconsistencia aparente. Entonces, es una falacia decir que las proposiciones legales que emanen de la autoridad y que sean oficiales deben sostenerse en todos los casos de inconsistencia (o que son de textura abierta) únicamente, en

³²⁶ *Ídem.*

virtud de alguna regla de reconocimiento oficializada, aceptada o adoptada. Luego, es sostenible afirmar que las proposiciones legales son distintas a las proposiciones de origen en cuanto a que las proposiciones legales contienen un lenguaje distintivo al lenguaje originario.

Es por ello es que el positivista justifica su teoría de la *no respuesta correcta* mediante el seguimiento de reglas generales emanadas de la autoridad, que se pueden validar o invalidar según su correspondencia con el mandamiento de autoridad del soberano. Dworkin lo formula así “una proposición en particular puede ser verdadera o falsa, no por alguna causa de vaguedad o de textura abierta en el lenguaje sino a través de las reglas básicas (o principios) que legitimen actos o conductas futuras³²⁷”. En este sentido, la afirmación de verdad o falsedad de una proposición legal puede admitirse sin más. Lo destacable de este análisis es la posibilidad de considerar que hay problemas en la validez de las proposiciones en el sistema binario. Asimismo, al considerar que no todos los sistemas jurídicos funcionan a través de un sistema de afirmación-negación³²⁸. En principio, esta afirmación puede suponer que en los sistemas jurídicos en los que sí funcione el sistema binario no haya respuesta correcta según hemos disertado, no obstante, en los sistemas que no funcionen de esta manera o sean contrarios a ello ¿si hay respuesta correcta?

Dworkin pone de manifiesto al argumento positivista de la *aparente* descripción del mundo real a través de proposiciones binarias (verdad-falsedad) que en preguntas o casos como el de Tim y Tom presuponen que no hay respuesta correcta, a esas cuestiones embarazosas, por la idea contingente del mandato de autoridad, que para mí discernimiento, se traduce en el problema del *teléfono descompuesto*: que si dijo, que sí que dijo, que sí que no dijo, que sí quiso decir... la verdad es que el teléfono descompuesto no explica, ni justifica nada, no proporciona nada.

³²⁷ *Ibidem.* p. 135.

³²⁸ *Ídem.*

El tercer argumento de la no respuesta correcta es el de la controversia o demostrabilidad. Para comenzar con el pie derecho debemos dejarle en claro que este es el contraargumento más sólido de Dworkin respecto de la idea *positiva-escéptica* que afirma “ninguna proposición puede decirse verdadera sino está relacionada directamente con hechos, o que sea conocida o, que haya sido estipulada”³²⁹, o sea que los hechos sólo pueden conocerse, o haberse conocido por todos, como verdaderos, por medio de un lenguaje que sea racional y viceversa. El argumento de la demostrabilidad de la no respuesta correcta se sostiene en tres ideas.

(1) Sólo aquellos sucesos de estricta empírea pueden ser calificados de verdaderos.

(2) No hay verdad en la proposición que no tenga un hecho que la respalde.

(3) Sólo los hechos conocidos pueden ser verdad porque son racionales.

Mi argumento se tendría que dilucidar a través de la siguiente interrogante: ¿Hay algo más que sólo hechos duros? Porque si lo hay, entonces la tesis de la demostrabilidad es falsa. Sigamos entonces con el análisis utilizando un ejemplo de Dworkin. “La esclavitud no es una proposición, en si misma injusta”. Permítasenos explicar a fondo, porque la tarea es digna de profundidad. No es necesario ser muy perspicaz para inferir que nos referimos a la esclavitud como una proposición, injusta o incorrecta, lo que significa que la esclavitud como proposición injusta es un hecho moral evidente. Dworkin lo detenta como como el hecho moral, no porque la gente lo crea, o alguna institución le reconozca como hecho moral, o, algo parecido, sino sólo porque lo es³³⁰. La idea dworkiana afirma que si bien es cierto que pueden existir hechos que se desconozcan o que no se hayan estipulado, es sostenible afirmar que podamos llegar a la verdad racional si encontramos algo más allá afuera que constituya una posibilidad de esa verdad. Por el contrario, si no existiera nada allá afuera que nos permitiera llegar a ese elemento racional, no hay verdad posible que construir. La idea de Dworkin resta en afirmar que podemos llegar

³²⁹ *Ibidem.* p. 137. Sobre el concepto de “partículas morales (morones)” véase Dworkin, *Op.cit.*, nota 313, pp. 41-44.

³³⁰ Dworkin, *Op. cit.*, nota 311, pp. 137-138, también, *supra* nota 45.

a la verdad, si y sólo si, podamos encontrar un hecho demostrable o no demostrable (según el argumento de la demostrabilidad) que constituya un elemento de racionalidad para nuestra proposición de verdad.

En mi capítulo anterior propuse que la idea de la justicia como corrección es sostenible como categoría moral para la solución de los casos difíciles. Propusimos que los hechos morales como la esclavitud, no pueden tratarse de la misma forma que los hechos empíricos, es decir, no podemos tratar hechos morales con hechos empíricos como si se tratase en determinar hechos morales con una especie de termómetro capaz de medir el grado de influencia o de participación en una proposición. La realidad es que para dotar de sentido y justificación a un hecho moral necesitaríamos algo así como un *argumentómetro*, pues imagínese, cómo podríamos describir con hechos duros ¿quién fue mejor artista? si Mozart o Beethoven. El desacuerdo entre personas racionales, como usted y yo, sería interminable y algo risible³³¹.

El contraargumento de Dworkin toma sentido en la idea del desacuerdo que puede existir entre filósofos o juristas sobre si existe o no una respuesta correcta. El desacuerdo existe, no obstante, la idea que constantemente hemos dilucidado en nuestra investigación es que es posible llegar a justificar un hecho moral como racional. Esa idea sugiere que *sí podemos* llegar a proveer un elemento que de consistencia en la pretensión de la respuesta correcta para un caso. Dworkin, lo refiere como la idea que explica de manera más satisfactoria la forma en que X persona dijo, o diga lo que dijo, o piense lo que pensó según las proposiciones en cuestión³³².

Ahora bien ¿que nos hace creer que los hechos morales pueden ser racionales? Dworkin, establece tres premisas de apoyo.

- (1) La existencia de hechos por consistencia narrativa.
- (2) La necesidad de proveer de razones genuinas.
- (3) La prueba del observador independiente.

³³¹ Dworkin, *Op. cit.*, nota 313, p. 44.

³³² Dworkin, *Op. cit.*, nota 311, p. 138.

La existencia de hechos por consistencia narrativa responde a la idea dworkiana de justificar proposiciones a través de un ejercicio de interpretación literaria. El ejercicio de la consistencia narrativa parte de la idea de asumir una situación en particular como estética para llegar a un acuerdo sobre dicha situación. En este ejercicio, los participantes proponen argumentos sobre la proposición estética y establecen un orden de plausibilidad sobre cada uno de ellos. Lo anterior significaría determinar consistencia sobre la proposición estética, Dworkin advierte que en ciertos casos habrá consenso a tal grado en el que no haya duda de la satisfacción del hecho *no duro* sobre la proposición, mientras que en otros casos, habría tanta información para ambas propuestas que se llegaría al desacuerdo racional. En otras palabras, la consistencia narrativa es un entrenamiento que invita a la reflexión de los participantes con el objetivo de lograr consistencia en sus afirmaciones lo que nos dirige a la segunda premisa dworkiana sobre la necesidad de proveer razones genuinas. Es verdad, que el desacuerdo sobre la *corrección* o *incorrección* de una proposición es una constante, sin embargo, es laudable considerar que los participantes en casos como estos buscan proveer razones genuinas frente a las opuestas. La única objeción a este respecto radica en la idea del escéptico empirista que no cree en la posibilidad del argumento superior o inferior pues – dice- no es posible demostrar esa superioridad y viceversa. A mi parecer, Dworkin busca la participación, a través de la argumentación de razones genuinas que justifiquen un hecho no empírico. Además, Dworkin también establece la idea de que compartimos un lenguaje que podemos interpretar y reinterpretar de manera constante para mejorar nuestras prácticas. Hay que dejar en claro que es parte de otro análisis, el determinar cuáles son las reglas que permitirían justificar un discurso de este tipo. Más adelante, trataremos este tema desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy.

Por último, nos resta analizar la tercera premisa de Dworkin en la que afirma que es posible considerar un hecho moral como racional si pasa la prueba del observador independiente. ¿Cómo distinguir las creencias racionales de las

ilusiones? Si consideramos que el argumento de la demostrabilidad se sostiene en la idea de los hechos duros que puedan conocerse por todos de la misma forma, entonces es fácil decir que lo que no sea posible conocerse por todos de la misma forma es solo ilusión. Dworkin, pone en jaque por tercera vez al positivismo en su idea del observador independiente o crítico. Dice, los participantes de las ciencias experimentales están entrenados para dar respuesta de sus observaciones del mundo exterior. Pero aquellos participantes que sí encuentran el otro tipo de hecho que hemos venido diciendo no pueden responder a sus observaciones de la misma forma en que lo hacen los observadores del mundo. Ellos, están entrenados de otra manera, ellos están entrenados para responder de sus afirmaciones con reflexión y consistencia. Lo más notable del observador independiente es que sus respuestas sirven a un propósito. ¿No es esta razón suficiente para lograr que la creencia del observador sea racional?

Ahora bien, debe notarse que Dworkin intenta plantear una tesis sobre la consistencia narrativa como un procedimiento artístico. Como se dijo en el capítulo I, en la noción del crítico-interprete, es el que busca el contenido que el autor original creó en su obra, pero que olvidó decir que se encontraba allí. Ese ejercicio es propio de la interpretación literaria. En este sentido, la objetividad en la consistencia narrativa responde a un proceso de coherencia y no de mera correspondencia. Debe subrayarse que la participación del crítico sólo significa que se encuentra en la misma posición que el participante, pues tampoco podría demostrar sus creencias, según el entrenamiento de los que participan en responder sobre lo que sucede en el mundo exterior. En este orden de ideas, la respuesta que brinde el observador independiente es racional porque en su proceso de consistencia y reflexión es posible determinar que su argumento puede ser superior a otro y viceversa. Sin lugar a duda, las ideas de Dworkin conducen a muchos problemas, especialmente por los análisis que hace sobre conceptos filosóficos como verdad, falsedad, correcto, incorrecto, justo, injusto, etcétera. No obstante, estos conceptos filosóficos no son ajenos al derecho y a nuestras prácticas. Precisamente, esos conceptos corresponden a un estado

ideal de cosas y personas. Vale decir, significan que es loable la idea del estado ideal en el derecho, que, si existe, hay que perseguirlo siempre.

4.4 El ideal de referencia como patrón de casos difíciles.

Es pertinente para nuestra investigación explicar la diferencia conceptual entre describir y evaluar. En términos generales, describir es representar o detallar el aspecto de algo, o de alguien, a través de lenguaje;³³³ mientras que evaluar es estimar, apreciar, calcular el valor de algo³³⁴. En otras palabras, estamos hablando de realidad versus idealidad, de sintáctica y semántica. Como se analizó en apartados anteriores, el reclamo semántico³³⁵ deviene de la necesidad determinar significado a proposiciones que no tienen un sentido claro, o son vagas como para aplicárseles la fórmula del todo o nada de las reglas jurídicas³³⁶.

La teoría estándar de la argumentación no tiene una vía definida para justificar premisas de este tipo, es decir, las premisas que están sujetas al reclamo semántico³³⁷. Autores que estudian la realidad, como E. Haba sostienen que ciertos juristas tienden a sufrir de un síndrome normativista, pues intentan apaciguar la necesidad de determinar el alcance normativo de proposiciones como la justicia, la dignidad y la responsabilidad. Dice E. Haba que este síndrome normativista no es más que una serie de artificios, mistificaciones y mitos de tipo semántico. Por el contrario, lo que hay que hacer cuando aparecen este tipo de texturas abiertas, según E. Haba, es que el juez

³³³ Sobre la definición de “DESCRIBIR y EVALUAR”, véase *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 2016.

