

Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo
Universidad de Cartagena
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista de derecho
Law Review



Nro. 8

Julio - Diciembre 2012



**Universidad
de Cartagena**
Fundada en 1877

Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo	Cartagena (Colombia)	Vol. IV	Nro. 8	PP. 10-163	Julio – Diciembre	2012	ISSN 2145-6054
---	-------------------------	---------	--------	------------	----------------------	------	-------------------



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
1827

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo

Volumen IV Ejemplar No. 8 Julio – Diciembre 2012

ISSN: 2145-6054
ISSN Electrónico: 2256-2796

Derechos Reservados

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA
Rector

EDGAR PARRA CHACÓN
Vice Rector Académico

ROBINSON MENA ROBLES
Vice Rector Administrativo

JESÚS OLIVERO VERBEL
Vice Rector de Investigaciones

MARLY MARDINI LLAMAS
Secretaria General

La revista jurídica Mario Alario D' Filippo es una publicación de la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Cartagena. Cartagena (Colombia)

Objetivo

Obedece a una publicación seriada de carácter semestral, donde se recogen productos de los procesos investigativos adelantados en la Universidad de Cartagena, así como los de la comunidad académica nacional e internacional.

Cobertura Temática

Recibe contribuciones asociadas con investigaciones de carácter jurídico, iusfilosófico y sociojurídico. Las personas interesadas en publicar deberán acogerse a las reglas y requisitos de forma establecidos por el comité editorial y científico.

Público al que se dirige

Está dirigida principalmente a estudiosos y/o profesionales formados en áreas afines a las Ciencias Jurídicas (Estudiantes de Derecho, Abogados, Jueces, Fiscales, etc.); así como aquellas personas relacionadas con las ciencias Sociales y las Ciencias Humanas (políticos, sociólogos, antropólogos, filósofos, licenciados en historia, etc.).

Periodicidad

Semestral

Decano y Director de la Revista

Josefina Quintero Lyons

Vicedecano y editor

Yezid Carrillo de la Rosa

Coordinador editorial

Miguel Antonio Morón Campos

Asistente editorial

Verónica Álvarez

Comité editorial

Gilberto Tobón Sanín
Universidad Nacional de Colombia
Rodolfo Arango Rivadeneira
Universidad de Los Andes
Juan David Posada Segura
Universidad de Antioquia
Gabriel Méndez Hincapié
Universidad de Caldas
Roberto Uriarte Torrealday
Universidad del País Vasco
Josefina Quintero Lyons
Universidad de Cartagena
Edgardo Gonzales Herazo
Universidad de Cartagena
Jorge Pallares Bossa
Universidad de Cartagena

Comité científico

Roberto Viciano
Universidad de Valencia
Víctor Manuel Moncayo
Universidad Nacional de Colombia
Xavier Díez de Urduyía
Universidad Autónoma de Coahuila
Andrés Botero Bernal
Universidad de Medellín
Rafaela Ester Sayas Buelvas
Universidad de Cartagena
Tatiana Díaz Ricardo
Universidad de Cartagena

Editorial

Universidad de Cartagena

Jefe de publicaciones

Freddy Badrán

Corrección de estilo

Fernando Yopazá

Diseño de carátula y diagramación

Jaime A. Reyes

Número de ejemplares 300

Depósito Legal Para sus contribuciones o canjes dirigirse a: Dirección: Cartagena de Indias, Centro, Calle de la Universidad Cr. 6 No. 36-100. Claustro San Agustín (Facultad de Derecho, 2do. piso)

Página web <http://www.unicartagena.edu.co>

Correo electrónico rmarioalario@unicartagena.edu.co

© Derechos reservados

ÍNDICE

	Página
DERECHO PÚBLICO	8
DESPLAZAMIENTO Y TIERRAS: APROXIMACIÓN AL DESPOJO Y RESTITUCIÓN EN EL MUNICIPIO DEL CARMEN DE BOLÍVAR <i>Displacement and land approximation dispossession and restitution in the town of Carmen de Bolívar</i> Cristina María Rivillas Jiménez Rafaela Sayas Contreras	10
LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CAUSADOS POR ALGUNAS DE LAS MODIFICACIONES TÁCITAS QUE LE INTRODUJO LA LEY 1564 DE 2012 A LA LEY 1437 DE 2011 <i>Limits caused by the exercise right of access to justice administration of some of the unspoken introduced amendments to the law 1564 of 2012 to the law 1437 of 2 011</i> Josefina Quintero Lyon Fabio Cerpa Guarín Angélica Navarro Monterroza	22
DERECHO PRIVADO	36
OPCIONES JURÍDICAMENTE VIABLES PARA LA PERMISIÓN DEL COMERCIO DE COMPONENTES HUMANOS <i>Legally viable options for enabling trade of human components</i> Gustavo Adolfo García Arango	37
DERECHO PENAL	52
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MORALES <i>Criminal responsibility of legal persons</i> Alcides Morales	53
DERECHO INTERNACIONAL	80
DECISIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA ENCLAVA UN ARCHIPIÉLAGO DE ESTADO <i>Decision of the International Court of Justice locks an archipelago of State</i> Oscar Manuel Ariza Orozco	81

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA	99
METAÉTICA Y DERECHO. APROXIMACIÓN A LOS PRINCIPALES DEBATES EN LA TEORÍA MORAL CONTEMPORÁNEA <i>Meta-ethics and law. Approach to the main debates in contemporary moral theory</i> Yezid Carrillo De La Rosa Lisseth Reyes Carrillo	100
LA CONCEPCIÓN DE PRINCIPIO EN ALEXY Y ZAGREBELSKY: UN ANÁLISIS COMPARATIVO <i>The conception of principle in Alexy and Zagrebelsky: a comparative analysis</i> Yucelis Patricia Garrido Ochoa	113
EL PRINCIPIALISMO COMO ESPÍRITU DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL. UNA APROXIMACIÓN A LA OBRA IUSFILOSÓFICA DE RONALD DWORKIN <i>The principlism like a spirit of the neoconstitutional theory. An approach to the work of Ronald Dworkin iusfilosofica</i> Daniel E. Flórez Muñoz	125
LA INVENCION DEL POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO. ESBOZOS PARA UNA LECTURA CRÍTICA DESDE LA ECONOMÍA POLÍTICA DEL CASTIGO <i>The invention of criminological positivism. Sketches for a critical reading from the political economy of punishment</i> Miguel Antonio Morón Campos	145
INSTRUCTIVO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS	160

EL PRINCIPIALISMO COMO ESPÍRITU DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL. UNA APROXIMACIÓN A LA OBRA IUSFILOSÓFICA DE RONALD DWORKIN*

*The principlism like a spirit of the neoconstitutional theory.
An approach to the work of Ronald Dworkin iusfilosofica**

Daniel Eduardo Flórez Muñoz**

Fecha de Recepción: 7 de septiembre del 2012

Fecha de Aceptación: 24 de octubre del 2012

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Los principios en política: John Rawls y la revuelta contra el utilitarismo; 2.1. Elementos para un panorama analítico de las teorías de la justicia: posibles formas teóricas de abordar un mismo problema; 2.2. La teoría de la justicia como equidad y la crítica al utilitarismo; 3. Ronald Dworkin y la revuelta contra el positivismo; 3.1. El derecho como integridad: principios jurídicos y la crítica al positivismo analítico; 4. Referencias bibliográficas.

* El presente trabajo corresponde al Informe Final de la Investigación titulada "El Concepto de principio jurídico en la obra de Ronald Dworkin" el cual fue financiado por el Programa de Derecho de UNICOLOMBO. Fecha de Inicio: Febrero/ 2012. Fecha de Finalización: Agosto/ 2012.

** Docente Investigador del Programa de Derecho de UNICOLOMBO. Abogado de la Universidad de Cartagena. dflorez@unicolombo.edu.co

REFERENCIA

Flórez Muñoz, D. E. (2012). El Principialismo como espíritu de la teoría jurídica neoconstitucional. Aproximación a la noción de Principio Jurídico en la obra de Ronald Dworkin. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista jurídica Mario Alario D' Filippo*, IV (8), 125-144.

