



Universidad Nacional Autónoma de México



Facultad de Derecho

**EL DEBATE HART-DWORKIN. UNA PROPUESTA
INTERPRETATIVA PARA LAS DECISIONES
JUDICIALES.**

Tesis que presenta

Aditi Oropeza Martínez

Para obtener el título de Licenciada en Derecho

No. de cuenta: 408112354

Asesor: Dr. Juan Manuel Vega Gómez

2016



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.

*"[...] una conciencia agudizada de las palabras, para agudizar nuestra
percepción de los fenómenos"*

John L. Austin.

Dedicó y agradezco este trabajo a todas aquellas personas que me han influenciado a realizarlo, más agradecida y con una enorme deuda estoy con las personas que me han acompañado durante el proceso como mis padres; Magdalena Martínez Contreras y Eduardo Adolfo Oropeza Villavicencio, mis hermanos y amigos: Itzel Oropeza, Enrique Oropeza, Marlene Recio Alcántara, Gema Celeste Velázquez Díaz, Javier Castillo, Montserrat Salmerón, Isaac Panduro. A mis profesores Pedro Ramos, Mario García Berger, Juan Manuel Contreras, al magistrado Roberto Lara Hernández, al secretario Felipe Gilberto Vázquez. Agradezco al Seminario de Filosofía de la Facultad de Derecho y a mi asesor de tesis Juan Vega Gómez.

"[...] la razón le dicta leyes a la naturaleza."

Immanuel Kant

Índice

Introducción. IV

Capítulo I

Antecedentes teóricos

1.1 Trasfondo teórico y posiciones iniciales.	1
1.2 El modelo de las normas.	3
1.3 La regla de reconocimiento.	8
1.4 Textura abierta del derecho.	13
1.5 El concepto de derecho de Hart.	16
1.6 Crítica de Dworkin al positivismo jurídico	19
1.6.1 Crítica a la discreción judicial.	27
1.6.2 Deber y obligación jurídica.	30
1.6.3 Desacuerdo de Dworkin hacia Hart.	36
1.7 Réplicas de Hart a Dworkin.	41

Capítulo II

Derecho e interpretación en el pensamiento de Ronald Dworkin

2.1 La hermenéutica de Gadamer como influencia en el concepto de interpretación de Dworkin	46
2.2 El concepto de derecho como un concepto interpretativo	53
2.3 Integridad política y jurídica.	62
2.4 La practicidad del ideal de la integridad.	69
2.4.1 Interpretación económica.	75
2.4.2 Interpretación igualitaria.	79
2.4.3 Interpretación de un ordenamiento jurídico.	86
2.4.4 Interpretación constitucional.	96
2.5 Concepto del derecho.	103
2.6 Objeciones a la teoría de Dworkin.	108

Capítulo III

Ideas de Dworkin y su aplicabilidad en las decisiones de los Organismos Jurisdiccionales Constitucionales.

3.1 Estado, Derecho y Constitución.	112
-------------------------------------	-----

3.2 Derechos humanos y las reformas al artículo 1 constitucional.	115
3.3 Análisis del método interpretativo que utilizó la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla.	118
3.4 Análisis de la interpretación esgrimida en la contradicción de tesis 88/2015.	137
3.5 ¿Las concepciones de Dworkin pueden contribuir como metodología interpretativa para los Organismos Judiciales mexicanos?	146
Conclusiones.	150
Reflexiones.	160
Bibliografía.	163

Introducción

La impartición de justicia no es una labor fácil cuando se piensa en la compleja sociedad pluricultural que somos, organizada como una República Democrática Federal, considerada un Estado de Derecho; en el que el sistema judicial está jerarquizado y las decisiones e interpretaciones de los tribunales *A quem* son trascendentes para los *A quo*. Aún más, cuando hay personas subversivas que han desarrollado un sub-Estado con protocolos de comportamiento que trasgreden el orden jurídico y el Estado de Derecho, atentando contra la forma de organización política y contradiciendo los principios de la democracia. Cabe añadir, por si fuera poco, que la comunidad desacredita y/o no confía en las instituciones judiciales, esto es, reina un escepticismo judicial en la sociedad.

Por estas razones, los que realizan la actividad jurisdiccional del Estado Mexicano, particularmente los organismos judiciales federales contemplados en el artículo 94 de la Constitución Federal, deben reconsiderar el sentido que le dan al Derecho y las implicaciones de tales fallos apelando a otros ámbitos fuera de lo legal por ejemplo en la esfera social y política. Más aún porque sus decisiones son vinculantes para casos futuros, son esenciales a la decisión y tienen un impacto social.