³³⁴ *Idem*.

³³⁵ Dworkin, *Op. cit.*, nota 311, p. 123.

³³⁶ Gianformaggio, Letizia, “La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes *Edición Digital a partir de DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante*, núm. 14, 1993, pp. 159-167.

³³⁷ Atienza, Manuel, “A propósito de la argumentación jurídica”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, *Edición Digital a partir de DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante*, núm. 28-II, 1998, pp. 33-50.

determine significados y sentidos según los conceptos que estén a su alcance como entienda y mejor pueda³³⁸.

En este respecto, se infiere que E. Haba considera como idealismos a aquellas nociones inverosímiles de justicia, valor, moral, etcétera que abarcan la idea del reclamo semántico, es decir, el reclamo de idealismo semántico se traduciría en justicias objetivas, dignidad sustancial, naturaleza de las cosas, etcétera. Para E. Haba, a la realidad no le interesa ocuparse de estas disciplinas jurídicas, pues no es mejor para la práctica judicial que si se considerasen, porque es mejor explicar lo que es el “cielo” de cual o tal manera, por el mero concepto que se obtenga de él. La realidad es que el juez está sujeto a todo tipo de fenómenos empíricos, ideológicos, políticos y hasta laborales. Entonces, es inútil cualquier esbozo por más completo que parezca en intentar determinar ideales y valores.

Nos parece momento de recordar la idea de Dworkin de distinguir las observaciones del mundo exterior, sobre aquellas observaciones morales que requieren de una respuesta evaluativa, y no de una respuesta descriptiva.

En este respecto, Antonio García Amado propone una idea alentadora sobre la distinción entre teorías descriptivas y normativas cuando dice que el objeto de restituir la función de unas y otras en la teoría jurídica, tiene que ver con el *razonamiento teleológico* (nótese que en el capítulo III tratamos el *telos* de Aristóteles) que se consiga de unas y otras³³⁹. En este propósito, el citado autor expone una alegoría sobre el cuerpo y otra sobre la democracia que merecen ser ilustradas. El médico intenta describir el estado ideal o perfecto del cuerpo. Por supuesto, este estudio incluiría el estado perfecto de cada órgano del cuerpo, aun y a pesar de que algún crítico realista diga “la realidad es que el cuerpo, o algún órgano del cuerpo, siempre adolece de alguna deficiencia o enfermedad”,

³³⁸ García Amado, Juan Antonio, “¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso”, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, *Edición Digital a partir de DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 33, 2010, pp. 441-450.

³³⁹ *Idem*.

cosa cierta. Sin embargo ¿por ello, el tratado ideal de cuerpo y de los órganos deja de tener sentido?

El argumento es que el tratado ideal del cuerpo no deja de tener sentido racional sólo porque en la realidad suceda que el cuerpo este en estado ideal. También es cierto que el tratado ideal del cuerpo no excluye la necesidad de estudiar mediante otros trabajos las deficiencias o enfermedades del cuerpo, como diagnosticarles y darles tratamiento. Entonces, el tratado ideal del cuerpo sirve como referencia para el diagnóstico, tratamiento y curación de dichos malestares. La idea *contrafáctica* del ideal del cuerpo no es razón suficiente para que pierda sentido de referencia, en el desarrollo del ideal radica su utilidad racional.

Veamos el ejemplo relacionado con la democracia. Cuando comparamos la democracia de México y la democracia de Estados Unidos estamos obedeciendo a un patrón normativo de calidad superior e inferior. García Amado lo define así “lo expliquemos o no, un patrón *contrafáctico* no se da de hecho, pero sirve para medir y escalonar los hechos”³⁴⁰. Si, en efecto, realizáramos una comparación entre las democracias antes referidas con la idea de explicar el modelo de democracia perfecta, no encontraríamos en la realidad algo parecido; pero el ejercicio de comparar nos permite determinar cuál democracia es superior a la otra, en cuanto más se acerque a mi modelo de referencia ideal. El ejercicio a nuestra consideración arroja dos resultados a considerar:

- (1) Determinar un modelo de referencia ideal sobre la democracia.
- (2) Un modelo de diferencia entre modelos determinados, según la referencia.

Este ejercicio argumentativo es evaluativo y denotamos que es sostenible porque la relación entre las proposiciones de referencia ideal y el modelo determinado les dota de verdad. El modelo de referencia ideal da sentido responsable al reclamo semántico. Entonces, el modelo de referencia ideal es

³⁴⁰ *Ibidem.* pp. 445.

una pretensión de racionalidad, es una pretensión de corrección. En palabras de García Amado “las ciencias naturales siguen un patrón ideal; los cuales se siguen para medir los peculiares hechos cargados de valoraciones, no es que la razón práctica se aboque al idealismo, sino que debe referenciarse de él para evitar el egocentrismo desmedido e instrumental”³⁴¹.

Sin el modelo de referencia ideal nos sería imposible decir cuál es mejor democracia que la otra, por lo que el ideal de referencia es utilísimo como modelo argumentativo de casos difíciles. Precisamente, cuando decimos que un juez ha motivado de manera errónea una sentencia, es porque estamos suponiendo una forma correcta, ideal de motivar. No debemos olvidar que la regla ideal de referencia debe cumplir con la consistencia narrativa que propone Dworkin. La regla ideal de referencia debe justificarse a través de algún criterio racional. Dicho de otra manera, no puede utilizarse la regla de referencia ideal como modelo de argumentación si no se justifica con consistencia y reflexión. En este sentido, la regla de referencia ideal como modelo racional de argumentación deviene la siguiente consideración:

(1) Para lograr la respuesta de un reclamo semántico es necesario encontrar criterio para justificarla. La justificación se lograría a través de una tesis argumentativa que sea movida por una idea fuerte y ambiciosa de racionalidad desde el propósito de la acción como referencia o estado ideal de las cosas.

4.5 La pretensión de corrección para los casos difíciles

Robert Alexy es ciertamente uno de los mayores exponentes de la argumentación jurídica. Sus trabajos demuestran un análisis impecable de la racionalidad práctica y jurídica. En su obra *A Theory of Legal Argumentation* (una teoría de la argumentación jurídica) expone las principales teorías del discurso práctico y explicita las relaciones entre los juicios de valor y los métodos de interpretación jurídica, cómo se determinan los conceptos jurídicos

³⁴¹ *Idem.*

dogmáticos y cómo dichos juicios de valor pueden ser justificados racionalmente³⁴². En otras palabras, Alexy nos advierte que es posible razonar con valores. No es propósito de esta investigación analizar cada una de las reglas de argumentación obtenidas por Alexy, salvo de aquellas que le sean relevantes a la solución de casos difíciles que hemos estado investigando. Por consiguiente, la tarea de este apartado será dilucidar las siguientes ideas del trabajo de Alexy con el propósito de establecer criterio argumentativo sobre la identificación, tratamiento y solución de los casos difíciles.

- (1) La discrepancia no es elemento que elimine la racionalidad en el discurso práctico.
- (2) La racionalidad posee una dimensión ideal.
- (3) El hombre racional busca una respuesta correcta, pero hay un límite.
- (4) En casos difíciles se discute cuál es la solución correcta.

Ya en el apartado anterior hemos presentado algunas consideraciones sobre el fenómeno de la tesis de la demostrabilidad en términos de Dworkin. La demostrabilidad presenta dos grandes objeciones. La primera, y para mí la más importante, es la tesis que permite evaluar hechos contrafácticos a través de la consistencia narrativa en aras de concatenar dichas evaluaciones de carga justificativa. La otra, vista desde un sentido más amplio, es la tesis de la distinción en la observación de los fenómenos del mundo por los observadores, que, entre otras características, tienen en común discrepar entre la respuesta correcta o incorrecta de dichos fenómenos. Alexy analiza esta discrepancia desde la perspectiva del razonamiento práctico en general cuando afirma que la problemática de la discrepancia tiene relación con la cantidad de cánones interpretativos que no tienen orden de ejecución y, por tanto, llevan a diferentes resultados (esta idea de Alexy está apoyada en el capítulo I). Asimismo, la problemática real del resultado como respuesta correcta es la posibilidad de articular criterio para darles orden y determinación.³⁴³ Este razonamiento es la

³⁴² Alexy, Robert, *Op. cit.*, nota 287, pp. 1-301.

³⁴³ *Ibidem.* pp. 3-5.

idea débil de la respuesta correcta, pero presupone otra tarea: crear criterios que en principio pretendan corregir la respuesta indeterminada. En otras palabras, la debilidad que existe entre la diversidad de posibles resultados interpretativos no es razón que justifique no utilizarlos.³⁴⁴

Por otra parte, Alexy considera prudente establecer que la discrepancia entre la respuesta correcta o incorrecta de un asunto o estado de cosas tiene que ver con la falta de aplicación de un sistema o rango de valores en el proceso de subsunción. Cuando se lleva a cabo un juicio de preferencia sobre un estado de cosas o de ciertas conductas debe presuponerse un sistema de valores y metas que sean posibles de alcanzar de manera racional. El problema con este tipo de cuestión es la poca capacidad de conclusión que ostentan en general los juicios de valor si consideramos que cualquier juicio de valor es de tipo evaluativo, teleológico y hasta político. No obstante, en los casos más problemáticos los juicios de valor son tema central de análisis y justificación. Alexy propone que la respuesta de la interrogante de criterio justificativo para estos problemas está en la teoría y la práctica del discurso racional en general. En este sentido, habrá que preguntarnos: ¿Dónde y en qué medida los juicios de valor son necesarios? ¿Cómo estos juicios de valor son relativos a argumentos jurídicos y de dogmática? y ¿cuándo estos juicios de valor son racionalmente justificados?³⁴⁵ Es de notarse que Alexy somete a consideración y prueba a los valores como criterio de corrección de las decisiones sobre proposiciones normativas problemáticas con la condicionante de objetivar esos juicios de valor de manera racional. Con esto en mente plantea los siguientes puntos de partida:

- (1) Como punto de partida utilizar convicciones y puntos consensuales y normas no legales que sean aceptadas como válidas.
- (2) Propuestas que sirvan de referencia a valores que puedan ser extraídas de la fábrica legal.

³⁴⁴ *Idem.*

³⁴⁵ *Ibidem.* p. 7.

(3) Propuestas que incluyan principios.

(4) Descubrimientos empíricos³⁴⁶.

La idea que pretende Alexy es establecer un modelo que parta de convicciones comunes previamente aceptadas con la intención de dejar espacio para su posterior corrección. La idea de la corrección está ligada también al razonamiento jurídico, pues debemos considerar el inevitable movimiento en su actividad, por supuesto que esto significaría corregir proposiciones normativas. El razonamiento jurídico para Alexy es una actividad lingüística que se desarrolla en el tiempo³⁴⁷. Dicha actividad debe considerarse como un discurso de proposiciones normativas, un discurso práctico. Para lograr una distinción más eficaz entre el alcance del discurso práctico como actividad de racionalidad, el citado autor establece una tesis sobre el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico en general³⁴⁸. Lo que ha de rescatarse como asunto importante es que tanto el discurso práctico en general como el discurso jurídico, están conectados en la tarea de corregir enunciados normativos³⁴⁹. Alexy hace una clara distinción entre el tipo de observación que ha de considerarse en el discurso jurídico, y ésta es que puede ser empírico, teórico, analítico y normativo. Es empírico, en términos generales, porque busca explicar de manera cualitativa la motivación, la fuerza y la validez de los argumentos y de manera cuantitativa cuando busca describir la frecuencia de los argumentos. Es teórico, pues analiza el actuar de los jueces en general y, por ende, las prácticas judiciales. Es analítico, pues se avoca a la estructura posible o actual de los argumentos. Finalmente es normativa porque propone y justifica criterios de racionalidad.³⁵⁰

Nuestra observación al respecto de esta categorización de Alexy es que las proposiciones o aserciones jurídicas de cualquier índole pueden racionalmente justificarse a través de la pretensión de corrección, para lo cual establece una

³⁴⁶ *Ibidem.* p. 13.

³⁴⁷ *Ibidem.* p. 15.

³⁴⁸ *Ibidem.* pp.14-15.