RESUMEN

El presente trabajo pretende servir de aproximación al pensamiento iusfilosofico de Ronald Dworkin, el cual encuentra en *“Teoría de la Justicia”* (1971) de John Rawls, un importante elemento teórico que servirá de base para el desarrollo de su propuesta principialística. Dworkin introduce al campo del derecho la idea de Principios, que junto con la pretensión de integridad, le permitieron cuestionar los fundamentos de las teorías hegemónicas en cuanto a la moral, la política y el derecho. Dworkin inicia con la construcción de un conjunto de objeciones a partir de las cuales confronta al positivismo analítico defendido por Hart, con esta crítica levanta su propia propuesta teórica que desarrollará con un enfoque holístico entre Derecho, Política y Moral.

PALABRAS CLAVE

Derecho, moral, principios, constitución, justicia.

ABSTRACT

This paper pretends to be an approximation to Ronald Dworkin's ius-philosophic thought, which takes an important foundation from “The Justice Theory” (1971) published by John Rawls in order to build his own principialistic proposal. Dworkin presents the idea of Principles into de field of law, along with the integrity pretention, and questions the hegemonic theories regarding moral, politics, and law its self. Dworkin starts with the construction of a bunch of objections intended to confront the analytic positivism defended by Hart, using this critics Dworkin sets up his own theoric offer based on a holistic approach between law, politics and moral.

KEYWORDS

Law, moral, principles, constitution, justice.

“Que reconozcamos como legítimo y obligado este tema de la definición esencial del Derecho, la cual tiene tan solo un alcance lógico y ontológico, pero no el de un juicio estimativo, no implica, en manera alguna, que no admitamos la otra investigación, a saber: la investigación sobre los valores jurídicos sobre la justicia y sobre los ideales en que el derecho debe inspirarse; antes bien, hay que proclamar que, sin perjuicio del estudio sobre la esencia formal de lo jurídico, es la indagación sobre la justicia, sobre el criterio valorador del Derecho, el tema más importante de la Filosofía del Derecho”

Luis Recasens Siches (1997: 51)

1. INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene por objetivo servir como estudio propedéutico a la teoría jurídica principalística asociada con la obra de Ronald Dworkin, asumiendo como hipótesis de trabajo el hecho de que en el pensamiento de Dworkin la teoría del derecho, la teoría de la justicia e incluso la teoría de la ética forman un *continuo* que representa un desafío a los contornos convencionales de cada disciplina (Santos, 2005: 349).

Por tal razón partiremos de una somera exposición del pensamiento de John Rawls, en virtud que es su obra *Teoría de la Justicia* la que abre el espectro académico norteamericano a un nuevo tipo de discusión en términos de principios aplicados al campo político con profundas implicaciones a los diseños teóricos explicativos y valorativos del derecho, liderando de esta forma la revuelta contra el utilitarismo a la que luego Dworkin se sumará, extendiendo la misma contra las bases del positivismo jurídico analítico que fungía como la teoría jurídica dominante al interior del contexto iusfilosófico de habla inglesa. Finalmente abordaremos las principales críticas elaboradas por Dworkin a esta variante del positivismo liderado en su momento por H.L.A. Hart, precisando igualmente algunos de los elementos conceptuales claves al interior de su propuesta teórica. En la realización del presente trabajo se atendieron a los parámetros metodológicos propios de la investigación documental.

2. LOS PRINCIPIOS EN POLÍTICA: JOHN RAWLS Y LA REVUELTA CONTRA EL UTILITARISMO

Sostiene Robert Alexy (2005), que a la hora de definir el objeto de la Justicia a partir de su formulación clásica según la cual “la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*)” se pone claramente de manifiesto que el objeto de la justicia no es todo el campo de la moral, sino solo aquella parte de la misma en que están en cuestión repartos y compensaciones (pág. 161). Sin embargo tal como lo ha notado Rodolfo Arango (2004) dicha perspectiva de la justicia pone sobre la mesa un par de perspectivas filosóficas clásicas, asociadas con la idea de justicia distributiva y justicia compensatoria (pág. 298). La diferenciación entre justicia en el reparto o distributiva y justicia en la compensación o restaurativa se remontan a Aristóteles con su *Ética de Nicomaco* (2007) así como a Tomas de Aquino *Summa Teológica* (), sin embargo fuese cual fuese la distinción, la noción de justicia estará asociada en algún grado con la idea de reparto y reparación de beneficios y cargas, derechos y deberes, etc. (Arango, 2005: 298).

En ese orden de ideas, el problematizar la justicia supone necesariamente problematizar las relaciones de injusticia, es decir, aquellas situaciones bajo las cuales se genera o bien un daño que el titular no está en condiciones o bajo la obligación de soportar (justicia restaurativa), o bien, las relaciones a partir de una distribución o repartición inequitativa de bienes y derecho que imposibiliten la igualdad de oportunidades para los asociados en determinada situación (justicia conmutativa). Esta serie de condiciones y circunstancias son el objeto de reflexión tanto de la Ética como de la filosofía política y moral, cuyos enunciados al versar sobre preguntas como “¿qué tipo de instituciones sociales debemos adoptar? O ¿Cómo debemos definir colectivamente las reglas que han de regir la actividad económica?” (Botero, 2005a: 271) han permitido generar un campo de conocimiento y reflexión denominado “*Ética social y económica*” (Botero, 2005a: 271), al interior de la cual podemos identificar un sin número de temáticas asociadas con los procesos de producción y distribución de riquezas, los diseños institucionales, las relaciones entre instituciones y necesidades, los procesos de decisión colectiva y administración de recursos, al interior de la amplia gama de problemáticas y preguntas asociadas con la *ética social y económica*, encontramos una serie de temas y preguntas relacionadas directamente con la *estructura básica de la sociedad*, es precisamente al interior de esta temática alrededor de la cual gira la propuesta de justicia social de John Rawls, en tanto se refiere a la estructuración de los diseños y formas bajo las cuales “las principales instituciones políticas, sociales y económicas se organizan en un sistema unificado de cooperación social para distribuir derechos, bienes sociales, deberes y responsabilidades” (Botero, 2005a: 272).

2.1. Elementos para un panorama analítico de las teorías de la justicia: posibles formas teóricas de abordar un mismo problema

Antes de adentrarnos en la propuesta rawlsiana, conviene precisar el contexto analítico al interior del cual su obra se inscribe, por tal razón, lo primero que corresponde señalar es que en relación al problema de la justicia es posible predicar diversos tipos de discursos, los cuales favorecen determinados tipos de argumentos. En ese orden de ideas, los enfoques o tipos de discursos desde los cuales es posible abordar el problema de la justicia son: el analítico, el empírico y el normativo.

El primero de estos enfoques, el *enfoque analítico de la justicia*, se refiere a un “análisis de la estructura lógica de los juicios de justicia. En otras palabras, se ocupa de las condiciones de una pragmática formal de la justicia” (Arango, 2005:298) en ese sentido, es una postura que desatiende los contenidos de los enunciados y se concentra en esclarecer las condiciones bajo las cuales discutimos estas temáticas atendiendo al tipo de lenguaje que utilizamos (típicamente evaluativo) y las reglas básicas que supone una argumentación de esta naturaleza. El *enfoque empírico de la justicia*, por su parte, se ocupa de una “descripción de las diversas concepciones de justicia que tienen individuos de carne y hueso en una sociedad dada” (Arango, 2005: 298-299) en él se dan prioridad argumentos de tipo sociológico que permiten entender bajo los cánones metodológicos el tipo de experiencia asociada con la idea de justicia en comunidad determinada. Finalmente tenemos el *enfoque normativo de la justicia*, referido a las investigaciones en torno a la posibilidad de justificación de los enunciados en torno a lo que llamamos justicia, o si se quiere, sobre las posibilidades de justificar nuestros juicios de valor en relación al diseño social.