La jurisprudencia pronunciada por los Organismos Jurisdiccionales es trascendente para el contexto del Estado de Derecho, debido a que establece interpretaciones que moldean el sentido de la ley en lo legal y lo político. De ahí la importancia de que las instancias judiciales se replanteen las formas de interpretar el derecho, pues es un medio que permite implementar nuevas y adecuadas estrategias para manejarlo en la sociedad actual, en la que se exige que cualquier decisión judicial sea coherente con el sistema legal y la moralidad política.

El filósofo estadounidense Ronald Myles Dworkin planteó una alternativa para operar el derecho que se ajuste a las necesidades de una comunidad política contemporánea. Éste pensador expone la sistematización de algunas de sus teorías en su obra *Law's empire* o *El imperio de la justicia* publicada en 1986, las más importantes son: su teoría general del derecho y su concepción de la integridad legal y política, mismas que fueron planteadas bajo un minucioso análisis sobre la práctica de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica.

Dworkin fue crítico del positivismo jurídico, especialmente de las ideas que postuló su maestro; Herbert Lionel Adolphus Hart. Reprochó la regla de reconocimiento de Hart, en vista de que deja a los principios morales y las virtudes políticas como la equidad y la justicia fuera de la interpretación jurídica, cuando pertenecen al sistema jurídico. Desarrolló argumentos que refutaron la doctrina positivista de la discreción judicial. En la obra *Law's Empire*, expone la sistematización de su concepción de derecho como integridad, a partir del análisis entre pragmatismo y convencionalismo.

El análisis del filósofo estadounidense respecto del fenómeno jurídico, parte de la posición del juzgador, a quien se le ha encomendado la tarea de aplicar la ley y de determinar los derechos subjetivos de las partes en un proceso. Este ejercicio, aparentemente fácil, tiene sus dificultades debido a que hay ocasiones en las que el juzgador tiene que resolver y no encuentra una ley exactamente aplicable a la situación, sea por la vaguedad o indeterminación del lenguaje jurídico, o porque la literalidad de la norma aplicada a una situación fáctica apareja problemas. En estos casos para Dworkin el juzgador no goza de libertad ni de discreción para resolver, tiene que ingeniárselas e interpretar el derecho para encontrar el derecho aplicable, valiéndose de las leyes, de principios morales y directrices políticas.

El jurista norteamericano Ronald Dworkin, construyó una teoría jurídica en *El imperio de la justicia* basada en una concepción interpretativa del derecho, la cual revaloriza la noción de derecho y los modos de interpretar y manipular el material jurídico desde la perspectiva del juzgador dentro de una comunidad política. Esta forma de comprender el derecho se aparta significativamente de los cánones positivistas, ya que argumenta la importante relación que existe entre la moral, la política y el derecho.

La interpretación judicial es un tipo de razonamiento, implica hacer una construcción creativa del derecho con la finalidad de interpretar y justificar la práctica legal de la mejor forma posible. Esto es, interpretar constructivamente equivale a considerar la totalidad del derecho, de tal forma que la decisión se justifique, si es posible con la totalidad del derecho y/o con principios, y sea ejemplar para futuros casos.

De esta forma, el modo interpretativo que desarrolló Dworkin explica y justifica la totalidad del sistema jurídico de una comunidad política. De igual manera, implica que el derecho no sólo surge de los actos legislativos, sino también de los principios que mejor lo justifican. Es importante destacar que este ejercicio interpretativo tiene un componente moral que no se circunscribe a la ideología del juzgador, sino a la moral institucional, para así lograr la mejor justificación de la práctica jurídica.

Por excelencia, para el autor estadounidense, la mejor concepción de derecho es la que lo concibe de forma integral, es decir, cuando la práctica jurídica se presenta como un conjunto armónico de principios coherentes con el aspecto político y legal de una comunidad. Así pues, frente a un caso difícil, el juzgador apela al ámbito de la moral y de la política del que forma parte el derecho, también busca un principio que ofrezca la solución más justa y que mejor explique la tradición del sistema institucional.

Para describir la exégesis creativa-constructiva, el filósofo del derecho se vale de un juzgador imaginario llamado Hércules, quien a la hora de dictar una sentencia reconoce y define los derechos a partir de las leyes, de los principios y de las directrices políticas de la sociedad, todos estos elementos los armoniza y los emplea para justificar su fallo. Un caso difícil o nunca antes dirimido por el juzgador amerita la construcción de la totalidad del derecho en términos de equidad y de justicia con la finalidad de lograr la mejor interpretación posible del derecho positivo.