³⁴⁹ *Ibidem.* p. 16.

³⁵⁰ *Ibidem.* p. 15.

respuesta a la interrogante sobre el criterio justificativo que subrayamos en párrafos anteriores. Esta respuesta esta sistematizada en cinco grupos que contienen un total de veintidós reglas y seis formas de argumentos³⁵¹. Dicho de otra manera, la idea de la pretensión de corrección de enunciados normativos se lograría a través de reglas y formas de argumentación. Las reglas y formas referidas son herramientas para disminuir la posibilidad de discrepancia en el discurso práctico y jurídico de manera racional. Para lograr establecer criterio para esta tesis de racionalidad es necesario dilucidar lo que significa que un enunciado normativo sea justificado racionalmente³⁵². Otra observación que es digna de consideración es el objetivo de eficacia de las reglas y formas de argumentación propuestas por Alexy, responde a que la conclusión obtenida de los argumentos se traduzca en lograr la corrección. En este sentido, la corrección resulta en una norma o directiva individual que puede ser considerada como justa. Esta idea que inferimos se relaciona directamente con otra idea que hemos propuesto en el capítulo III sobre la interrelación de la corrección como idea de justicia. Inferimos que Alexy, a través del discurso racional utiliza la pretensión de corrección como el canon racional de la justicia. Por tanto, la justicia como pretensión de corrección en virtud de las formas y argumentos del discurso racional práctico es la tesis fuerte sobre la discrepancia en los juicios normativos o de valor.

Sobre la idea de que la racionalidad posee una dimensión ideal, es correcto iniciar con los elementos que distinguen el proceso de deliberación en el discurso práctico general y los del discurso jurídico. Para ello, Alexy establece dos parámetros que nos parecen relevantes. El primero es sobre la diferencia en el espectro de rendimiento o alcance en ambos discursos. En el caso del discurso general práctico, las conclusiones son generalmente tentativas y en consecuencia la formulación de interrogantes que acaece es mayor, mientras que en el discurso jurídico el espectro de rendimiento es restrictivo pues se aboca a un círculo de posibilidades (i.e. al precedente, al estatuto jurídico, la

³⁵¹ *Ibidem.* p. 17.

³⁵² *Idem.*

dogmática y procedimientos judiciales)³⁵³. En este orden de ideas, el discurso jurídico funciona en condiciones limitadas por el carácter restrictivo en su alcance. Luego, en el discurso práctico en general los participantes interactuarían entre sí a través de argumentos para limitar el espectro de carácter amplio con el objetivo de proponer procesos racionales para establecer reglas positivas y poder aplicarlas. Alexy lo resume diciendo “el discurso jurídico no es más que un discurso práctico en general disfrazado con una fachada jurídica”³⁵⁴. Esta fórmula de delimitación conceptual está ligada de manera estrecha con el proceso de justificación, que es el tema central de la teoría argumentativa de Alexy.

La tesis de la subordinación actual supone la aplicación de un criterio jurídico que tiene en general como propósito legitimar alguna conclusión que se derive de algún estatuto legal, pero que cuando dicha conclusión no devenga del estatuto legal, entonces provendría del mero discurso práctico general. En este caso, dice Alexy, tendríamos que utilizar la *tesis de la suplantación*³⁵⁵. La tesis de la suplantación propuesta, rechaza los resultados que arroja la tesis de la subordinación en los casos no conclusivos. De esta manera la tesis de la suplantación permite solucionar casos no conclusivos mediante el uso de la argumentación práctica en general. Lo que sucede es que el autor intenta establecer una categoría inclusiva en los discursos cuando establece la tesis de la integración. Idea que nos parece muy importante para la solución de los casos difíciles o casos no conclusivos. Y es que, en la tesis de la integración, los argumentos pueden utilizarse, todos y de todas formas. Alexy no hace más que fortalecer su idea de la pretensión de corrección desde una perspectiva institucional. Si esto es cierto, Alexy tendría que establecer criterio para interrelacionar la pretensión de corrección del discurso práctico en general y la coherencia inherente al discurso jurídico. En otras palabras, si nos es posible utilizar todos los argumentos en el proceso de deliberación, el resultado tiene que pasar el test de la corrección y de la coherencia del ordenamiento legal. En

³⁵³ *Ibidem*. pp. 36-40.

³⁵⁴ *Ibidem*. p. 45.

³⁵⁵ *Ibidem*. p. 19-20.

este sentido, mi argumento es que el lazo que une la pretensión de corrección y la noción de coherencia es el ideal de referencia.

En apartados anteriores hemos hecho un análisis del ideal de referencia como premisa contrafáctica en la solución de los casos difíciles. Lo que no hemos establecido es la posibilidad de razonar con el ideal de referencia. En los trabajos de Dworkin presuponemos que el ideal de referencia se encuentra arraigado en el concepto de la responsabilidad como valor y que en la parte final de este capítulo habremos de indagar al respecto. No obstante, el ideal de referencia como valor -en Alexy- es tema importante en el desarrollo de su teoría de la argumentación, principalmente porque sus ideas sobre la corrección de enunciados normativos devienen de los trabajos de Habermas³⁵⁶. Ello es así, porque la justificación de enunciados normativos o proposiciones como deberes, o bienes, habría que determinárseles la verdad en las afirmaciones, justificando su reclamo o proveyendo de evidencia para ello, o bien, que una de las partes induzca a la otra a aceptar el significado que se desea obtener.

Alexy, habla sobre persuadir en la justificación de convicciones morales. La problemática de este tipo de constructos justificatorios tiene que ver con la inconsistencia de los resultados obtenidos (como hemos afirmado antes). Dicho de otra forma, el problema de las convicciones ideales es pasar de la expresión prescriptiva a la descriptiva. A propósito de esta investigación no habremos de profundizar en las ideas de Alexy sobre el discurso práctico en la filosofía moral analítica, pues ya hemos dedicado un capítulo completo al análisis de conceptos prescriptivos como corrección y justicia. Cabe mencionar, que estamos de acuerdo con Alexy en que la verdad de los enunciados empíricos corresponde con el ideal de la corrección de proposiciones normativas³⁵⁷. Entonces, siguiendo a Alexy, lo que buscamos en la corrección de enunciados normativos es la verdad. La verdad corresponde (según la teoría de la

³⁵⁶ *Ibidem.* p. 101.

³⁵⁷ *Ídem.*

correspondencia) a un estado de cosas expresado por un enunciado que pase el test de la realidad, por tanto, si existe en la realidad, es un hecho empírico, capaz de corresponderse como verdadero. Sin embargo, como hemos afirmado existen otros hechos no fácticos de carácter evaluativo ¿Cómo entonces podemos dotarlos de verdad?

A través del consenso entre los participantes. La condición de verdad está relacionada al acuerdo potencial que se pueda alcanzar mediante el predicado de la misma cosa³⁵⁸. En palabras de Alexy “un enunciado es verdadero cuando el reclamo de validez es implícito en la aserción del enunciado y el sentido del enunciado es justificado”³⁵⁹. Infiérase que Alexy pone en el mismo sitio a los enunciados que son verdaderos a través de los juicios empíricos que justifican su verdad y a los juicios de valor que son verdaderos a través de proposiciones evaluativas, consensuadas y bien fundamentadas. Lo más importante es que la evaluación y consenso de los enunciados normativos son actividades del discurso práctico. Es decir, son racionales.

Pero ¿cómo se logra entonces la fundamentación de aserciones que hay que corregirse? La tarea no es fácil, pero Alexy subraya lo siguiente como punto de partida “de acuerdo con la teoría consensual, el acuerdo potencial de todos es la condición tanto de la verdad de los enunciados no-normativos y de la corrección de los enunciados normativos”³⁶⁰. La cuestión del consenso de todos y por todos es también algo problemático, pero siguiendo la idea de la carga justificativa, éste se obtiene a través de los argumentos que se propongan. La cuestión es que los argumentos deben partir de un principio de generalidad que permita establecer la aceptación de una necesidad para todos y por ninguno. He aquí, que la teoría consensual se observa como un ideal de corrección en la que el discurso se inicia problematizando una afirmación; luego someter un argumento con el objetivo de transitar a la aserción original a un nuevo sistema de lenguaje y finalmente lograr el acuerdo consensual midiendo la fuerza de

³⁵⁸ *Ibidem.* p. 102.

³⁵⁹ *Ídem.*

³⁶⁰ *Ibidem.* p. 111.

transición del argumento³⁶¹. Ergo, el ideal de referencia del lenguaje pone de manifiesto algunas formas de realización. Por ejemplo, que la interacción entre los participantes que buscan el acuerdo consensual esté libre de coerción o algún otro tipo de atadura. La posibilidad de problematizar aserciones sobre órdenes o prohibiciones. Luego, de adecuar este lenguaje ideal como discurso racional. En este tenor, Alexy también pone de manifiesto la objeción más importante al lenguaje ideal: éste no es realizable debido a la falta real de acuerdo consensual entre las partes, ya sea por su falta de capacidad psicológica para lograr el consenso, o porque nunca se sabría con certeza si se llegó a un consenso sobre el ideal.

Pero, yo ya he establecido un argumento sobre la objeción de la realidad cuando expusimos sobre la alegoría del cuerpo sano. El tratado sobre el estado ideal del cuerpo como ideal de referencia no hace que pierda valor en la realidad sólo porque el cuerpo siempre padezca de malestares o dolencias. Precisamente, en cualquier análisis de un lenguaje ideal debe partirse de un lenguaje *contrafáctico* para que pueda llamarse lenguaje ideal. En otras palabras, cualquier afirmación, declaración, negación o aserción lleva implícita un reclamo de corrección o de verdad. Es decir, si afirmamos o negamos, es porque consideramos que esa afirmación o negación es verdad en sentido positivo o negativo, lo que significa que el lenguaje ideal sí es realizable, por lo menos de manera aproximada.

Como se acaba de decir, los argumentos que se ofrezcan como razones de verdad sobre afirmaciones o negaciones, según fuere el caso son posibles en la teoría del acuerdo o ideal de referencia por lo que es necesario justificar esos dichos para que puedan ser considerados como racionales. Para lograr este cometido, Alexy establece una serie de reglas justificativas que nos parecen dignas de considerar³⁶². i) Definir un ideal que pueda alcanzarse de manera aproximada, ii) proveer de un instrumento para criticar limitaciones

³⁶¹ *Ibidem.* pp. 118-120.

³⁶² *Ibidem.* p. 129.

injustificadas sobre derechos y oportunidades de los participantes del discurso, iii) proveer un criterio hipotético y negativo de corrección de verdad y iv) ofrecer una interpretación para el reclamo de corrección de verdad³⁶³ (nos parece que estas reglas justificativas tienen concordancia con lo que hemos venido presentando en los capítulos que anteceden). Éstas son las reglas que Alexy propone como condiciones de racionalidad en el discurso práctico en general. Estas reglas permiten cambios en el lenguaje mediante cargas argumentativas que justifiquen aserciones sobre alguna orden o prohibición. Además, proveen de justificación mediante razones, a reglas en las que no se ha llegado a un acuerdo con anterioridad. Asimismo, convierten en explícito el reclamo implícito de corrección, en virtud de reglas básicas del discurso racional. Entonces, la racionalidad posee una dimensión ideal que, si bien es cierto, es problemática en cuanto al sentido de lograr una justificación final o realizable, pero también es cierto que es posible racionalizar con ella a través de la justificación de las razones que se procuren. Lo importante aquí, es decir que la argumentación práctica como pretensión de corrección es racionalmente posible.

Ahora bien, creemos que ha quedado claro que el hombre racional busca una respuesta correcta implícita en un reclamo ideal, pero ¿hay un límite? Según hemos investigado, sí existe un límite en la búsqueda de la respuesta correcta por las siguientes razones:

- (1) No hay perfecta racionalidad.
- (2) La pretensión de corrección implica un cambio en argumentaciones futuras.
- (3) Es posible perseguir la respuesta correcta pero siempre habrá inconsistencias.
- (4) Si llegásemos a la única respuesta correcta no habría necesidad de más discusión.