Es al interior de este último enfoque de la justicia en el cual podemos ubicar la propuesta de John Rawls, sin embargo conviene hacer una segunda diferenciación, esta vez referida a los tipos de teorías normativas que abordan el problema de la justicia en general. Tenemos que las teorías normativas de la justicia pueden ser divididas según el contenido de las mismas en *teorías normativas materiales de la justicia* y *teorías normativas procedimentales de la justicia*. La diferenciación entre ambos modelos de teoría normativa viene dada según la pretensión de la teoría, así,

Si en la teoría en cuestión se pretenden señalar contenidos específicos para una concepción de justicia, entonces aquella es claramente material. Si, por el contrario, solo se pretende indicar el tipo de pasos, el *procedimiento*, que debe ser respetado para obtener un resultado determinado, independientemente del contenido de tal resultado, la teoría así construida resultará estrictamente procedimental. (Arango, 2005: 299)

Sin embargo, todavía es posible implementar otro grado de diferenciación, las *teorías normativas materiales de la justicia* puede dividirse según el tipo de elemento que soporte la materialidad de su propuesta normativa, en de tipo *iusnaturalista*, por un lado, y las de tipo *racionalista*, por el otro. Las teorías normativas materiales de la justicia de tipo iusnaturalista hacen referencia a:

las perspectivas metafísico-teleológicas de la naturaleza, basadas en la idea de que esta tiene un orden en sí misma, un *telos*, que o bien le es dado por un ser divino, o bien depende de una finalidad o una lógica implícita en ella (Arango, 2005:299).

Al interior de esta concepción podemos encontrar las propuestas de buena parte de los filósofos griegos, así como autores como Santos Tomas de Aquino, “para quien la finalidad de la naturaleza es el bien, de modo que “justo” es todo aquello que respete dicha finalidad” (Arango, 2005: 300). Sin embargo, podemos identificar otro tipo de concepción material iusnaturalista muy diferente a la sugerida por autores como Platón, Aristóteles y Tomas de Aquino, hago referencia, a las propuestas o concepciones que parten de un concepto de naturaleza genuinamente empírico.

Piénsese, por ejemplo, en el social-darwinismo: a partir del evolucionismo de Darwin, que es una teoría acerca de cómo funciona la naturaleza, puede construirse una teoría material iusnaturalista que suponga un orden ínsito en aquella, un orden empíricamente verificable, y, por lo tanto, no metafísico. Un último ejemplo de este tipo de teorías de la justicia lo encontramos en John Finnis, iusnaturalista contemporáneo en cuyo libro *Natural Law and Natural Rights* se toma el atrevimiento, en una época de pluralismo y heterogeneidad, de afirmar la existencia de ciertos valores fundamentales, universales y válidos para cualquier cultura, tales como la vida, el conocimiento, la experiencia estética, la religión, el juego, etc. Lo reseño, ante todo, porque me parece importante mostrar que el iusnaturalismo sigue vivo y que, por ende, no es muy afortunado afirmar que fue superado con el ascenso de la Modernidad (Arango, 2005: 300).

Por otro lado, tenemos las teorías de la justicia materiales que no basan su concepción en una lectura del orden natural, sino en la idea de Razón misma, es por tal motivo que son denominadas

teorías de la justicia normativas materiales racionalistas. Algunas de ellas parten de un modelo de racionalidad instrumental, en tanto, razón, medios-fines. Un ejemplo de este tipo de propuesta la encontramos en la obra de Tomas Hobbes (1978) y su idea de que “si bien en un estado de naturaleza no puede hablarse de justicia porque todo está permitido, una vez inmersos en un estado de civilidad es claro que quien no respete el pacto social comete injusticia” (*ibid.*) Este componente de racionalidad instrumental -comenta Rodolfo Arango en el texto que venimos referenciando- se encuentra presente también en la propuesta de John Rawls, para quien el derecho y la justicia sirven fundamentalmente para garantizar el acto de decisión mediante el cual se da el paso a la civilidad. Una propuesta teórica con otro modelo de racionalidad distinto es el sugerido por Inmanuel Kant (2002), quien valora el paso del estado de naturaleza al paso de la civilidad en tanto metáfora explicativa del orden público y fundamento de la obediencia del derecho, sin embargo argumenta que estos no pueden ser suficientes, por lo que mediante la racionalidad práctica (imperativo categórico) pretende explicar el fundamento del diseño social a partir de la idea que sostiene el concepto de libertad

solo es concebible en la medida en que su ejercicio esté guiado siempre por una máxima que todos y cada uno *podamos querer* que se convierta en una ley universal. En ese sentido la razón práctica de Kant no tiene un carácter instrumental, precisamente porque su eje es una concepción de la persona humana como fin en sí mismo (Arango, 2005: 301).

El modelo de teoría de la justicia normativa material racionalista, que a diferencia de la propuesta de Hobbes, parte de la idea de razón práctica.

Tenemos finalmente las propuestas de teorías de la justicia normativas de corte procedimental. Las cuales a su vez pueden dividirse en teorías decisionistas y teorías de la argumentación. El primer tipo de estas teorías procedimentales se refiere a aquellas que sostienen que el principal problema en torno a lo que debe ser la justicia, se ubica en el proceso de toma de decisiones. En este modelo de teoría de la justicia en el que podemos ubicar a John Rawls, principalmente producto de la influencia que ha tenido en el mismo las reflexiones elevadas principalmente por economistas norteamericanos en el marco de las teorías de la decisión racional. Finalmente y para terminar el tentativo esquema de las teorías de la justicia, tenemos las teorías de la justicia normativas procedimentales de corte argumentativo, las cuales entran a privilegiar los presupuestos propios de la teoría de la argumentación y las teorías discursivas de la política y el derecho, naturalmente hacemos referencia a los trabajos de autores como Habermas (1998) y Alexy (2007).

La idea, muy kantiana por cierto, es que dado que en el lenguaje existen ciertos presupuestos que hacen posible la comunicación, toda teoría que pretenda ser aceptable, particularmente si es sobre la justicia o el derecho, deberá respetar tales presupuestos [...] Esos presupuestos del diálogo tienen la pretensión de constituirse en principios lógicos-trascendentales de la argumentación, en el sentido kantiano de la expresión, y son, por lo tanto, principios que hay que respetar en cualquier deliberación sobre la justicia. Ellos son todo lo que podría prescribir una teoría argumentativa de la justicia, pues ir más allá y señalar contenidos sería algo inaceptable, porque precisamente

lo que hace justo el resultado de tales teorías es el respeto a las reglas de la argumentación y la absoluta imparcialidad con respecto al contenido de la misma (Arango, 2005: 304).

Finalmente, dentro de las teorías procedimentales de la justicia tenemos aquellas que provienen de los desarrollos de la teoría de los sistemas, adelantados especialmente por Niklas Luhmann (2005) y Gunther Teubner (2000).

De forma esquemática podríamos graficar lo expuesto hasta el momento de la siguiente forma:

TEORÍA DE LA JUSTICIA	NORMATIVA	Material	Iusnaturalista	Concepto Metafísico de Naturaleza	Aristóteles, Platón, Aquino
				Concepto Empírico de Naturaleza	Darwin, Finnis
			Racionalista	Razón Instrumental	Hobbes
				Razón Práctica	Kant
		Procedimental	Decisionistas	Rawls, Nozick, Buchanan	
			Teoría de Argumentación	Habermas, Alexy	
	Teoría de los sistemas		Luhmann, Teubner		
	ANALÍTICA				
	EMPÍRICA				

Teniendo claro el contexto analítico al interior del cual ubicar la propuesta rawlsiana podemos ahora pasar a analizar la misma en detalle. Enfatizando en sus principales líneas fuertes ya que solo teniendo en consideración el marco filosófico político en el cual se inscribe la apuesta jurídica dwokiniana es posible tener una comprensión cabal de la misma.