El método creativo-constructo que emplea Hércules, así como su concepción de derecho como integridad, le permiten descubrir el derecho aplicable y al mismo tiempo justificar la aplicación de éste. Así, Dworkin describe un modo de interpretación judicial y una noción de derecho que vale la pena reconstruir, pues fueron pensados para una sociedad política actual y porque representan alternativas metodológicas para operar el derecho en el contexto de una comunidad política como la nuestra.

El presente trabajo es una explicación y deconstrucción de la teoría que Dworkin construyó en *Law's empire* o *El imperio de la justicia*. En el primer capítulo describo los antecedentes teóricos que influenciaron en el desarrollo de las teorías de Dworkin, particularmente las ideas que Hart expone en *El concepto del derecho*. En el segundo capítulo planteó los postulados que desarrolló el filósofo del derecho en *El imperio de la justicia*. En el tercer capítulo explicó la relación del Derecho con el Estado Constitucional, y cómo a través de la idea de derecho como integridad se aplican formas de interpretación que responden a la dimensión política y legal. Citó dos casos, el primero es el caso Rosendo Radilla el cual lo conoció y resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el segundo caso es la contradicción de tesis 88/2015 que resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Estos casos los describo con la finalidad de evidenciar y comparar la metodología interpretativa que emplean con la que

Dworkin propone. Finalmente el trabajo concluye con un apartado de conclusiones y una reflexión.

CAPITULO I

Antecedentes teóricos

1.1 Trasfondo teórico y posiciones iniciales.

El filósofo estadounidense Ronald Myles Dworkin nació el 11 de diciembre de 1931 en Rhode Island, Estados Unidos. Estudió derecho en *Harvard Law School*, al "graduarse trabajó como asistente del juez Learned Hand entre 1957 y 1958"¹. Posteriormente, ejerció como abogado para una importante firma de Nueva York hasta el año de 1962, pues comenzó a desempeñarse como profesor de derecho en *Yale Law School*, siete años después le fue otorgada "la cátedra de teoría jurídica que ocupara Hart desde 1952 en Oxford. En 1975 fue nombrado profesor en la escuela de Derecho y en el departamento de filosofía de la Universidad de Nueva York."²

Desde ese entonces y hasta el 14 de febrero de 2013 fue un escritor prolífico, se dedicó a la academia y a transmitir a diversos sectores de la sociedad las discusiones *iusfilosóficas*, entre ellos, los no interesados en temas de filosofía política y jurídica. Además, no sólo utilizó la academia para abordar los numerosos problemas sociales, también fue "comentador de la política del día desde las páginas del *New York Book Review*."³

Las ideas del filósofo angloparlante han sido ampliamente debatidas y analizadas en diversos ámbitos académicos e instituciones judiciales, por especialistas jurídicos, políticos y filósofos. Algunos de sus críticos suelen dividir su pensamiento en tres etapas. La primera, está "marcada por una profunda crítica al positivismo jurídico representado por H.L.A. Hart, y por su oposición al

¹Bonorino, Pablo Raúl, *Integridad, derecho y justicia: una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Colombia, Siglo del Hombre Editores y Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 19.

²*Ibidem*, p.20.

³Aguilera Portales, Rafael Enrique, "La superación de la alternativa entre el derecho natural y el derecho positivo en la teoría y filosofía jurídica contemporánea", *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2007, n°1, p. 40.

utilitarismo como teoría política, principalmente a través del desarrollo de una teoría de los derechos individuales como derechos prejurídicos."⁴ La segunda etapa, considerada "a partir de la segunda mitad de la década de los años setenta, comenzó a dar forma a una teoría alternativa del derecho."⁵ La última fase de su pensamiento, comprende la "defensa de una concepción interpretativa de la teoría jurídica, y es expuesta de forma sistemática en *Law's Empire*."⁶

El trasfondo teórico sobre el que versan algunos de los postulados de Dworkin, es la teoría jurídica propuesta por su amigo y maestro inglés: Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), a quien se le suele ubicar en la tradición de la escuela de jurisprudencia analítica por ser analizador y crítico del lenguaje jurídico y de su práctica. Su obra *The concept of law*, la considera como "un trabajo de sociología descriptiva;"⁷ en vista de que fundamenta sus argumentos por medio de la discrepancia entre conceptos y su práctica lingüística, que se hace manifiesta en las diferencias entre comportamiento y actitud. Se le atribuye el carácter de positivista a causa de que "insistió en la importancia de la separación conceptual del derecho con la moralidad (la separación de describir lo que el derecho es, de su defensa de lo que debe ser)."⁸