³⁶³ *Ibidem.* p. 131.

La idea de Alexy es que la mayoría de las normas son meramente posibles como discursivas³⁶⁴. Esto significa, que las reglas del discurso no prescriben las concepciones normativas que puedan utilizarse como punto de partida por los participantes del discurso y cómo estas concepciones puedan modificarse³⁶⁵. En este respecto puede argumentarse que la racionalidad no es perfecta porque no parte de conceptos normativos preestablecidos por los discursantes. Lo que nos lleva a considerar que los argumentos propuestos sirven para justificar consideraciones presentes y no futuras, ya que las necesidades o concepciones normativas pueden cambiar con el tiempo. Las reglas del discurso racional que venimos investigando son herramientas de crítica para deliberaciones o justificaciones posteriores. Asimismo, las reglas básicas del discurso racional ponen en consideración las condiciones actuales del lenguaje con el propósito de ponerlas a prueba como sea posible³⁶⁶. En consecuencia, los juicios normativos que se logren predicar según las condiciones del lenguaje siempre tienden a la corrección de sus enunciados. Esta idea supone una distinción entre el rol de la audiencia que se persigue. Por un lado, cuando se intenta demostrar ante la audiencia hablamos de una deducción lógica que se sigue por premisas. Cuando hablamos de argumentar a la audiencia tratamos la justificación que no se sigue de la mera deducción lógica de premisas³⁶⁷. Ahora bien, Alexy profundiza con relación al rol de la audiencia cuando afirma sobre el sentido que debe considerarse para influir en ella. En el caso de influenciar a una audiencia universal, lo que se busca es convencer, mientras que se trata de persuadir cuando la audiencia es particular³⁶⁸. El valor que se obtiene del convencimiento de la audiencia universal es que los argumentos que se hayan utilizado para esa audiencia pueden usarse como válidos y eficaces para persuadir a una audiencia en particular. Luego entonces no es posible llegar a conclusiones precisas en la argumentación, pero si se utilizan formas para convencer o persuadir, según sea el caso, esto puede lograrse en aproximación. Lo anterior, supone un argumento para las razones (1 y 2) que hemos

³⁶⁴ *Ibidem*. p. 135.

³⁶⁵ *Ídem*.

³⁶⁶ *Ibidem*. p. 137.

³⁶⁷ *Ibidem*. pp. 158-159.

³⁶⁸ *Ibidem*. pp. 164-165.

presentado anteriormente y, por ende, nos permite afirmar que la pretensión de corrección a través de argumentos siempre presenta inconsistencias (razón 3) si consideramos lo siguiente “las reglas del discurso pueden usarse como premisas en la justificación de reglas discursivas imposibles... los resultados del discurso no pueden caer en conclusiones certeras o finalistas... deben estar abiertas a revisión”³⁶⁹

Para cerrar, ¿qué decir sobre el tipo de discusión en los casos difíciles? Consideramos que la tesis del *caso especial* (discurso jurídico) de Alexy nos proporciona herramientas útiles para desdeñar esta interrogante desde la noción de la justificación externa. En este respecto, debemos plantearnos las siguientes preguntas práctico-normativas: ¿Qué podemos hacer? ¿Qué no podemos hacer? Y ¿qué nos es permitido hacer? Ya en la parte principal de este capítulo hemos dado nuestra versión de lo que entendemos por justificación interna desde la perspectiva de la lógica deóntica de Von Wright, principalmente. Y es que los juicios que tienen por objeto determinar una obligación o un derecho se siguen lógicamente de premisas que se infieren para justificarlas mediante la derivación del estatus deóntico en las proposiciones normativas. Es decir, la permisón, prohibición y el mandato. Sin embargo, nada hemos dicho de como corregir esas premisas. Nos corresponde decir entonces que la justificación externa de Alexy es la vía para intentarlo³⁷⁰.

Ciertamente cuando hablamos de justificar premisas en casos difíciles o complejos nos referimos a un problema de deducibilidad. La idea general es que el derecho positivo no ofrece material que pueda inferirse para justificar ciertas premisas. En estos casos, según Alexy, los casos complejos (o difíciles) existe un rango mayor de premisas que no pueden ser inferidas de algún estatuto legal. En consecuencia, en muchos casos la norma con la que se comienza no es una norma de derecho positivo³⁷¹. Dicho esto, la justificación interna hace un reclamo de deducibilidad a través de la justificación externa. Es decir,

³⁶⁹ *Ibidem*. p. 207.

³⁷⁰ *Ibidem*. p. 221.

³⁷¹ *Ibidem*. p. 228.

justificar aquellas premisas que no puedan deducirse lógicamente del derecho positivo, pues cómo podría deducirse una premisa directamente del derecho positivo cuando no hay material que pueda y/o exista inferirse como tal. La justificación externa es entonces un caso especial de la justificación interna en la deliberación de premisas. Entonces, es en grado de aplicación un tanto menor que la justificación interna. Luego, Alexy afirma que “en estos casos (los complejos) hay que considerar las peculiaridades de la norma y de los hechos. Esto ocurre en el contexto de la justificación externa...en la que todos los argumentos son admisibles en el discurso jurídico”³⁷².

Recuérdese que cuando hablamos de justificar premisas nos referimos al proceso mediante el cual la conclusión no se deriva de manera lógica³⁷³. En estos casos no se trata de deducibilidad lógica sino de argumentación. Precisamente la justificación de reglas de derecho positivo, o de enunciados empíricos y en el caso de premisas que no son ninguna de las dos anteriores es tarea de la justificación externa argumentarlas. En el caso de las reglas de derecho positivo, se justifican cuando se alcanza el criterio de validez establecido en el ordenamiento jurídico, pero en el caso de las premisas que no son de este tipo cabe entonces el razonamiento jurídico. Alexy hace mención que para lograr alcanzar el criterio de validez inherente a las reglas del derecho positivo habría que interpretar las reglas que en el ordenamiento jurídico definen el criterio de validez. Por consiguiente, la justificación externa de premisas es eficaz si se logra una adecuada interpretación de las normas que establecen criterio de validez.

Para lograr justificar una solución en los llamados casos difíciles es necesario utilizar las reglas y formas que permitan construir criterio de validez según el ordenamiento legal. En este caso, Alexy establece las siguientes categorías argumentativas para la justificación externa. Reglas y formas de i) interpretación, ii) argumentación dogmática, iii) uso de precedentes, iv)

³⁷² *Ibidem*. p. 229.

³⁷³ *Ibidem*. p. 159.

razonamiento práctico en general, v) razonamiento empírico, vi) las llamadas formas especiales de argumentación jurídica (aquí el autor las subdivide en estatutos, dogmática, precedente, razón, hechos y formas especiales de argumentación jurídica)³⁷⁴. A mi parecer, habría que elaborar otro trabajo de investigación para dilucidar la sustentabilidad de cada una de las formas y reglas propuestas por Alexy, ya que mucho hay que decir de estas reglas y formas de justificación externa respecto de la práctica judicial actual. Además, porque consideramos que en los capítulos que preceden a este trabajo (capítulos I, II y III) hemos tocado estas formas desde una perspectiva teórica y filosófica, no de la forma en la que los trata Alexy, pero sí desde esta perspectiva, que nos parece fecunda. Pese a ello, sí es necesario para esta investigación distinguir los cuatro aspectos que ligan a la tesis del caso especial del discurso jurídico con la tesis de la argumentación práctica en general, ellos son:

- (1) La necesidad del discurso jurídico desde la visión del discurso práctico en general.
- (2) La correspondencia parcial del reclamo de corrección.
- (3) La correspondencia estructural entre las reglas del discurso jurídico y las del discurso práctico en general.
- (4) La necesidad del razonamiento práctico en general en el marco del discurso jurídico.³⁷⁵

La necesidad del discurso jurídico como parte especial del discurso práctico en general sucede por las debilidades inherentes al discurso práctico en general. Estas debilidades consisten en que la mayoría de las decisiones que se logren alcanzar no son conclusivas debido a las condiciones de las reglas del discurso. Las condiciones o reglas del discurso inician sobre la base de un punto de partida incierto, pues no se estipulan desde el inicio las premisas normativas que los participantes habrían de utilizar. Por el contrario, se inicia con

³⁷⁴ *Ibidem.* pp. 235-286.

³⁷⁵ *Ibidem.* pp. 288-295.

convicciones normativas preestablecidas y que son mutuamente inconsistentes. Esto significa que los pasos en el proceso argumentativo están abiertos, pues muchas de las reglas del discurso pueden ser parcialmente satisfechas, lo que trae como resultado el no lograr el consenso en la posible conclusión. Luego, Alexy se refiere al problema de satisfacción de las reglas jurídicas. Las reglas jurídicas no resuelven el problema de la decisión, por cuestiones de vaguedad, conflictos entre normas, no hay reglas jurídicas disponibles para dar solución al caso o en ciertos casos especiales se toman decisiones que van en contra de la letra estricta de la ley. Aquí nos encontramos frente a una paradoja. Por un lado, la teoría del discurso práctico en general posee una gran cantidad de debilidades e inconsistencias para lograr el ansiado resultado racional, pero las reglas jurídicas del ordenamiento legal también poseen debilidades y problemas de aplicabilidad en la decisión.

¿Qué hacer entonces? Debemos argumentar que es racional introducir formas especiales y reglas de argumentación jurídica con el propósito de lograr instituir las como parte de la ciencia jurídica. Si se logra este objetivo el discurso práctico general como elemento del discurso jurídico habría de ser herramienta útil de determinación de premisas. El reclamo de corrección es constitutivo del razonamiento jurídico, no porque el enunciado normativo sea completamente racional, sino por la idea de que puede ser racionalmente justificado. Es decir, que las preguntas prácticas pueden ser resueltas de manera racional por la sociedad en cuestión, si consideramos que la racionalidad de la argumentación jurídica se traduce en la racionalidad que hay en la legislación. Entonces, la racionalidad de la decisión se presupone como elemento de la racionalidad en la legislación. Esto tiene que ver con la posibilidad de racionalizar en el marco del ordenamiento legal. Alexy afirma que la teoría de la argumentación jurídica como caso especial sirve para responder al reclamo de corrección del ordenamiento jurídico.

Respecto de la correspondencia estructural entre las reglas del discurso jurídico y las del discurso práctico en general, ambas están ligadas por el

principio de universalidad o de *justicia formal*. Este principio es el fundamento del discurso práctico en general y del discurso jurídico. Las reglas y formas de la justificación interna sirven como instancia en la aplicación de este principio de justicia formal. Ahora bien, hay ocasiones en las que los discursantes están de acuerdo en las premisas normativas, pero no en los hechos. Este fenómeno corresponde a la argumentación empírica.

Como se ha analizado anteriormente es común no tener a disposición todos los elementos de carácter empírico a efecto de la decisión y por ello es necesario el establecimiento de reglas de presunción racional para ambos discursos. En el caso relacionado a las consecuencias de los argumentos. En general, Alexy considera que el argumento teleológico puede utilizarse como base consecencial de los argumentos en general. Su uso no es irracional si consideramos que tiene como objetivo construir el carácter de autoridad de la argumentación jurídica en general; el argumento teleológico justifica su autoridad en el discurso con base al propósito, motivo o fin de las premisas en cuestión. Concerniente a la dogmática, podemos decir que está ligada al discurso práctico en general porque *institucionaliza* el discurso práctico en un ordenamiento legal en específico. Lo que permite lograr resultados con menos incertidumbre que con el mero uso de las reglas y formas del discurso práctico en general. La dogmática también está ligada al discurso práctico en general porque debe permitir la proposición de todo tipo de argumentos posibles. Alexy constituye al principio de universalidad (de Habermas) como el fundamento de la doctrina del precedente judicial y, por tanto, también se constituye como el principio maestro en el discurso práctico racional.