2.2. La teoría de la justicia como equidad y la crítica al utilitarismo

Al interior de la literatura filosófica en español encontramos excelentes textos introductorios a las principales preguntas y tesis abordadas en el libro de Rawls, quizá una de las más elaboradas es la realizada por el profesor argentino Roberto Gargarella quien en su texto *Las Teorías de la Justicia después de Rawls* (1999) ofrece un panorama teórico con la claridad conceptual que le caracteriza y un profundo rigor metodológico. Igualmente tenemos los trabajos de profesores como Oscar Mejía Quintana (2004, 2005, 2009) y Juan José Botero (2005a, 2005b) los cuales sin lugar a dudas también

ofrecen una puerta muy accesible para todos aquellos interesados en iniciarse en la obra del Rawls, especialmente en su *Teoría de la Justicia* libro que marcó el resurgimiento de la filosofía política anglosajona, la cual llevaba décadas siendo dominada por la ética utilitarista y la epistemología empirista. En ese orden de ideas debemos considerar cómo

La Teoría de la justicia termina de redondear la crítica al utilitarismo emprendida por Rawls 20 años atrás, cuando decide acoger la tradición contractualista como la más adecuada para construir una concepción de justicia como equidad, capaz de satisfacer por consenso las expectativas de igual libertad y justicia distributiva de la sociedad. Para ello concibe un procedimiento de consensualización -la posición original-, de la que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas, unos principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social (Rawls, 1979). La teoría de Rawls se constituye en una crítica posliberal a las sociedades posindustriales e intenta, así, resolver la crisis de legitimidad de la democracia liberal, así como la tensión entre legalidad y legitimidad, planteada por la modernidad, a través de un procedimiento de consensualización que sometía el ordenamiento legal a unos criterios de justicia concertados imparcialmente; si bien su propuesta, más que resolver la cuestión, reaviva el debate Kant-Hegel en los términos clásicos (Mejía, 2005: 29).

Admitiendo la tesis que entiende que las instituciones sociales deben tener como su primera virtud la justicia, aún sobre su carácter ordenado o su contingente eficiencia, Rawls orienta su trabajo intelectual a responder la pregunta en relación a las condiciones de posibilidad de un orden institucional realmente justo. En ese orden de ideas, la teoría de Rawls inició como parte de un debate que venía siendo ocupado hasta el momento por otras vertientes teóricas, no es de extrañar que él mismo plantee su apuesta intelectual en los siguientes términos: “elaborar una teoría de la justicia que sea una alternativa viable a las doctrinas que han dominado largamente nuestra tradición filosófica” (Rawls, 1971 citado en Gargarella, 1999: 21) La teoría contra la que entrara en directa confrontación es la derivada de la tradición utilitarista, y menor medida con el intuicionismo. Este último podría ser caracterizado a través de dos postulados básicos:

Por un lado, dicha posición teórica afirma la existencia de una pluralidad de principios de justicia, capaces de entrar en conflictos unos con otros. Por otra parte, esta postura considera que no contamos con un método objetivo capaz de determinar, en caso de dudas, qué principio escoger entre los muchos que existen, o cómo establecer reglas de prioridad entre ellos. Lo único que podemos hacer frente a la multiplicidad de principios, por tanto, es sobrepesarlos de acuerdo con nuestras intuiciones, hasta determinar cuál es el principio que nos resulta el más adecuado en cada caso (Gargarella, 1999: 22).

Rawls considera que el defecto de dicha postura es precisamente el relativismo del que cae preso ante la imposibilidad de ofrecer un sistema de reglas consistentes capacitado para jerarquizar las intuiciones bajo las condiciones de conflictividad de las mismas. Esto sumado a la falta de claridad para diferenciar entre intuiciones correctas e incorrectas, ni cómo diferenciar las intuiciones de los meros pálpitos o impresiones (*Ibid.*) Sin embargo, considera Rawls que no es posible abandonar por

completo al interior de la discusión por la justicia los elementos derivados de los principios intuitivos, sin embargo, la apelación a los mismos debe realizar en la menor medida posible. La otra teoría contra la que se eleva la teoría de rawlsiana, es la utilitarista, la cual constituyó, tal como lo plantea Roberto Gargarella, “el verdadero “fantasma” contra el cual combatió a lo largo de toda su *Teoría de la Justicia*”, el utilitarismo puede ser entendido como la postura que considera:

Que un acto es correcto cuando maximiza la felicidad general. Ya en esta primera y muy básica formulación, el utilitarismo aparece (a la vez) como más y menos atractivo que el intuicionismo. En efecto, y por un lado, el utilitarismo posee un método capaz de ordenar diferentes alternativas, frente a posibles controversias morales (según dijéramos, la mejor opción, conforme al utilitarismo, es la que más contribuye al bienestar general). El intuicionismo, en cambio carece de dicha capacidad. Sin embargo, Rawls tiende a rechazar el utilitarismo, en su carácter de concepción “teleológica” o “consecuencialista” –una característica, esta, que no se encuentra necesariamente asociada con el intuicionismo. Rawls, como muchos otros liberales, defenderá una concepción no-consecuencialista (“deontológica”), esto es, una concepción conforme a la cual la corrección moral de un acto depende de las cualidades intrínsecas de dicha acción –y no, como ocurre en las posiciones “teleológicas”, de sus consecuencias, de su capacidad para producir un cierto estado de cosas previamente valorado (Gargarella, 2005: 22-23).

En este orden de ideas, vemos como el principal problema del utilitarismo es la extrapolación del principio de utilidad como principio fundante de la justicia social. Sin embargo, muchos liberales como Ronald Dworkin reconocen que en el utilitarismo se conserva un interesante núcleo igualitarista, derivado precisamente de la tendencia a contar como iguales la totalidad de las preferencias en juego.¹ Son muchas las razones por las que el utilitarismo resulta una teoría atractiva para buena parte de la academia anglosajona, sin embargo su lectura de la justicia social obviamente desconoce la forma en la que efectivamente se distribuyen la suma de satisfacciones al interior del colectivo social y mucho menos toma en consideración el condicionamiento temporal para la realización de las mismas.

La figura metodológica del utilitarismo para fundamentar esto, sostiene Rawls, es la del espectador imparcial. A través de ella son proyectados los deseos del individuo al conjunto de la sociedad y, por tanto, lo que es bueno o justo –en últimas útil- para el individuo debe serlo necesariamente para la sociedad en su conjunto.

Como es obvio, Rawls no puede considerar semejante procedimiento moralmente justo, pues no se trata sino de los intereses individuales disfrazados y autolegitimados como intereses generales, sin que medie ningún procedimiento de argumentación que establezca los parámetros de aceptación moral de los principios ni, mucho menos, ningún

¹ DWORKIN muy en la vía de Rawls, se ha ocupado en varios momentos de mostrar el modo en que el utilitarismo termina frustrando su original promesa igualitaria. “El argumento de Dworkin se basa en la idea de las preferencias “externas”, esto es, preferencias acerca de la asignación de bienes hacia otras personas” (Gargarella, 2005: 27) Las cuales son consideradas al interior del cálculo del utilitarista llevando a admitir preferencias en torno a la limitación de bienes y servicios para personas en razón de su color de piel, condición sexual, etc.

acuerdo social que los sancione como justos o al menos, concertados por la mayoría de la sociedad. (Mejía, 2004: 35-36).

Una crítica al utilitarismo en tanto tradición hegemónica no puede ser entendida por fuera de las condiciones materiales que posibilitaron la crisis del utilitarismo. John Rawls en su Teoría de la Justicia

Indaga sobre los fundamentos del principio de legitimidad política regente en las sociedades liberales, que a lo largo del periodo de elaboración del texto estaban siendo cuestionados, tanto en los Estados Unidos como en Europa, por una serie de movimientos que señalaban sus falencias y la necesidad de realizar una revisión y reformulación de los mismos. Dentro de estos movimientos se puede encontrar el movimiento en defensa de los derechos civiles y el movimiento contra la guerra de Vietnam, que protestaba contra una situación de exclusión al interior de la sociedad norteamericana y las posiciones que este país estaba asumiendo en el orden internacional. Todos estos movimientos contribuyeron a señalar la existencia de una crisis de legitimidad manifiesta en los ordenamientos liberales de la época (Mejía, 2009: 158).