Hart fue crítico del método científico o empírico que la tradición positivista empleaba para describir el fenómeno jurídico, defendió y empleó un método hermenéutico. Consideró que las ciencias sociales tienen que explicar las acciones que acontecen sin perder de vista lo que esas acciones significan para los que participan en las prácticas o instituciones. De esta forma, el método hermenéutico del pensador inglés alude a un observador externo que al analizar

⁴Bonorino, Pablo Raúl. *Objetividad y verdad en el derecho. variaciones sobre un tema de Dworkin*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 24.

⁵*Ibidem*, p. 25.

⁶*Ídem*.

⁷Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2da edición, traductor Carrió R. Genaro, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992, p. XI.

⁸Bix H., Brian, *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*. 3ra edición, traductores; B. Flores Imer, Ortiz Totoricagüena Rodrigo, Vega Gómez Juan, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 46.

una institución de una comunidad, lo hace desde el punto de vista de una persona que pertenece a esa comunidad, es decir desde el punto de vista interno. Lo cual implica que, el derecho o cualquier otra estructura social se comprenden mejor si se considera tanto la percepción externa como la interna.

Entre Dworkin y Hart se desarrolló un debate, no sobre algún tema en particular, como el punto de vista interno y externo, el rol de la política en la adjudicación, la estructura normativa del derecho, la regla de reconocimiento o la textura abierta del derecho. El debate versa sobre la relación entre legalidad y moralidad. Como se describirá más adelante, para Dworkin "la legalidad no está determinada en última instancia por factores sociales hechos por si solos, también está determinada por hechos morales."⁹ Contrariamente, para Hart la legalidad está determinada únicamente por los hechos sociales.

Las ideas de Hart son fundamentales en la construcción de los argumentos de Dworkin, por lo cual es menester mencionar la posición inicial de Hart. Primero, abordare el modelo de las normas, luego, la regla de reconocimiento, después la textura abierta del derecho, posteriormente el concepto de derecho, a continuación algunas críticas de Dworkin a la teoría del pensador inglés y finalmente la repuesta de Hart a la crítica de Dworkin. Esto con el objetivo de establecer las bases del debate.

1.2 El modelo de las normas.

The concept of law explica el fenómeno de lo jurídico desde una perspectiva interna del derecho. Es principalmente una crítica a la teoría jurídica de John Austin expuesta en su obra *The province of jurisprudence determined*, la cual plantea un análisis del concepto de derecho en términos simples, a saber; "de

⁹Shapiro, Scott J., "The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed", U of Michigan Public Law Working Paper No. 77, 2007, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657> (Fecha de consulta 2 de febrero de 2015.)

mandatos y hábitos"¹⁰. Esto es, del hábito de obediencia y de mandatos respaldados con amenazas, formulados por un soberano.

El modelo normativo de Austin es simple, dado que se basa en reglas primarias o de obligación, esto es, reglas que prohíben y reprimen las conductas que no permiten la coexistencia como comunidad, en particular conductas como la violencia, engaño o robo. Los mandatos los establece un soberano ilimitado en poder, quien no está sujeto a sus propias normas, ni amenazas. Hart desarrolla un modelo de normas jurídicas a partir de la crítica del modelo simple de Austin. Esta crítica es simplificada de acuerdo a cuatro formas en que la teoría de Austin fracasa.

Primero, las leyes penales son las más equiparables a las órdenes respaldadas por amenazas establecidas por el soberano, difieren en su carácter particular, es decir, la ley penal únicamente se aplica a quienes la trasgreden. Segundo, el derecho no puede ser ideado únicamente en términos de amenaza, dado que tiene otra clase de normas que "confieren potestades jurídicas para discernir litigios o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas),"¹¹ las cuales son necesarias para la vida en sociedad. Tercero, la teoría de Austin no distingue los mandatos jurídicos de otra clase de órdenes, como las de un asaltante. Sin embargo, "hay reglas jurídicas que difieren de las órdenes en su modo de origen, porque ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita."¹² Para discernir entre un mandato jurídico de un imperativo de otro orden, Hart se vale del análisis lingüístico para diferenciar entre sentirse obligado y tener una obligación. Sentirse obligado depende de ciertas represalias físicas o morales. Tener una obligación, de acuerdo a un sistema normativo válido, es actuar conforme al deber que se tenga, y no sólo por la sanción impuesta por actuar contrariamente. Finalmente, la idea

¹⁰ Hart, H. L. A, *op. cit.* (7), p.23.