Por último, podemos afirmar que la teoría de Alexy sobre la posible solución de los casos difíciles o complejos resta en la noción de la teoría del discurso práctico en general y su relación con el discurso jurídico. En este orden de ideas, el derecho no es sólo un sistema coercitivo, sino también es un sistema de corrección como ideal de referencia. Se puede lograr la solución correcta de un caso difícil a través de los mejores argumentos que justifiquen la decisión

sobre el caso. La respuesta correcta es una *pretensión* desde la idea de las reglas y formas de ambos discursos. Lo que inferimos del trabajo de Alexy es una teoría seria que brinda respuestas correctas-legales a todos los casos que se sometan a decisión a través del ordenamiento legal. Lo que nos queda pendiente es la forma de establecer la conexión entre ambos discursos como parte de la ciencia jurídica. Consideramos que la tarea, en primera instancia es del juez; del juez responsable.

4.6 El juez responsable

Mi deseo en este momento va más allá de cualquier necesidad subjetiva de satisfacción propia. Más que un deseo, mejor dicho, es un anhelo, un anhelo que queremos compartir con usted. ¡Lograr que los jueces hablen a una sola voz!, ¿es posible lograr que los jueces hablen a una sola voz? En principio, parece más necedad que una posibilidad. La realidad es que hay muchos jueces, todos diferentes, y todos llenos de imperfecciones; una tarea prácticamente imposible (dirían algunos) digna del mítico Hércules. A propósito de nuestra investigación, tratemos entonces de no ser tan ambiciosos, fantasiosos e irrelevantes, no vaya a ser que por falta de aclaración el lector interprete que Hércules es en verdad un juez y que ese es mi argumento.

Focalicemos mi análisis. Reformulando nuestra pregunta inicial “¿es posible que los jueces resuelvan los casos difíciles a una sola voz?”. Tarea nada sencilla, pero de algo tenemos que empezar. Dicho esto, estamos en el camino correcto para confrontar a mi anhelo con la realidad. Pero ¿cómo debemos llamar a los jueces? Necesitamos ponerles un nombre que concuerde con la investigación que hemos desarrollado. Por ello, nos parece indicado el nombre de *juez responsable*. Dworkin establece una idea sobre los jueces que nos puede servir, la idea *dworkiana* se basa en el proceso justificativo que llevan a cabo los jueces cuando resuelven los casos que se les presentan. Dice que existen los casos en los que se conocen los derechos a través de la legislación y aquellos casos difíciles en los que habrá que preguntarnos cuáles son los

derechos que se hubieren creado en la legislación. En los casos fáciles se establece por la doctrina que han de resolverse de la manera en que se resuelven casos similares; mientras que en la doctrina no está claro cómo han de resolverse aquellos casos que son difíciles³⁷⁶. Entendido esto, Dworkin conceptúa la figura del *juez ideal* al que denomina Hércules, dicho juez ideal debe reunir las siguientes características:

(1) Debe ser filosófico.

(2) Es un juez que desarrolla teorías sobre propósitos legislativos y principios jurídicos.

(3) Es un abogado con capacidad sobrehumana, con habilidades de aprendizaje, es paciente y perspicaz.

Las críticas al famoso juez Hércules de Dworkin se visualizan desde dos percepciones. En el caso de los positivistas como Antonio García Amado y otros, sostienen que dicho modelo de Juez ideal no existe ni puede existir, la realidad –dicen– es que el juez es un hombre imperfecto y no hay hombre que pueda alcanzar las habilidades deterministas o parecidas al demonio de Laplace que sugiere Dworkin. No hay Juez que pueda escapar a la realidad de su humanidad e imperfección. Yo, en cambio, estoy convencido que se ha malinterpretado a Dworkin en su intento de crear un juez ideal. ¿Por qué? Si recuerda usted, en este mismo capítulo ya hemos propuesto consideraciones sobre el ideal de referencia como teoría prescriptiva del derecho en un sistema que pretende la corrección; el intento de Dworkin se traduce en un llamamiento hacia la búsqueda de lo incierto por parte de los jueces. El modelo Hércules es una teoría del Juez ideal que debe perseguirse con ahínco, pero sobre todo con responsabilidad.

Mi aporte a la que consideramos *la teoría ideal del juez* de Dworkin es presentar elementos que permitan a los jueces actuar con responsabilidad bajo una teoría

³⁷⁶ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, Estados Unidos de Norte America, Harvard University Press, 1977-78, p. 105.

idealista que, como ya hemos argumentado, presenta problemas de tipo realísticos o empíricos, pero que sin lugar a duda es de gran valor teórico para la ciencia jurídica. La responsabilidad es parte de la moral y se observa como un concepto argumentativo, la responsabilidad como argumento moral se distingue de la exactitud descriptiva. ¿Cómo funciona esta distinción conceptual? Como se presentó en el capítulo III de este trabajo, el escepticismo interno es la forma ética que discurre frente a los conceptos interpretativos, debido a la ambigüedad, falta de demostrabilidad y circulación que llegan a generar. En otras palabras, el escéptico se esconde detrás de la problemática que encierra la justificación dura de proposiciones semánticas para decir que los conceptos interpretativos o que se dicen correctos son de tipo circular³⁷⁷, que no existe eso del objetivismo moral. En este respecto, Dworkin confronta estos posicionamientos mediante el *principio de hume*³⁷⁸, como él lo define.

El *principio de hume* establece que cualquier argumento que de soporte o menosprecie una afirmación moral debe presuponer una afirmación moral referente³⁷⁹ (es como decir que el positivista también tiene convicciones morales). Por lo que la moral, en este sentido, es independiente del pensamiento (véase el capítulo III). Ello significaría que puedo hacer cuantas afirmaciones morales desee, mientras que sean sostenidas por proposiciones buenas y genuinas; si mis afirmaciones morales están soportadas por razones genuinas, entonces son verdaderas y si no lo son porque alguien considerase que no son genuinas, entonces, en el peor de los casos habré actuado con *responsabilidad* en el proceso de justificarlas. Lo anterior, a mi modo de ver, supone la distinción conceptual entre exactitud y responsabilidad, si creemos que existen otro tipo de hechos que no son duros y que requieren de consistencia argumentativa. La convicción por sí misma no es razón suficiente ni mucho menos genuina para decir que esto es así, o que aquello es de esa manera, puesto que convicciones morales hay tantas como hay peces en el mar.

³⁷⁷ García Amado, Antonio, “Teorías circulares sobre el objetivismo moral”, Universidad de San Isidro, 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=VmmTQE1Y8xg>., consulta de 23 de octubre de 2016.

³⁷⁸ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 313, p. 129.

³⁷⁹ *Idem.*

La responsabilidad juega como antídoto al escepticismo interno más puro que se pueda concebir. En resumen, el juez puede dar sentido responsable, si es capaz de argumentar y evaluar sus argumentos. Si lo hace, entonces puede estar más cerca de la verdad; de una verdad que existe entre las proposiciones que pueda relacionar; si lo logra, el juez estaría logrando justificar sus decisiones de manera responsable.

¿Pero cómo sabría el juez que ha logrado actuar de manera responsable y no de manera arbitraria? A decir verdad, hay otra distinción concerniente a la responsabilidad y tiene que ver en la forma de cómo se use el concepto. La responsabilidad puede usarse como virtud y como responsabilidad relacional³⁸⁰. En el sentido de virtud se trata de como actuó determinada persona en alguna oportunidad, lo que se traduce en responsabilidad intelectual, práctica, ética, y moral (por ejemplo, el tipo de persona que se dice que es responsable o irresponsable). En el sentido relacional, se traduce en la causalidad de algún hecho si alguno de sus actos interviene o en sustancia en la mejor explicación de ese hecho³⁸¹, es decir, es responsable de algún evento o consecuencia (el tipo de persona que es responsable por la mejora del ambiente laboral de una empresa).³⁸² Lo que nos permite argüir que la responsabilidad es parte cotidiana de nuestra vida y algo más profundo. Que la responsabilidad es un valor que se refleja en los actos que llevo a cabo y en las consecuencias en que mis actos tienen impacto en otras personas.

Por ejemplo, en la responsabilidad como virtud-intelectual el escritor tiene la responsabilidad de escribir utilizando las reglas de puntuación establecidas para darle pausa, matices y sentido a su texto. En la responsabilidad-práctica, el escritor tiene la responsabilidad de guardar avances de sus escritos. En la responsabilidad-ética el escritor es responsable del buen vivir, mientras que en la responsabilidad-moral el escritor es responsable por conducir su automóvil sin haber ingerido bebidas alcohólicas para no causar un accidente. En el caso

³⁸⁰ *Ibidem.* pp. 133-134.

³⁸¹ *Idem.*

³⁸² *Idem.*

de la responsabilidad relacional puede haber de tipo funcional y de juicio. La funcional se refiere a si debo ocuparme de algún suceso o prestarle atención, como el caso de no tirar basura en la calle, en la responsabilidad de juicio utilizaremos el ejemplo de Dworkin porque nos parece digno de analizar y es que “yo pase a un lado del mendigo y decido no darle nada, pero no soy responsable por el daño producido cuando alguien me empuja hacia él”³⁸³. La situación en el ejemplo de la responsabilidad de juicio presenta dos cuestiones importantes que giran en torno a las “*circunstancias*” del evento y la relación que tienen con el daño causado o por causar; i) la circunstancia de no ayudar al mendigo (pudiendo hacerlo) me hace responsable en la decisión de ayudarlo porque las circunstancias me permitían hacerlo e irresponsable si decido no hacerlo, es decir, la circunstancia del evento no presenta la posibilidad de causarle un daño al mendigo más allá de no ayudarlo, en cambio, las circunstancias cambian cuando le causo un daño al mendigo porque “alguien” me empuja hacia él. Dworkin expone de manera magistral la noción del daño según las circunstancias³⁸⁴. Lo resumimos así: existen circunstancias que inevitablemente harán que tomemos decisiones basadas en el autointerés, no obstante, no me es permitido tomar una decisión que vaya por encima del bienestar de otros si puedo evitarlo. En palabras más simples imagine que usted y yo hemos sido infectados con un virus mortal. Nuestra supervivencia depende de una única dosis de antídoto que está a nuestra disposición y debemos luchar por ella entre nosotros. Si compito en igualdad de circunstancias con usted y gano la dosis, tendría todo el derecho de salvarme, de sobrevivir, pero no tengo el mismo derecho de salvarme cuando usted me ha ganado esa dosis y yo decido empuñarle un cuchillo por la espalda; en este último caso he sido irresponsable de creer que su vida tenga algún valor. Mi argumento es que en la responsabilidad de juicio importa la voluntad de evitar causar daño a otros según las características del suceso y las circunstancias.

³⁸³ *Idem.*

³⁸⁴ *Ibidem.* pp. 350-366.

Pero ¿qué es lo que nos permite considerar si se debe o no ayudar al mendigo? Si es cierto que la responsabilidad es una virtud, entonces es parte de la moral, así como la ética es parte de la moral y como se dijo antes en el capítulo II y III, la moral actúa con base a principios que la expliciten y le den sentido. Las personas que son responsables son morales y son principistas, es decir, yo decidiré si ayudar o no a mendigo si hago caso del principio que dice que hay que ayudar al más débil, aunque al final me marche, es cierto afirmar que el principio participa en la decisión que habré de tomar según la reflexión que haga de mi convicción. El problema que tenemos según Dworkin es el *autointerés* cuando dice “los que actúan rigurosamente porque siguen un principio en vez de *buscar un beneficio propio o alguna ventaja* tienen más probabilidades de hacer lo que en los hechos es lo correcto”³⁸⁵ quien actúa así lo hace en función de principios que le son inherentes al caso en concreto lo que a mi juicio se traduce en un ejercicio de responsabilidad, de lo contrario, el autointerés es arbitrario e irresponsable en la medida en que la convicción se aleje del o los principios que se adhieran según las circunstancias del caso. En otras palabras, el principio que sostenga la convicción moral debe ser coherente e integrarse según las circunstancias³⁸⁶, la responsabilidad tiene peso y se trata de la conexión entre la ética y la moral, en considerar que si entiendo el respeto por mi vida –por ejemplo- estoy aceptando con el mismo valor el respeto por la vida de otros, eso es valor objetivo, y la verdad de ese valor se encuentra depositada en su búsqueda porque como ya se argumentó en el capítulo III. Los juicios evaluativos no contienen partículas morales (morones) que nos sirvan para testear su verdad, a veces, simplemente sabemos que algo está mal, porque así es. No obstante que la moral es discursiva, la responsabilidad exige en este sentido aportar razones que soporten esa verdad, el que es responsable puede no encontrar la verdad, pero la busca. El Juez que es responsable de juicio usa la moral como una pretensión de corrección y argumenta sobre ella con base en principios que se adhieran a esa convicción. Para reforzar esta idea en palabras de Dworkin “Necesitamos adoptar un enunciado de lo que

³⁸⁵ *Ibidem.* pp. 144

³⁸⁶ *Ibidem.* pp. 146.

deberíamos tomar como nuestras metas personales que se ajuste a nuestra percepción de las obligaciones, deberes y responsabilidades que tenemos para los demás”³⁸⁷.