La forma en la que Rawls consideró que se podría restablecer los criterios de legitimidad cuestionados, fue mediante la apelación al principio consensual de legitimación. El cual suponía una reconstrucción de los principios que en la política y el derecho definían los diseños institucionales y la elaboración de una serie de constructos metodológicos que permitirían la implementación de la misma.

En la siguiente cita in extenso del profesor Mejía Quintana se explica de forma propedéutica cuales son los contornos básicos de la propuesta consensual rawlsiana.

Desde la *Teoría de la Justicia* Rawls ha concebido este procedimiento de argumentación consensual como el instrumento para garantizar que los principios de justicia social o cualquier tipo de principios normativo-procedimentales que deban orientar la sociedad sean escogidos dialógicamente, rodeando el proceso de las condiciones necesarias para que no sea contaminado por intereses particulares y se garantice la universalidad y validez normativa de los mismos.

El constructo metodológico que utiliza para ellos es el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios y la simetría discursiva y, como consecuencia de ello, la imparcialidad a su interior. El velo de ignorancia, principal mecanismo metodológico, tendrá el propósito de representar la potencial discusión simétrica pública sobre la estructura básica de la sociedad, asegurando la libertad e igualdad argumentativas de los seres humanos y grupos sociales, con el fin de garantizar que la concepción pública de la justicia que se concerte sea el fruto de un procedimiento dialógico amplio y participativo.

La concepción de justicia pública que de ello se deriva no solo constituye el fundamento dialógico –moral, extra-sistémico, de todo el ordenamiento jurídico político sino que, simultáneamente, es un criterio de validez y legitimación de todas las medidas que el

Estado tome en torno a la sociedad. De allí se desprende tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre cualesquiera leyes y medidas que afectan el orden social, tanto en su esfera pública como privada (Mejía, 2009: 162-163).

De esta forma la racionalidad moral abre el paso a la racionalidad deliberativa, permitiendo a partir de los criterios de la razón práctica definir y transformar los imperativos morales existentes en la historia de la comunidad política en normas ideales en cabeza del individuo el cual las reconoce como validas al interior de su esfera personal y bajo su condición de ciudadano, permitiendo a su paso un auditaje subjetivo garantizado por el Equilibrio Reflexivo, constructo previsto como momento en el que el individuo cuestiona los principios fundantes del orden político institucional abriendo el campo para su replanteamiento y contribuyendo de esa forma a una mayor apropiación de los mismos.

El equilibrio reflexivo es la polea que permite articular la dimensión política con la individual, dándoles al ciudadano, como persona moral, la posibilidad de replantear los principios de justicia y la estructura social que se deriva de ellos cuando sus convicciones así se lo sugieran (Mejía, 2004: 42).

La hipótesis que el trabajo de Rawls pretende evidenciar es que la Justicia entendida como equidad (imparcialidad) corresponde a la idea de que la calidad del resultado depende del procedimiento establecido previamente para alcanzarlo. En ese orden de ideas tenemos que una teoría de la justicia procedimentalmente “perfecta” garantizará que los principios establecidos a partir de los constructos de la misma goce de la calidad de justos. La cuestión central se encuentra en los bienes básicos con los que cuentan las personas a la hora de iniciar el acuerdo, acompañado de la posibilidad efectiva de modificar los mismos según la percepción de injusticia que razonablemente pueda tener uno de los participantes de la ciudadanía. Vemos cómo el equilibrio reflexivo (evaluación individual de los contenidos de justicia de los principios consensualmente establecidos) y la posición originaria (hipótesis que sirve como punto de partida neutral) solo adquiere sentido si viene acompañado por una redistribución de los bienes primarios que posibilite que la participación no solo sea hipotética sino que efectivamente los agentes puedan tener las condiciones para generar el intercambio discursivo en posiciones simétricas. Los bienes primarios con los que Rawls pretende subsanar este inconveniente, para él estos hacen referencia a los medios generales que resultan indispensables para construir y desarrollar cualquier concepción de vida buena (Botero, 2005a: 282) los cuales son a su vez diferenciados en dos grandes tipos, los bienes primarios naturales y los bienes primarios sociales, en relación a los primeros, podemos decir que son aquellos independientes de la mediación social directa, tales como los talentos innatos y la salud. Los segundos tipos de bienes hacen referencia a aquellas calidades obtenidas a partir del proceso de socialización, los cuales se dividen en libertades fundamentales, acceso a los diversos puestos y posiciones y por último las bases sociales del respeto de sí mismo. En este punto, radica el grueso de la *Teoría de la Justicia*, la cual según comenta el profesor Juan José Botero:

está dedicada a demostrar que las partes libres y racionales, preocupadas por sus propios intereses e inmersas en la posición original con velo de ignorancia, escogerían dos principios de justicia en particular, que bien analizados resultan no ser dos sino tres. El

primero de ellos es el de *igual libertad*, el segundo es el de *igualdad equitativa de oportunidades*, y el tercero, el de *diferencia*. En ese sentido, en una sociedad verdaderamente justa las instituciones deben estar organizadas de tal manera que toda persona tenga, de acuerdo con el primer principio, un derecho al igual al conjunto más alto de libertades individuales que sea compatible con un conjunto más alto de libertades individuales que sea compatible con un conjunto semejante de libertades para todos (en pocas palabras: el máximo de libertades individuales posible para todos) (2005a: 284).

3. RONALD DWORKIN Y LA REVUELTA CONTRA EL POSITIVISMO

La obra de Ronald M. Dworkin ha despertado un profundo interés al interior de la academia jurídica global, principalmente suscitado por los debates que la misma ha ocasionado en distintas disciplinas (derecho, sociología, filosofía política y moral, entre otras) en torno a problemas sociales, morales y políticos. Su estilo provocador y la sugerente solidez teórica de buena parte de sus tesis, acompañado de una prolífica producción teórica principalmente compuestas por artículos y conferencias en importantes eventos, ha permitido que a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, Ronald Dworkin se haya convertido en un referente obligatorio en relación a los debates en torno a la idea de derecho, los límites de la libertad y las fronteras de la discusión pública en general.² En esta empresa teórica ha sido de absoluta relevancia, por una parte, los contendientes teóricos contra los cuales ha dirigido sus principales críticas el jurista norteamericano, nombres como los de H.L.A. Hart y John Rawls son una muestra de una comunidad de interlocución académica de muy alto nivel lo cual exige una solida formación y una marcada tendencia a la innovación; por otra parte, también es de rescatar el hecho de que ha contado con la fortuna de ocupar puestos de enorme visibilidad que han servido de palestra para que sus comentarios y posturas intelectuales tengan cada vez un mayor eco al interior de la academia global.