¹¹ *Ibidem*, p. 99.

¹² *Ibidem*, p. 100.

de un soberano que expide mandatos sin sujetarse a ellos, "no da razón de la continuidad de la autoridad legislativa, característica de un moderno sistema jurídico,"¹³ ni mucho menos explica la continuidad y permanencia del derecho.

De esta forma, la teoría de Austin explica el concepto de derecho en función de un modelo de órdenes dictadas por un soberano, obedecido por la mayor parte de la población por el simple hábito de obediencia. Este modelo simple de derecho es equiparable a una sociedad que únicamente se regula por reglas primarias de obligación. Tanto la teoría de Austin como las reglas primarias de obligación presentan defectos, además no representan un sistema jurídico.

Para superar los errores de la teoría de Austin, Hart se vale de la concepción de regla social, "concretamente en su perspectiva de distinguir entre normas y hábitos."¹⁴ Diferenciar estos tipos de comportamiento depende de la actitud de las personas; ante un hábito la conducta simplemente se expresa como una descripción. Por el contrario, "ante una norma la expresión de la acción puede tomar diferentes sentidos; una explicación, justificación, y una base para criticar la desviación."¹⁵ Las reglas sociales generan obligaciones en la medida en que se ejerce presión social sobre las mismas. Es decir, "la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a las obligaciones."¹⁶ No obstante, "no siempre es el caso de que cuando existen reglas, la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación."¹⁷

Los elementos que constituyen la teoría de Austin, tales como, "las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden

¹³*Ibidem.*

¹⁴Bix H., Brian, *op. cit.* (8), p. 47.

¹⁵*Ibidem*, p.48.

¹⁶Hart, H. L. A, *op. cit.* (7), p.108.

¹⁷*Ibidem*, p.107.

producir mediante su combinación, la idea de regla,"¹⁸ la cual es necesaria para clarificar las formas elementales del derecho. Hart destacó la multiplicidad de reglas en un sistema jurídico, para discernirlas "es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados de reglas."¹⁹ Las reglas primarias o básicas y las secundarias. Las primarias imponen obligaciones en razón de que prevén que "los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no."²⁰ En cambio, las reglas secundarias, dependen del primer grupo, "o son secundarias en relación con ellas,"²¹ y confieren potestades públicas o privadas. Además, por las reglas secundarias se crean o modifican los deberes u obligaciones de las reglas primarias.

Las reglas primarias como una forma simple de control social son defectuosas teniendo en cuenta las siguientes tres situaciones. Primero, "si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas."²² Es decir, no habrá certeza jurídica. Segundo, "en tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas,"²³ esto es, las reglas tienen un carácter estático. Un último defecto que presenta este medio de control "es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada."²⁴

Los defectos de las reglas primarias se subsanan con las reglas secundarias: es decir, con las reglas de cambio, de adjudicación y la regla de reconocimiento. Cada remedio "trae consigo muchos elementos que caracterizan el derecho: ciertamente los tres elementos en conjunto son suficientes para

¹⁸*Ibidem*, p.101.

¹⁹*Ibidem*.

²⁰*Ibidem*.

²¹*Ibidem*.

²²*Ibidem*, p.115.

²³*Ibidem*.

²⁴*Ibidem*, p.116.

convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un sistema jurídico."²⁵

El primer antídoto para la falta de certeza normativa es la regla de reconocimiento, la cual determina o pretende determinar objetivamente el derecho aplicable, esto es, distingue las normas jurídicas de las que no lo son. Esta regla "especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo."²⁶ El segundo remedio para el carácter estático de las leyes son las reglas de cambio, las cuales establecen los procedimientos para modificar, abrogar, derogar o crear nuevas normas. Finalmente, para la difusa presión social ejercida por trasgredir la ley, Hart implementa la regla de adjudicación, la cual faculta a ciertos individuos revestidos de autoridad para imponer obligaciones sobre aquellos que incumplan con una regla primaria.

Las normas secundarias "especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verídicas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación se determina de manera incontrovertible."²⁷ Asimismo, regulan el funcionamiento de un sistema jurídico, ocupándose de las reglas primarias. De acuerdo con Hart, elucidar instituciones o conceptos jurídicos y/o políticos es más fácil desde el análisis de reglas primarias y secundarias.