Resumimos la idea de la responsabilidad de juicio de esta forma

(1) La responsabilidad en todas sus manifestaciones es una pretensión de corrección moral.

(2) La responsabilidad de juicio como categoría moral debe argumentarse por principios que se le adhieran según las circunstancias del evento causado o por causarse.

(3) La responsabilidad de juicio es una pretensión de verdad de tipo evaluativa.

(4) La responsabilidad de juicio es el antídoto al autointerés arbitrario.

¿Cuál es el mayor reto del Juez responsable? Cuando pensamos en un juez, en general, creemos en la existencia de un ser que es conocedor del derecho y que entre otras cosas tiene la tarea de impartir justicia (por lo menos eso nos dicen en la facultad), aunque muchos otros dirían que el juez no tiene la tarea de impartir justicia sino la tarea de aplicar derecho vigente como pueda, decir otra cosa es darle demasiado poder³⁸⁸. La realidad es que el juez sólo es un hombre modesto que tiene como labor hacer uso de un universo de normas jurídicas que son parte de un sistema normativo que las ordena y distingue según su posición en dicho sistema, a esta labor es lo que se conoce como *activismo judicial*³⁸⁹. A propósito de nuestra investigación le diremos *activismo judicial modesto*. A través de este activismo el juez observa solo valores de contenido preciso, por ejemplo, los que se encuentran establecidos en la constitución (i.e. dignidad, libertad, respeto, etc.). El juez modesto necesita que el valor se objetive en la norma para conocerlo, lo que nos parece que este activismo modesto presenta un problema relacionado con los casos difíciles y es que valores como la dignidad, el bien y la justicia (como se ha visto en este trabajo)

³⁸⁷ *Ibidem*. pp. 241-242.

³⁸⁸ García Amado, Antonio, “Activismo judicial”, 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=8ke1v6yIFsI&t=17s>, consulta de 14 de septiembre de 2016.

³⁸⁹ *Ídem*

no pueden objetivarse desde el mero ejercicio interpretativo-sintáctico, como en el caso de las reglas jurídicas que funcionan con reglas del todo o nada. Los valores, por su parte, son categorías morales como los principios y se deben interpretar-argumentar desde la semántica. Las reglas se subsumen, los principios se argumentan – siguiendo a Alexy-, precisamente en los casos difíciles el juez modesto haría de irresponsable si actuara desde la “modestia” de la sintáctica normativa. Que quede claro que el juez responsable de juicio no está exento del proceso de subsunción, sino que va más allá de ese proceso de derivación lógica siendo argumentativo con el propósito de justificar cuál es el valor objetivo (respecto de la dignidad, la justicia y el bien) a ser aplicado en un caso difícil.

La crítica más oportuna a esta idea se traza entorno a las diversas percepciones sobre el valor que pueden tener los jueces, ejercicio que resultaría, al final, en un choque de valores circulares. El juez modesto se va a excusar en esta problemática para decir que la teoría de los valores y principios es “circular” y, por tanto, incierta. El juez responsable irá en busca de la verdad mediante la justificación del mejor argumento que de sentido y peso al valor en el caso difícil. El juez responsable de juicio debe resolver sobre derechos y deberes; contrario al caso del mendigo en el que al hombre que le pasa por delante no le es prohibido no dar la moneda, al contrario, frente a un caso difícil el juez debe hacer uso de su responsabilidad de juicio para resolver el caso de la mejor manera posible según las posibilidades jurídicas y fácticas.

En este trabajo de investigación nos hemos dado a la tarea de sugerir como ha de ser la labor interpretativa e argumentativa del juez y como ha de complementarse con los valores cuando tiene que resolver un caso difícil. El juez responsable de juicio requiere tomar decisiones reflexivas en el derecho³⁹⁰ porque mucho está en juego en la sociedad, porque mucho daño se puede hacer.

³⁹⁰ Dworkin, Ronald, *Op. cit.*, nota 313, pp. 272-275.

Por último, nos resta argumentar sobre la idea del sistema de la responsabilidad mediante las siguientes premisas:

- (1) La responsabilidad es un sistema que funciona a través de decisiones reflexivas e irreflexivas.
- (2) El sistema de responsabilidad es la dosis moral para buscar la corrección del sistema jurídico.
- (3) Para que la responsabilidad marche como sistema es necesario armonizar las convicciones y valores.

El juez responsable debe tomar decisiones en los casos difíciles para resolverlos, pues su decisión es clave para el éxito de la responsabilidad de juicio, por supuesto. Si la decisión es reflexiva, habrá de justificarse la mejor decisión posible con argumentos evaluativos que den sentido a los principios que le sean adheridos con la noción de evitar el menor daño posible a los derechos de las partes, si es irreflexiva, el juez sólo actuará en la satisfacción de su propio interés y como un engranaje de la maquinaria judicial. El juez puede lograr una decisión responsable si tiene la convicción de que a pesar de sus imperfecciones y defectos puede considerar el valor objetivo del respeto por la vida de otros como la vida de él (principio de Hume). Si el juez busca ser responsable tiene una tarea más dignificante aun; trabajar con valores y convicciones como una moneda que a pesar de tener diferentes caras goza de armonía.

4.7 Consideraciones finales de capítulo

La argumentación como actividad dianoética se basa en la derivación lógica de proposiciones normativas de acuerdo con el estatus deóntico que corresponda. El estatus deóntico que puede corresponder es la prohibición, permisión y/o obligación. La derivación del estatus deóntico corresponde al vaciamiento de propiedades que puedan subsumirse a ciertos actos en particular. Independientemente de que la argumentación dianoética como actividad sea una actividad lógica, encontramos que en ese proceso de derivación existe un

rendimiento de valor que permite identificar si se ha utilizado correctamente la técnica de decisión sobre la subsunción de las propiedades del caso. Esto se logra a través de conocer las consecuencias de haber aplicado el contenido deóntico.

La argumentación como actividad dianoética busca justificar la verdad de las proposiciones normativas, por lo que, si no se atiende a la naturaleza del contenido deóntico, o rendimiento, los resultados o expresiones logradas serían carentes de verdad. Es de especial atención que encontramos que las premisas de la argumentación como actividad dianoética están ligadas, desde el reclamo semántico, con contenidos morales. Los argumentos lógicos o descriptivos presentan algunos problemas, principalmente respecto de contenidos valorativos. El problema principal tiene que ver con una confusión conceptual entre incertidumbre e indeterminación respecto del conocimiento que pueda obtenerse del valor. En este sentido, el argumento lógico soporta hechos de tipo empíricos y, por consiguiente, demostrables, a través de la subsunción; mientras que los argumentos narrativos soportan hechos morales (ambivalentes) o prescriptivos, justificables, a través de argumentos que soporten razones genuinas o verdaderas. Concluimos que de esta forma un hecho moral puede justificarse de manera racional mediante el uso de argumentos narrativos. En específico, el argumento a usarse en la solución de los llamados casos difíciles es el que provenga del ideal de referencia de la justicia. Es decir, para lograr la respuesta de un reclamo semántico es necesario encontrar criterio de justificación, la justificación es posible obtenerse a través de tesis argumentativas desde el propósito de la acción como referente.

Concluimos también que la idea de la respuesta correcta para cada caso presenta problemas adecuación. No obstante, si creemos que existe una pretensión de corrección inherente en el derecho respecto de las normas jurídicas, principios, directrices e instituciones. En otras palabras, el derecho no es sólo un sistema coercible, el derecho también es un sistema perfectible. El juez debe buscar la corrección de los casos difíciles haciendo un ejercicio de

responsabilidad de juicio. La responsabilidad de juicio es el camino que debe seguir el juez para persuadirse que hay decisiones que pueden tener consecuencias en los derechos de otros y que son responsabilidad suya. El juez no está llamado sólo a resolver los casos difíciles, sino que está llamado a solucionarlos de la mejor manera posible según las posibilidades jurídicas y fácticas.

En este capítulo se analizaron los principales trabajos de argumentación sobre casos difíciles con el objetivo de encontrar un método u orientación que sirva como instrumento pragmático en la solución de los llamados casos difíciles. Además, utilizamos las consideraciones teóricas de los capítulos anteriores para darle contexto a la orientación argumentativa de casos difíciles.

CONCLUSIONES

Bajo un gobierno que encarcela injustamente, el verdadero lugar de un hombre es la prisión. Aquellos quienes obran con justicia, les toca, muy a menudo, estar encarcelados. Cuando sucede esto, de alguna manera el Estado participa en un derramamiento de sangre, por supuesto, si usted cree como yo que el Estado puede herir a un ciudadano si se le trata injustamente. En otras palabras, el Estado, en estas condiciones, es el verdadero villano de la historia. Esta es la idea principal que ha motivado esta investigación; buscamos saber si es posible dar una única respuesta correcta a los llamados casos difíciles. Después de un sinnúmero de análisis, críticas y discusiones, consideramos que tenemos una respuesta a esa interrogante aunque debemos de ser cuidadosos en nuestra explicación. Este trabajo pretende aportar ideas filosóficas (si se nos permite) sobre un tema bien discutido por grandes filósofos como Dworkin, Alexy y otros.

Si tiene el efecto que buscamos, el juez y jurista tendrán herramientas valiosas que aportar en la solución de algún caso difícil que se les presente en la profesión. Debo advertir que este trabajo tuvo como punto neurálgico, el valor. Por tanto, el lector, debe estar dispuesto a enfrentar sus propias convicciones sobre el valor con la afrenta de ponerlas a prueba por el bien del derecho y de los ciudadanos. Hablar de valores, como la justicia, no es tarea fácil pero alguien tiene que ser valiente y hacerlo. La impunidad, el autoritarismo y la corrupción son prueba fehaciente de la relevancia de este trabajo como aporte a nuestra comunidad.

En el derecho hay una problemática muy persistente y que se traduce en que abogados, estudiosos, jueces y personas en general no nos ponemos de acuerdo en lo que es el derecho. Teorías vienen y van a través del tiempo y todas tienen algo en común, la búsqueda de una definición perentoria del concepto derecho,

pero, ¿realmente el derecho puede definirse de una manera inequívoca?, es decir, el derecho, como ciencia social, ¿debe definirse por conceptos?, como hemos analizado en este trabajo, el factor de mayor problema en el derecho es el lenguaje en el que está escrito. El lenguaje, por naturaleza, es problemático desde la semántica; un objeto puede tener uno o varios significados según la información que se desenmascare de él y por el intérprete. El derecho es un caso especial del lenguaje común y que se organiza de tal forma, con el propósito de regular conductas humanas, principalmente. De la problemática que encierra el lenguaje común y descriptivo del derecho es que se encuentra el origen de los llamados casos difíciles.

Los casos difíciles, son casos concretos en los que el juez no puede resolver aplicando la fórmula clásica normativa del “todo o nada”, y si es posible hacerlo puede ser insuficiente material para cerrar el caso. Vea usted, que nuestra conclusión de que el derecho no funciona correctamente en virtud de definiciones o conceptos perentorios, por lo siguiente; si el derecho es solo un cúmulo de conceptos que describen ciertas conductas y consecuencias, entonces, es sensato decir que existe la posibilidad de lograr una única respuesta correcta para cada caso.