Ronald Dworkin se ha ido abriendo un camino propio en un contexto académico que se encontraba dominado a nivel político y moral por las teorías utilitaristas y a nivel jurídico por el positivismo analítico. En relación a la primera de estas teorías hegemónicas, Dworkin se uniría a la revuelta iniciada por John Rawls en 1971 con la publicación de su *Theory of Justice*, sin embargo la postura del jurista no se reduciría a la contundente crítica esbozada por el filósofo, por el contrario, sobre los del mismo Dworkin desarrollaría importantes críticas tanto al utilitarismo como a la postura del mismo Rawls desde su teoría política igualitarista. Naturalmente en la obra de Dworkin se entrevé la profunda impronta que dejó en su formación la obra de John Rawls, la cual es un presupuesto conceptual importante a la hora de entender de forma cabal una teoría jurídica como la Dworkin orientada a articular de forma profunda a partir de la idea de integridad los planos políticos, jurídicos y morales. En relación al Positivismo Analítico, este partía de las bases fundadas por Austin, para quien la teoría del derecho (Jurisprudence) debía ocuparse estrictamente de la cuestión descriptiva del fenómeno jurídico en tanto derecho positivo. Contribuyendo de esta forma a clausurar el pensamiento del jurista en férreos campos disciplinares que hacían del mismo un

² Entre los excelente textos de debate y recepción que respaldan la afirmación encontramos en Colombia (Rodríguez, 1997), (Fabra, 2009) y (Arango, 1999). En habla inglesa encontramos, entre otros, los trabajos: (Shapiro, 2007) y (Ripstein, 2007).

mero reproductor de lo que en determinado momento “es” el derecho, abandonando la cuestión por el “deber ser” del mismo a otros campos disciplinares distintos (por ejemplo al que Austin denominó la Ciencia de la Legislación).³

Precisamente la contribución de Dworkin reside en la negativa a elegir entre un campo disciplinar y otro, su teoría apunta a la evidenciar la esterilidad en la que se ha sumergido la teoría del derecho por obedecer a este tipo de división social del conocimiento, siendo la principal tarea del jurista la solución de problemas concretos permitiendo justificar y no solo explicar un determinado estado de cosas. Este restablecimiento de la tarea normativa de la jurisprudencia es la condición de posibilidad de un mayor dialogo del teórico del derecho con las instancias de decisión pública así como una forma de teorizar el fenómeno jurídico atendiendo a criterios y argumentos provenientes de otros campos que en últimas son relevantes al interior del proceso de adjudicación. Este compromiso se ve reflejado en las bases conceptuales desde donde proyecta su pensamiento, en término compromiso implícito con un tipo de teoría holística que abra el discurso jurídico a argumentos políticos y éticos al tiempo que evidencie la necesidad de estas disciplinas de referirse e ingresar en las discusiones jurídicas, en este elemento innovador reside buena parte del atractivo de la teoría del derecho como integralidad, pero a su vez supone un desafío para quien desde un campo disciplinar autónomo pretenda conocer de forma cabal los elementos sustanciales de dicha propuesta, esperamos estar en este trabajo a la altura de éste desafío.

3.1. El derecho como integridad: principios jurídicos y la crítica al positivismo analítico

En el desarrollo del proyecto teórico de Ronald Dworkin –que el mismo ha denominado “Derecho como Integridad”– se pueden diferenciar claramente dos grandes momentos o etapas. Siguiendo a María Lourdes Santos (2005) la primera de estas etapas tiene como origen la publicación de *Taking Rights Seriously* (1978), en esta importante obra Dworkin se dedica básicamente a esbozar sus principales reservas con las bases de teoría positivista en la variante principalmente defendida por H. A. L. Hart, principalmente contra la tesis que entiende que solo son normas jurídicas aquellas que son reconocidas por su origen fáctico, y a partir de este ataque pretende llegar a cuestionar la tesis que sostiene que las normas jurídicas son conceptualmente distinguidas de los estándares morales y de esta forma objetar la imposibilidad defendida por el positivismo de que el derecho pueda contener una respuesta unívoca (Nino, 1985: 149), sin embargo, aquí tendremos que señalar que estas afirmaciones que Dworkin atribuye al positivismo jurídico como teoría, no corresponde a la postura o tesis central del mismo, de hecho algunos positivistas reconocerían la pertinencia y valides de varias de las críticas realizadas por Dworkin a las mismas.⁴

Las características que Dworkin confiere al positivismo jurídico se derivan exclusivamente de su “lectura” de la obra de Hart y por tal motivo se refiere en concreto al positivismo jurídico analítico en tanto teoría hegemónica en la academia iusfilosófica anglo parlante, cuyo modelo es descrito

³En relación a lo que Austin denominó la Ciencia del Derecho y su diferenciación con la Jurisprudencia ver especialmente: (Austin, 1981), (Trías, 2000) y (Campbell, 2002)

⁴ Un brillante análisis de la forma en la que el no-positivismo de Dworkin puede conciliarse en algún nivel con algunas posturas positivistas, en virtud que la polémica no obedece a diferencias teóricas genuinas puede encontrarse en (Nino; 1985: 145-174).

por Dworkin como “modelo de reglas” (*model of rules*) haciendo referencia a la concepción del derecho que considera que el mismo se agota en un catálogo de normas positivas identificables mediante algún criterio convencional (*regla de reconocimiento*) confrontándolo de forma crítica con lo que el autor denominará “casos difíciles” (*hard cases*) para evidenciar la existencia de otro tipo de elementos que configuran o hacen parte sustancial de la noción de derecho invisibilizado por la miopía del positivismo analítico, se trata de casos en los que no existe una solución inequívoca aplicando las reglas convencionales existentes (Santos, 2005: 350), en este tipo de situaciones, el positivismo optaba por la defensa de la discrecionalidad judicial la cual será también objeto de fuertes cuestionamientos en la obra de Dworkin en términos de improcedencia política y falta de correspondencia con la forma en la que los operadores judiciales conciben su propia actividad, tal como hemos venido señalado, los planteamientos de Dworkin se encuentran acompañados de un profundo y claro compromiso político, en esta caso asociado con las implicaciones que dicha tesis positivista supone tanto para el principio de la división de poderes como para el sentido del fundamento de vinculación de los jueces al derecho y la prohibición de retroactividad. Por tal razón, es posible entender que para Dworkin se alcanza una comprensión más satisfactoria del proceso judicial

si se admite que el derecho está integrado no solo por reglas positivas sino también por *principios*, una clase de normas que no son creadas deliberadamente pero de cuya existencia nos cercioramos en el proceso de solución de los casos difíciles, y que mantienen una relación interna con las reglas vigentes en la medida en que las informan, les prestan justificación y, al tiempo, guían la interpretación de la totalidad del material jurídico (Santos, 2005: 351).

No es de extrañar las profundas implicaciones que dicha postura supone a nivel filosófico político, en virtud que la misma trae consigo un diseño institucional a partir del cual los principios jurídicos sirven como límite efectivo para la labor legislativa y como criterio de referencia obligada al interior de la labor judicial. Estamos frente a una concepción que asume la existencia de una frontera moral que define la legalidad de la actuación del Estado Constitucional y por tanto —siguiendo a Rawls— establece una profunda y necesaria articulación entre razón jurídica y razón pública a partir de la cual una comunidad determinada asienta sus valores democráticos.

Continuando con el primer momento de la teoría de Ronald Dworkin, podríamos considerar que la crítica elaborada en el libro en mención se refiere en concreto a tres aspectos centrales de su lectura del positivismo hartiano, por una parte la admisibilidad de ciertos tipos de estándares como parte del derecho, por la otra el alcance de la discreción judicial y finalmente la posibilidad de justificar proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales (Nino, 1985: 149). Veamos con mayor detenimiento cada una de estas objeciones.

En relación al primer tópico, Dworkin sostiene que el positivismo no puede reconocer como parte del derecho a ciertos estándares que los jueces suelen aplicar en sus decisiones y que él propone denominar “principios”, por oposición a las reglas que integran un orden jurídico [...] expresan consideraciones de justicia, equidad u otras dimensiones de la moralidad (Nino, 1985: 149-150).

Los principios jurídicos en la perspectiva desarrollada por Dworkin se diferencian de las reglas por varios criterios, el primero de los cuales es su aplicación. Las reglas se aplican bajo la lógica del todo o nada, es decir, en un caso específico la aplicación de la regla es de forma completa y absoluta, en contraste a esto, tenemos que los principios ofrecen indicaciones que deben tomarse en consideración a la hora de resolver una controversia, es por esto que los mismos pueden aplicarse de forma gradual a partir del balance con consideraciones provenientes de otros principios. Los conflictos entre principios a diferencia del conflicto entre reglas no se pueden resolver atendiendo a criterios como los de de especialidad o jerarquía normativa. A diferencia de las reglas, un principio que no es aplicado a un caso en el que pudiese ser considerado no compromete su validez en virtud de la excepción, es decir, un principio a pesar de que no sea tenido en consideración sigue siendo un criterio aplicable a casos futuros. Otra diferencia estriba en la estructura lógica y el contenido semántico de los principios en relación a las reglas, los primeros contienen una estructura de mandato y se encuentran redactados con categorías conceptuales de una textura extremadamente abierta, a diferencia de la regla las cuales contienen una estructura de supuesto de hecho-consecuencia y gozan de categorías con textura limitada. Una semejanza entre ambos es que prescriben derechos y deberes que preexisten a los procesos decisorios en los cuales los jueces los toman en consideración a la hora de fallar sus casos (Nino, 1985: 150). Los principios en Dworkin –comenta Portela- corresponden 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 [...] La tesis de Dworkin referida a los principios jurídicos se esconde una crítica a quien considera como uno de los máximos exponentes del modelo positivista: Hart. El autor de *Los derechos en serio*, que sucedería precisamente a Hart en su cátedra en Oxford, comete una especie de “parricidio”, al arremeter y hacer blanco predilecto de sus críticas al profesor oxoniense, concluyendo que su concepto de derecho es puramente normativo y pasa por alto el importante papel que juegan en la dinámica misma de lo jurídico aquellos estándares que no son normas: los principios. La crítica fue atinada. Tan ajustada y contundente que llevó al mismo Hart a plantear una nueva versión de su obra principal, *El concepto de Derecho*, en la que habla ahora –en su *Postscriptum*– de *soft positivism*: positivismo suave; un positivismo que años más tarde tomará el nombre de “incluyente” porque admite referencias a la moralidad, que antes eran impensadas (Portela, 2009: 37).

En este orden de ideas y siguiendo la tesis sostenida por Dworkin, los principios al cumplir en la práctica funciones análogas a las reglas deben ser considerados como elementos propios del derecho, y por tanto incluidos al interior del concepto del mismo. Sin embargo, aquí el positivismo –sostiene Dworkin- encuentra una gran dificultad derivada de su abierta militancia con la tesis que sostiene “que los estándares jurídicos se distinguen de otro tipo de estándares, como los de índole moral, por satisfacer un test comúnmente reconocido como el que está contenido por ejemplo en la regla de reconocimiento” (Nino, 1985: 150). Este test de linaje de la norma o “pedigrí” supone un origen fáctico de la norma que garantiza ubicar su nacimiento al interior del modelo de organización social bajo la tesis de los hechos sociales. Al ser los principios incondicionales, no obedecen por definición a este tipo de análisis, en virtud que frente a los mismos no se puede predicar su validez

atendiendo al origen. En este orden de ideas la aspiración del positivismo carece de sentido al no poder cobijar bajo su hipótesis la totalidad de los elementos que conforman el concepto de derecho.

Este aspecto se vincula directamente con la segunda gran objeción referida al “alcance de la discreción judicial y la existencia de indeterminaciones en el derecho” (*ibíd.*) para Dworkin –tal como comentamos anteriormente- la salida del positivismo a la existencia de los principios jurídicos como elementos constitutivos del derecho (evidenciado a partir de la estrategia argumentativa de los casos difíciles) consiste en sostener que en los momentos en los que los jueces no acuden a las reglas establecidas en el sistema normativo, los mismos hacen uso de su discrecionalidad para apelar a estándares extrajurídicos los cuales les permita resolver el caso en cuestión.

Dworkin sostiene que esto implica confundir dos de los varios sentidos de la palabra “discreción”. De acuerdo con uno de estos sentidos, se dice que los jueces tienen discreción cuando una regla, por ser indeterminada, no puede ser aplicada mecánicamente sino que su aplicación exige ciertos juicios ponderados. Según otro sentido, los jueces tienen discreción cuando una regla no les impone una obligación específica sino que les concede una opción entre diferentes alternativas. Los positivistas parecen pensar que cada vez que los jueces tienen discreción en el primer sentido la tienen también en el segundo. Un juez puede estar en la duda acerca de si el derecho le exige decidir a favor del actor o le exige decidir a favor del demandado, o si le concede discreción para decidir de una forma y otra. Es irrazonable pensar que esta duda debe siempre resolverse a favor de la tercera alternativa, de modo que si es controvertible cuál es el deber del juez, la respuesta sería siempre que no tiene deber alguno sino facultad para decidir a su arbitrio (Nino, 1985: 150).

En este momento entramos a la segunda etapa de la producción intelectual de Dworkin, y se refiere al momento en que deja la crítica de las teorías hegemónicas de lado y da paso al momento propositivo de forma más clara. Esta etapa encuentra en libros como *Law's Empire* (1986) y recientemente *Sovereign Virtue* (2002) momentos de enorme claridad a la hora de la formulación de su propuesta llamada “Derecho como Integridad”, la cual se articula directamente con los planteamientos críticos dirigidos al positivismo en años anteriores,

Dworkin concibe su “derecho como integridad” como una “concepción interpretativa” del derecho enfrentada polémicamente a otras “concepciones interpretativas” rivales, en particular al “convencionalismo” que se corresponde con la versión ideológica del positivismo jurídico, y al “pragmatismo” que se corresponde con el realismo jurídico norteamericano. Como se desprende de lo anterior, Dworkin aborda el concepto de derecho como un “concepto interpretativo” y no como un “concepto semántico”. Tomando como base una reflexión sobre las “discrepancias teóricas” que se producen entre los juristas en los procesos de aplicación del derecho, Dworkin sostiene la tesis de que, para esclarecer qué se entiende por derecho, es inútil pretender sacar a la luz las reglas que regulan el uso del término, sino que se requiere más bien un proceso

interpretativo en el que están presentes, inevitablemente, valoraciones *políticas*. (Santos, 2005: 351).

En este orden de ideas, tomando como base la discusión en torno a la discrecionalidad judicial, Dworkin considerará que el juez está en la capacidad de explorar al interior de la evolución de los principios morales de la ciudadanía en búsqueda de los elementos que le permita satisfacer de la mejor manera posible los ideales de justicia requeridos al interior del sistema judicial como parte del diseño institucional del Estado, en este orden de ideas del abanico de posibles respuestas en determinados casos difíciles el juez asumiendo como propia la capacidad omnicomprendiva del juez Hércules puede y debe encontrar mediaciones que le permita identificar al interior de dicho abanico de posibilidades la que mejor y de forma más clara satisfaga las exigencias y expectativas previstas en los principios de la moral crítica. Estos principios morales establecidos al interior de la vida social como fundante del orden democrático permiten una clara articulación entre derecho, moral y política la cual posibilita una permanente actualización de las categorías jurídicas a la luz de los requerimientos de la sociedad en desarrollo, así como la inexistencia de lagunas que posibiliten el retorno de la discrecionalidad judicial como forma de decidir los casos judiciales. En ese sentido comenta el profesor Albert Calsamiglia que,

si tratáramos las comunidades políticas estatales como comunidades de principios tendríamos elementos suficientes para observar hasta qué punto las decisiones del pasado determinan el presente y hasta qué punto las decisiones que toman los poderes públicos que afectan a la coacción están justificadas. El esfuerzo constructivo supone partir de una intuición determinada -como por ejemplo la de que no están justificadas las leyes diversificadas- y preguntarse cuáles son los principios o la estructura coherente de principios que mejor justificarían las decisiones públicas. El paso siguiente sería considerar estas decisiones como los eslabones de una cadena-la cadena del derecho. Para separarse de las decisiones anteriores es preciso que existan razones públicas para decidir en un sentido determinado (Calsamiglia, 1990: 10).

Esta es la tesis que permite a Dworkin sostener que el derecho es una novela en cadena, tesis muy próxima a la defendida por Carlos Santiago Nino bajo la metáfora de la Catedral. Según la tesis de Dworkin, el juez en el momento de fallar asume un rol al interior de una historia que viene previamente en construcción, razón por la cual la asunción de tal rol supone que debe articular su actuar a los giros y tramas que previamente a él se venían desarrollando. Este llamado a la coherencia y al respeto al precedente en términos de garantía del derecho a la igual es la que permite, por una parte, que el operador judicial pueda encontrar una tradición lo suficientemente rica como para poder identificar en cada momento problemático una respuesta correcta, y por otra parte que el derecho y los principios jurídicos sean un proceso de permanente actualización, modificación y desarrollo, es decir, que los mismos cambien conforme la sociedad misma lo haga.