Lo que ahora podemos afirmar y derivado de nuestra investigación, es que no es posible llegar a una única respuesta correcta para cada caso, porque no habría espacio para el juez o jurista para argumentar más y de mejor manera en futuros casos. Si fuera posible llegar a una única respuesta correcta para cada caso el derecho no tendría futuro, ni los críticos tendrían más que hacer. La argumentación racional nos mostró ese camino. Sin embargo, si es posible llegar a una respuesta responsable para cada caso. El derecho no es solo un sistema normas coercibles sino que el derecho, también es un sistema correctible.

En este sentido, podemos llegar a una respuesta correcta para un caso difícil, en un cierto momento y lugar, si la regla jurídica no es suficiente material de

solución, siempre con la tarea de rejuvenecer los argumentos de casos del pasado y para futuros casos. Lo mismo sucede con la problemática de la falta de acuerdo en la definición del concepto derecho, con el tiempo lo que hemos hecho es rejuvenecer e reinterpretar nuestras viejas definiciones por definiciones que según las circunstancias de modo, tiempo y lugar nos permiten proponer nuevas definiciones. Con el mero hecho de recurrir a nuestra historia jurídica podemos dar certeza de ello. Entonces, si el derecho es corregible, luego, las respuestas que demos a los casos difíciles también lo pueden ser.

Ahora bien, nos corresponde dejar en claro la fórmula que hemos descubierto para que al jurista le sea más difícil lograr mejores respuestas o de ser posible, lograr una respuesta responsable para un caso difícil. El jurista puede llegar a una respuesta correcta de este tipo utilizando la interpretación artística como vía, si el caso lo permite, el uso de principios como clase de normas en la mejor medida posible mediante argumentos de tipo evaluativos que justifiquen el uso racional de contenidos valorativos. Este ejercicio es posible si el jurista o juez utilizan a la justicia como ideal de referencia, o mejor dicho como ideal de corrección.

La pregunta de investigación de mi primer capítulo fue la siguiente; ¿cuál es la vía de interpretación para casos difíciles? Con el objetivo de determinar un criterio de interpretación para los llamados casos difíciles y concluimos que la interpretación artística es la vía adecuada para los casos difíciles pues es la que logra determinar contenidos ambivalentes o vagos por causa de la indeterminación del lenguaje mediante la integración de principios que justifiquen propiedades ostensibles y correlativas a la regla jurídica en cuestión.

Para el caso de mi segundo capítulo nuestra pregunta de investigación fue la siguiente; ¿Cuál es el rol de los principios en la solución de los casos difíciles?, con el objetivo de determinar el alcance del uso de principios en la solución de

los casos difíciles y concluimos que los principios sirven para explicitar reglas jurídicas en su sentido más amplio, en su sentido más estricto sirven para disminuir la indeterminación en la aplicación de reglas jurídicas a casos concretos.

En mi tercer capítulo planteamos la siguiente pregunta de investigación, ¿Cuál el concepto y aplicación de la justicia en la solución de los casos difíciles?, con el objetivo de determinar el valor de la justicia en la solución de los casos difíciles y concluimos que la justicia como valor es corrección racional y, por tanto, la justicia es un valor objetivable que se justifica en la solución de los casos difíciles a través de argumentos de tipo evaluativos.

Finalmente, en mi cuarto capítulo nuestra pregunta de investigación fue ¿Cuál es el argumento más efectivo para dar solución a los casos difíciles?, con el objetivo de sugerir una solución a los casos difíciles y concluimos que la tesis argumentativa más efectiva para lograr dar solución racional a los casos difíciles es la que incluya elementos normativos, principialistas, y morales mediante la integración de dos sistemas; el positivista y el interpretativismo.

Con este trabajo buscamos la eficiencia judicial, que los jueces actúen a una sola voz en la solución de los casos difíciles. Mi trabajo de investigación es útil porque aporta sugerencias razonables para la praxis judicial. Si este trabajo cumplió con su objetivo, la tarea del juez de resolver casos difíciles debe considerarse como una tarea perfectible porque su ejercicio arbitrario menoscaba el bien social, la libertad y la justicia. Esta investigación está plenamente justificada si consideramos que un ciudadano cualquiera ha perdido un derecho, o bien, no ha sido condenado como merece por el error judicial, porque el juez ha sido incapaz de armonizar correctamente al derecho. Por lo tanto, individualmente esta investigación se justifica de la siguiente manera:

- Por la importancia de aportar elementos doctrinales y pragmáticos al ejercicio judicial. Para ofrecer a los jueces una serie de sugerencias que

les permitan aplicar el derecho de una forma más integral e interdisciplinaria frente a casos difíciles.

- Por la necesidad de sugerir una herramienta epistemológica que permita disminuir la probabilidad del *error* en las decisiones judiciales sobre casos difíciles.
- Por la relevancia de conocer cuál es el método de interpretación que debe utilizar el juez en los casos difíciles.
- Por la importancia de investigar si existe en el Derecho una herramienta sistémica y científica en la solución de casos difíciles.

Nos interesó investigar sobre este fenómeno porque en nuestro país estamos inmersos en una problemática que envuelve la labor de los jueces, precisamente cuando tienen que resolver casos difíciles. Cada día aparecen nuevos casos difíciles en las cortes de México. Deseo que mi trabajo ayude a que los jueces y abogados traten al derecho como una realidad que interconecta varias disciplinas y que es posible utilizar un sistema de valor para su mejor ejercicio. Deseo que este trabajo sirva como precedente para la resolución correcta de los casos difíciles en México. Si sucede esto, podríamos avanzar en la impartición de justicia en todos los niveles sociales y políticos.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, “Sobre el paradigma de la dogmática jurídica. Problemas del progreso científico en la investigación jurídica”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 5, Buenos Aires, 1985.
- , “Aarnio Aulis (Helsinki)/ traducción de Juan Ruiz Manero, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 1 (1984), pp.11-14, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcz9146>
- , “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4 (1987), pp. 109-117, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcgm8j3>
- , “The point of departure: Kuhn’s concept of a paradigm”, en Peczenick et al (ed), *Theory of legal science*, Reidel Publishing Co., Dordrecht/Boston/Lancaster, 1983.
- AGUILO, Josep, “Tres preguntas sobre principios y directrices”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28 (2005), pp. 330-340.
- ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- , *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Fontamara, 1997.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 1-302.
- , *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2014, pp. 1-88.
- , “Justicia como corrección”, Edición Digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26 (2003), pp. 161-173.
- , “Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5 (1988), pp. 139-151.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco V*, traducido por Francisco Gallach Peles, Madrid, L. Rubio, 1931, pp. 118-149, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/767/6.pdf>
- , *Metafísica*, trad. Tomas Calvo Martínez, Madrid, Gredos, 1994.
- , *Política*, Libro III, Capítulo V, pp.44-46.

- ATIENZA, Manuel, *A propósito de la Argumentación Jurídica*, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, 1998.
- , *El derecho como argumentación*, México, Fontamara, 2004.
- , *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , *Para una teoría de la Argumentación Jurídica*, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, 1990.
- , Manuel, *Problemas abiertos en la filosofía del derecho*, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Universidad de Alicante, 1984.
- , MANERO, Juan, “Sobre principios y reglas”, Edición Digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991), pp. 101-120.
- BARQUIN ALVAREZ, Manuel, *Los recursos y la organización judicial en materia civil*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- BAROSI, Bruno. “The geometric secret of stradivarius”. *Science & Technology. Executive intelligence review (EIR)*, Washington, num. 39, 1989.
- BENTHAM, Jeremy, “Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, Early Modern Texts, <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>
- BETTI, Emilio, *Teoria generale della interpretazione*, 2ª ed., Milano, Giuffrè Editore, 1990.
- BILBAO, Alejandro, “El pensamiento y el órgano: Tres notas sobre el pensamiento humano del sufrir”, *Revista Philosophica*, Valparaíso, año 2009.
- BLANCO, Víctor, “Los límites de la justicia”, Edición Digital a partir de Isonomía: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 2 (abril 1995), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, pp. 131-158.
- BOBBIO, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, México, Cajicá, 2006.
- , *Derecho y Lógica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 2006.
- , “El rigor en la ciencia jurídica”, en *Boletín Departamento de Investigaciones Jurídicas*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, núm. 6 abril-junio 1982.
- , *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Themis, 2005.
- BRYANT, Daniel, “Ticket to Ride: Casey Martin v. PGA TOUR, INC.”, https://www.law.berkeley.edu/sugarman/Sports_Stories_Casey_Martin.pdf
- BULYGIN, Eugenio, “El papel de la verdad en el discurso normativo”, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 79-86.

———, “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en *Ciencia y Constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-Facultad de Derecho, 2008.

BUNGE, Mario. *Epistemología*, México, Siglo XXI editores, 1980.

CALSAMIGLIA, A., “Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico”. En *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 22, Cátedra Francisco Suarez y el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, 1982.

CANALE, Damiano, “Teorías de la Interpretación Jurídica y el significado”, en *Discusiones: El escepticismo en la interpretación de las normas*, núm. 11 (2012), pp. 135-165, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmch43g0>

CARACCILO, Ricardo, “Sistema jurídico y regla de reconocimiento”, en *Doxa, cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 9, 1991. *Biblioteca Virtual Cervantes*.

CARNAP, Rudolf, *La construcción lógica del mundo*, México, UNAM, 1998.

CARRIO, Genaro. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.

COMANDUCCI, Paolo, “Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía*, núm. 21-II, 1998.

CRESWELL, Robyn, “Circling the Square: Stories From the Egyptian Revolution”, *The New York Times, Sunday Book Review*, United States, 2015.

CUETO RUA, Julio, “La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación”, Edición digital a partir de DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires 1977), núm. 21, volumen II (1998), pp. 111-119, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmck3648>.

DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 32 e. México, ed. Porrúa, 2003.

DICKS, D.R., *Early Greek Astronomy to Aristotle*, Ithaca, N.Y., Cornell University Press.

DURAND, Gilbert, *La imaginación simbólica*, 2ª. Ed., trad. De Marta Rojzman, Buenos Aires, Amorrortu, 1968.

DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

———, *Casos Difíciles*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981.

- , “El derecho a la burla”, El País, España, 2006,
http://elpais.com/diario/2006/03/25/opinion/1143241211_850215.html
- , “Is there truth in interpretation?, law, literature and history”. Law Library of Congress. Frederic R. and Molly S. Kellogg Biennial Lecture of Jurisprudence, Washington D.C. 2009, <http://www.loc.gov>.
- , *La Justicia con Toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 1-284.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap, 1986.
- , “Naturaleza contra autocreacion”, El País, España, 1997,
http://elpais.com/diario/1997/03/17/sociedad/858553210_850215.html
- , *Justicia para Erizos*, México, Fondo de Cultura Económica 2014.
- , *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- , *The Model of Rules*, Yale, Faculty Scholarship Series, 1967, pp. 1-46.
- FILIPPI, Alberto, “Norberto Bobbio y Carlos Cossío: La filosofía jurídica de la interpretación analógica, Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 21 (octubre 2004), México, pp. 261-271. Edición digital de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc3t9v8>.
- FERRAJOLI, Luigi, “La pragmática della Teoria del Diritto”, en *Análisis e Diritto*, Genova, Università degli studi di Genova, Facolta di Giurisprudenza, 2002-2003.
- FRIEDMAN, Thomas L., “Egypt's Three Revolutions”, The New York Times, The Opinion Pages, United States, 2013,
http://www.nytimes.com/2013/07/24/opinion/friedman-egypts-three-revolutions.html?_r=0.
- GARCIA AMADO, Antonio, “Activismo Judicial”, 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=8ke1v6yIFsI&t=17s>, Fecha de Consulta (Febrero, 2017).
- , “¿Es Realista la Teoría de la Argumentación Jurídica? Acotaciones Breves a un Debate Intenso”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 2010.
- , “Teorías circulares sobre el objetivismo moral”, Universidad de San Isidro, 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=VmmTQE1Y8xg>, Fecha de Consulta (Febrero 2017).
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 56ª ed. Porrúa, México, 2004.
- GARCIA YEBRA, Valentín, *Poética de Aristóteles*, Madrid, Gredos. 2010.

GENY, Francisco, *Métodos de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, Comares, Granada, 2000.