Las valoraciones y los principios que defiende colectivamente una sociedad son dinámicos. Quizá los conceptos sean los mismos, es decir, tengan el mismo nombre pero varían a lo largo de la historia. El derecho como integridad es un enfoque que permite al ciudadano una actitud activa frente al derecho. Le recomienda que tome el derecho como

un dato interpretativo y que colabore a la construcción de la tarea colectiva de justificación y crítica de las decisiones públicas. El derecho para Dworkin no es un producto acabado ni tampoco es la justicia. Es algo menos y algo más. Es algo menos que la justicia porque la coherencia -es decir la virtud de la integridad exige sacrificar en algunas ocasiones la persecución de los resultados justos. Es algo más que las convenciones porque el derecho está compuesto no solo por un conjunto de normas sino también por un conjunto de principios. Una sociedad democrática supone una cierta personificación de la comunidad y una concepción colectiva coherente de la justicia. Es lo que podríamos denominar una concepción de la justicia institucional (Calsamiglia, 1990: 11).

Los aspectos morales que sirven de apoyo y fundamento a la actividad judicial y política no son los aspectos morales asociados con la moralidad privada o subjetiva principalmente asociada con aspectos religiosos. En este punto la idea de moral crítica adquiere relevancia al interior de la propuesta dworkiniana, en virtud que la misma apunta a asumir la virtud asociada con la moral pública como la garante de los procesos y contenidos que habitan al interior de los procesos judiciales y los escenarios de discusión pública. Esta moral se encuentra reflejada en los derechos humanos y en las conquistas que la humanidad desde la defensa del igualitarismo ha alcanzado a lo largo de la historia. En este punto vemos cómo la sombra de Rawls llega nuevamente a la propuesta de Dworkin en virtud que el jurista sostendrá junto al autor de *Teoría de la Justicia* que el Estado Constitucional debe procurar ceñir su actuación a los principios democráticos, lo cual supone que el mismo es una entidad moral colectiva tanto en garantía como en limitación de sus propias acciones, aspiraciones y medidas. De aquí que la propuesta de Dworkin asuma como nombre el de Integridad, en virtud que en relación al principialismo cada vez se hace menos claro la separación entre aspectos morales, jurídicos y políticos, al punto en que incluso la sociedad misma como agente político por antonomasia debe ceñirse no solo a consideraciones jurídicas sino también (y quizá de forma prioritaria) a consideraciones morales y políticas.

El diseño de una sociedad democrática ideal supone la aceptación de la virtud de la integridad. La virtud de la integridad supone que la comunidad como tal es una comunidad que tiene un sustrato de principios que la justifica. Una decisión pública está justificada no solo si respeta la equidad y la justicia sino si también respeta la coherencia de principio. La integridad moral de la comunidad es análoga a la integridad moral de la persona [...] A medida que nos introducimos en el mundo de los principios vamos descubriendo que es imposible distinguir un principio jurídico de un principio moral o social. Quizá la única diferencia reside en la posible utilización por parte de los tribunales. Pero nada impide que un principio moral no reconocido jurídicamente lo sea en el futuro (Calsamiglia, 1990: 11).

En conclusión, encontramos en la obra de Dworkin independientemente del momento crítico en relación al positivismo hartiano, una teoría que se encuentra en permanente construcción siendo de esta forma coherente con los dictados y aspiraciones de la misma. Sin lugar a dudas, gracias a la obra de Dworkin en la actualidad no es posible seguir sosteniendo un concepto de derecho eminentemente normativo sin asumir la razón por la cual excluimos el principialismo en el proceso

de definición. Este importante rasgo, traducido en una huella o impronta indeleble al interior del debate iusfilosófico contemporáneo es lo que permite afirmar que solo es posible hacer teoría del derecho después de *Taking Rights Seriously* a favor o en contra de Dworkin.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (2007): "Teoría de la argumentación jurídica". Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- AQUINO, T. (2001): "Summa Teológica". Biblioteca de Autores Cristianos: Madrid.
- ARANGO, R. (1999): "¿Existen respuestas correctas en el derecho? Siglo del Hombre": Bogotá.
- ARANGO, R. (2004): "Filosofía política contemporánea después de Rawls" En: Botero, J. (ed.) *Estudios de Filosofía Política*. Externado de Colombia: Bogotá.
- ARISTÓTELES (2007): "Ética Nicomaquea". Editorial Colihue: Buenos Aires.
- AUSTIN, J. (1981): "Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia". Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- BOTERO, J. (2005A): "La Teoría de la justicia de John Rawls" En: Botero, J. (ed.) *Estudios de Filosofía Política*. Externado de Colombia: Bogotá.
- BOTERO, J. (2005B): "Con Rawls y contra Rawls". Universidad Nacional de Colombia: Bogotá.
- CALSAMIGLIA, A. (1990): " *Derecho como integridad: Dworkin*". *Work Paper n° 25*, Universidad Pompeu Fabra: Barcelona.
- CAMPBELL, T. (2002): " *El Sentido del positivismo*" Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante: Alicante.
- DWORKIN, R. (1978): *Taking the rights seriously*. Ed.
- DWORKIN, R. (1986): "Law's Empire". Ed.
- DWORKIN, R. (2002): " *Sovereign Virtue*". Ed.
- FABRA, J. (2007): "El Incorporacionismo en la teoría del derecho". Trabajo de grado para optar al título de Abogado. Universidad de Cartagena: Cartagena. Inédito.
- GARGARELLA, R. (1999): "Las Teorías de la justicia después de Rawls". Paidós: Buenos Aires.
- HABERMAS, J. (1998): "Facticidad y validez". Trotta: Madrid.
- HOBBS T. (1978): "Leviatan o la materia, forma y poder de una República". Fondo de Cultura Económica: México
- KANT, I. (2002): "Fundamentación de la metafísica de las costumbres". Fondo de Cultura Económica: México.

- LUHMANN, N. (2005): *"El Derecho de la sociedad"*. Editorial Herder: México.
- MEJÍA, O. (2004): *"El Postestructuralismo en la filosofía política francesa contemporánea"* Universidad Nacional de Colombia: Bogotá.
- MEJÍA, O. (2005): *"La Filosofía política de John Rawls (i): la teoría de la justicia"*. En BOTERO, J. *Con Rawls y contra Rawls*. Universidad Nacional de Colombia: Bogotá.
- MEJÍA, O. (2009): *"El Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo"*. Editorial Ibáñez: Bogotá.
- NINO, C. (1985): *"La Validez del derecho"*. Editorial Astrea: Buenos Aires.
- PORTELA, J. (2004): *"Los principios jurídicos y el Neoconstitucionalismo"* En *Revista Dikaion*, Núm. 18 - 33-54. Universidad de la Sabana: Bogotá.
- RAWLS, J. (1971): *"Theory of justice"*. Harvard University Press: Cambridge.
- RECASENS, L. (1997): *"Tratado general de filosofía del derecho"*. Porrúa: México.
- RIPSTEIN, A. (2007): *"Ronald Dworkin"*. Cambridge University Press: Cambridge.
- RODRÍGUEZ, C. (1971): *"La decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin"*. Siglo del Hombre Editores: Bogotá.
- SANTOS, M. (2005): *"Una filosofía para Erizos: Aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin"* *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Alicante: Alicante.
- SHAPIRO, S. (2007): *"The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide For The perplexed"* Working paper n° 77. University of Michigan Law School: Michigan.
- TEUBNER, G. & BOURDIEU, P. (2000): *"La fuerza del Derecho"*. Siglo del Hombre: Bogotá.
- TRÍAS, J. (2000): *"Teoría de la adjudicación"*. Universidad de Puerto Rico: San Juan.