GIANFORMAGGIO, Leticia, “La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica, en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, Alicante, 1993.

———, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas interpretes en serio”, en Doxa; Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 4 (1987), pp. 87-108, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmc985>

GIMENO PRESA, MARIA CONCEPCION, “Teoría y Doctrina de la Interpretación Jurídica en la propuesta de Ricardo Guastini”, DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 23 (2000), pp. 689-707, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcxk8q3>.

GONZALEZ GALVAN, Jorge, *El estado, los indígenas y el derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, pp.237-250.

GUASTINI, Ricardo, “Antinomias y Lagunas”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 29, 1999.

———, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/estudios_sobre_la_interpretacion_juridica.shtml

———, “*La fonti del diritto e l' interpretazione*”, Milano, Giuffré, 1993.

———, Ricardo, “Replica/ Ricardo Guastini”, en *Discusiones: El escepticismo en la interpretación de las normas*, núm. 11 (2002, pp.177-201, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcgx618>

GUTHRIE W.T.C., *Historia de la Filosofía Griega*, trad. de Alberto Medina González, España, Gredos, 1984.

HART, H.L.A., *El concepto del derecho*, México, Editorial Nacional, 1980.

———, *Post scriptum al concepto de derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000.

———, *Positivism and the separation of law and morals*, Harvard Law Review, Oxford, vol. 71, num. 4, 1958.

———, “Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, en *Boletín de Derecho Comparado*, nueva serie, año IV, núm. 21, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, sep-dic 1974.

HARTMAN, Nicolai, *Aristóteles y el problema del concepto*, 1ª. Ed., trad. de Bernabé Navarro, México, UNAM, 1964.

HERMEREN, Goran, “Objectivity in the social sciences”, en Peczenick et all (ed), *Theory of legal science*, Reidel Publishing Co., Dordrecht/Boston/Lancaster, 1983.

HEMPEL, Carl G., *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona, México, Buenos Aires, Paidós, 2005.

———, *La explicación científica*, Barcelona, Paidós básica, 1979.

HESSEN, Juan, *Teoría del Conocimiento*, México, Porrúa, 1996.

HOECKE, Mark Van, “El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales”, Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 19 (1996).

HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, trad. Vicente Viqueira, Albacete, Libros en la Red, 2001.

IHERING, Rudolf Von, *El fin en el Derecho*, Madrid, Biblioteca de Filosofía y Sociología, núm. 9. 1911.

KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Madrid, Librería de Victoriano Suarez, 1873.

KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982.

———, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

———, *Teoría General del Estado*, México, Editora Nacional, 1979.

KENNEDY, John, “Executive Order 10925”, United States Congress, 1961, <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/eo-10925.html>

KIRSTINA, Leena, “Sobre la ambigüedad semántica como una característica”; *de una obra de arte literaria según Roman Ingarden y Wolfgang Iser*, no. 17, 1984.

KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980.

LARIGUET, Guillermo, “Acerca de las llamadas Teorías Generales del Derecho”, en *Analisi e Diritto 2002-2003*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Facolta di Giurisprudenza, Università degli studi di Genova.

http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2002/09larig.pdf.

- , “Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico”, en *Doxa* (Publicaciones Periódicas), Alicante, núm. 25 2002.
- , Guillermo, *Dogmática Jurídica y Aplicación de Normas*, México, Fontamara, 2007.
- , *Problemas del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- LEVI-STRAUSS, Claude, *Antropología estructural*, 1ª. ed., trad. de Eliseo Verón, Barcelona, Editorial Paidós. 1987.
- LOCKE, John, “*Second Treatise of Government*”, Early Modern Texts, <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>
- MACCORMICK, Neil, “Coherence in legal justification”, en Peczenick et all (ed), *Theory of legal science*, Reidel Publishing Co., Dordrecht/Boston/Lancaster, 1983.
- MARGADANT, Guillermo, *La segunda vida del derecho romano*, ed. 1ª, México, Porrúa, 1986.
- MAZZARESE, Tecla, “La interpretación jurídica como traducción. Esclarecimientos provenientes de una analogía común”, Edición Digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 9 (octubre 1998), pp. 73-102, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmp5c9>.
- MEJIA, Raúl, “En torno a la interpretación jurídica”, Edición Digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 10 (abril-1999), pp.245-250, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc280m7>.
- MELERO, Mariano, “Derecho e Interpretación en Ronald Dworkin”, en Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia, México.
- MERRYMAN, Henry, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia*, Michie Company, Virginia, Law Publishers, 1994.
- MORESO, Juan José., NAVARRO, P.E., REDONDO, M.C., “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 11 (1992), pp. 247-262.
- , “Cuestiones persistentes y micro teorías”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 25, 2002.
- , “Dos concepciones de la interpretación jurídica”, en *Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 29, (2008), México.
- NAVARRO, Pablo Eugenio, “Acerca de la Inevitabilidad de la Interpretación Jurídica” Alicante: Biblioteca Virtual Manuel de Cervantes, México núm. 22 (abril 2005), <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctb1g6>.

NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (con referencia particular a la dogmática penal), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989.

———, “Justicia”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 14, 1993.

———, *Algunos Modelos Metodológicos de ciencia jurídica*, México, Fontamara, 1999.

PECZENIK, Aleksander, “Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12 (1992), pp. 327-331.

PEÑA FRAIRE, Antonio Manuel, “Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas”, en *Analisi e Diritto, a cura di P. Comanducci e R. Guastini*, Torino, Giappichelli Editore, 2001.

PICONTO NOVALES, Teresa, “Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Zaragoza, año IX, 1992, p. 224.

PLATON, *La Republica o de lo Justo*, Madrid, Medina y Navarro Editores, 1872.

POPPER, Karl., “Dos clases de definiciones”, en Miller, David, *Popper: escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

———, “El método científico”, en Miller, David, *Popper: escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

———, “El objetivo de la ciencia”, en Miller, David, *Popper: escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

———, “El problema de la demarcación”, en Miller, David, *Popper: escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

———, *La lógica de la investigación científica*, México, Rei, 1990.

PRECIADO, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Editorial JUS. MEXICO, 1978.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1986.

———, *The morality of freedom*, Oxford University Press, 1988.

RENTERIA DIAZ, Adrián, *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.

RICOEUR, Paul, *Tiempo y narración*, 5ta ed., trad. de Agustín Neira, México, Siglo XXI editores, 2005.

ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1970.

SANDEL, Michael, *Justice, What's the right thing to do?*, New York, Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

———, “*The Queen vs, Dudley and Stephens (1882) (The Lifeboat Case)*”, University of Harvard, 2011, <http://www.justiceharvard.org/resources/the-queen-vs-dudley-and-stephens-1884-the-lifeboat-case/>

SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *Montesquieu: El legislador y el arte de legislar*, ed. graf. ORTEGA, España, s.a.

SCHMILL, ORDOÑEZ, Ulises, “El positivismo jurídico”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LIII, núm. 240, México, UNAM, 2003.

———, “Racionalidad y conocimiento científico en la jurisprudencia”, en Schmill, Ulises y Vernengo, Roberto J, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho (tres ensayos sobre Kelsen)*, México, UNAM, 1984.

———, *Reconstrucción pragmática de la teoría del derecho*, México, Themis, 1997.

———, “Supuestos de algunas teorías de las lagunas”, en Ruiz Manero, Juan y Schmill Ulises, *El juez y las lagunas del derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.

———, *Teoría del derecho y del estado*, ensayos, México, Porrúa, 2003.

SINTONEN, Matti, “Pragmatic metatheory for legal science”, en Peczenick et al (ed), *Theory of legal science*, Reidel Publishing Co., Dordrecht/Boston/Lancaster, 1983.

SOFOCLES. “Edipo Rey”, trad. y notas de Assela Alamillo, Literatura Universal PAU, s/n..., s.a., s.e., <http://www.blog.educastur.es>.

STAVROPOULOS, Nicos, *Why Principles?*, Oxford, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, 2007, pp. 1-36.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, “Algunas consideraciones sobre la interpretación judicial”, en *La interpretación constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1975.

———, “De jurista a predicador”. La fallida conversión de normas en razones”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Normas razones y derecho*, Madrid, Trotta, 2011.

———, “Dogmática judicial y teoría moral”, en la edición digital a partir de Isonomía: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, abril de 1996, <http://cervantesvirtual.com/fichaobra/html?ref=15743>.

- , *Introducción analítica al estudio del derecho*, México, Themis, 2008.
- , “El derecho comparado técnica jurídica dogmática o historia del derecho comparado”, en *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, T.II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988.
- , *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1986.
- , *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1996.
- , “Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie año XIII, núm. 39 Sep-Dic 1980, 1980.
- , *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2002.
- , “La lectura jurídica y la construcción de inferencias en el derecho”, en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989.
- , *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, Huber, 1999.
- , *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.
- , *Razonamiento y argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.
- TARUFFO, Michelle, “Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la Jurisdicción”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía, núm. 31, 2008.
- VAN HOECKE, Mark, “El uso de principios jurídicos no escritos por los tribunales”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía, núm. 19 (2003), pp. 421-433.
- VAZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del Derecho*, México, Oxford University Press, 2008.
- VEGA, Juan, “Razones, normas y autoridad”, en Serrano Migallon, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Ciencia Jurídica y Constitución*, México, Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, 2008.
- VERNENGO, Roberto, “Sobre algunos criterios de verdad normativa”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 3, (1986), pp. 233-242.
- VIGO, Rodolfo, “Ética Judicial e Interpretación Jurídica”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29 (2006), pp. 273-294,
<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcp84s6>.
- VILLORO, Luis, *Creer, saber, conocer*, México, Siglo XXI, 1982.

VON WRIGHT, G.H., *Deontic Logic*, *Mind*, New Series, Vol. 60 (Jan 1951).

WALLACE, R. Jay, *Como argumentar sobre la razón práctica*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 2006.

WROBLEWSKY, Jerzy, “Lenguajes del discurso jurídico”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año V, núm. 4, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, marzo-agosto 1990.

ABREVIATURAS Y LATINISMOS

art. – artículo.

comp. – compilador.

e. – edición.

ed. – editorial.

et al. – y otros.

i.e. – es decir.

ibídem – lo mismo, diferente página.

ídem – lo mismo.

infra – más abajo.

núm. – número.

Op. cit. – en la obra citada.

p. – página.

pp. – páginas.

s.a. – sin año.

s.e. – sin indicación de la editorial.

s/n. – sin número.

s/p. – sin página.

supra – más arriba.

t. – tomo.

trad. – traducido por.

vid. – véase.

vol. – volumen/es.

*

A priori – posterior a.

Ar argumentum – argumento a favor.

Contra de solutio contrariorum – contrario al primer argumento.

Explanandum – el fenómeno que se pretende explicar.

Explanans – la explicación del fenómeno.

Ius dicere – Lo que dice el derecho.

In iudicando – vicio en la sentencia.

Ius strictum – estricto rigor jurídico.

Ius preceptae – preceptos jurídicos.

Iurisprudentes – el que opera el derecho.

Interpretatio prudentium – el que conoce el derecho por la interpretación.

Ignorantia legis not excusat – la ignorancia de la ley no excusa.

Iusfilosofica – filosofía del derecho o doctrina jurídica.

Iurisprudentia – oficio o arte de conocer el derecho.

Ius dominium – el dominio que da el derecho sobre una cosa.

Lato – que es amplio o extenso.

Nomen iuris – Primacía de la realidad.

Ocassio legis – condiciones que generaron la ley.

Pacta Sunt Servanda – Los pactos deben cumplirse.

Per se – por sí mismo o en sí mismo.

Per genus et differentiam – a través del género y la diferencia.

Praxis – a la práctica que se distingue de la teoría.

Principium – origen, comienzo, fuente, elemento; fundamental.

Prima facie – primera impresión aceptada como correcta.

Rex latente – propiedades del derecho de tipo no sensible.

Regulae iuris – aforismos o adagios; máximas explicativas del derecho.

Topoi – lugar común.

Vocare – acción de llamar; llamado hacia un determinado fin o destino.