De esta forma, el pensador de Oxford presenta un modelo de la norma jurídica que da cuenta de un sistema jurídico actual, partiendo de la crítica a la teoría de Austin y proponiendo un sistema de dos tipos de normas jurídicas que en su conjunto forman la columna vertebral de un sistema jurídico. No obstante, este modelo de normas apareja algunos problemas perennes del derecho, el primero a

²⁵ *Ibidem*, p.117.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

examinar es el que se origina de las normas secundarias, específicamente de la regla de reconocimiento.

1.3 La regla de reconocimiento.

De acuerdo con Hart, la teoría de Austin "contiene, aunque en forma desdibujada y equívoca, ciertas verdades acerca de algunos aspectos importantes del derecho."²⁸ A saber, uno de los fundamentos de un sistema jurídico es que la mayor parte de la población obedece habitualmente las reglas que impone el soberano. Hart presenta las ideas de Austin "en términos de una situación social más compleja, en la que se acepta y utiliza una regla secundaria de reconocimiento para la identificación de reglas primarias de obligación."²⁹ Dicho de otra manera, Hart sustituye el fundamento de que un sistema jurídico consiste en el hábito de obediencia a un soberano, y lo presenta con la concepción de una regla de reconocimiento, la cual establece criterios de validez y delimita las fuentes de las normas jurídicas.

La regla de reconocimiento es un estándar convencional, "tanto los ciudadanos como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación."³⁰ Esta clase de reglas pueden expresarse en diversas formas "entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a la práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas especificadas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares."³¹

En los sistemas jurídicos modernos la regla de reconocimiento es más compleja de reconocer a causa de que "los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una

²⁸ *Ibidem*, p.125.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*, p.125 y126.

legislatura, y los precedentes judiciales."³² Estos instrumentos tienen un orden de "subordinación y primacía relativas."³³ Es relevante distinguir entre la *subordinación* relativa de un criterio a otro, y la derivación, a causa de que al "confundir estas dos ideas se ha logrado algún fundamento espurio para el punto de vista de que todo el derecho es "esencialmente" o "realmente" (aunque más no sea que "en forma tácita") el producto de la legislación."³⁴ Sin embargo, ambos casos "no deben su *status* de derecho, por precario que éste sea, a un ejercicio "tácito" de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque subordinado."³⁵

La existencia de la regla de reconocimiento "se manifiesta *en* la práctica general de identificar las reglas mediante dichos criterios."³⁶ Rara vez se formula como una regla. Comúnmente se "muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros."³⁷ La diferencia del uso entre los particulares y de las personas dotadas de autoridad, consiste en que "los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla particular ha sido correctamente identificada como derecho, lo que ellos dicen tiene un *status* especial revestido de autoridad en mérito a lo establecido por otras reglas."³⁸

De acuerdo con Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, la regla de reconocimiento no es un enunciado jurídico como los que se encuentran en las normas, sino que su existencia está en función de su aceptación compartida, "la regla de reconocimiento solo puede expresarse en un metalenguaje y no puede

³² *Ibidem*, p.126.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p.127.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

formar parte del lenguaje objeto, esto es del derecho positivo."³⁹ La regla de reconocimiento en un sistema jurídico es como "la regla de tanteo de un juego."⁴⁰ En vista de que, las reglas que rigen un juego ocasionalmente se formulan. A saber, cuando un futbolista anota un gol el narrador del partido formula el hecho y no la regla que determino esa situación. Tanto en un juego como en la aplicación de la norma jurídica está latente "la posibilidad de un conflicto entre estas aplicaciones de las reglas dotadas de autoridad, y el acuerdo general sobre lo que la regla obviamente exige según sus términos."⁴¹

Cuando los jueces u otros utilizan esta clase de reglas, y no las manifiestan, es porque se ubican en una perspectiva interna. Aceptan estas reglas como guías para la conducta, la manera en que lo expresan es por medio de su actitud, la cual "trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo. Quizás la forma más simple es la expresión "*It is the law that...*" ("El derecho dispone que...")."⁴² Por el contrario, cuando no hay una aceptación compartida de las reglas estamos ante un observador "que registra *ab extra* el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte."⁴³ Éste observador externo expresa su posición con un lenguaje que expresa ideas como "es derecho lo que dispone la legislatura tal...", cada expresión respectivamente denota un tipo de enunciado diferente, a saber: interno y externo.

Comprender los enunciados internos y los externos facilita la disertación de la noción de validez jurídica, pues la regla de reconocimiento vista desde los enunciados internos y diferenciándola de los "enunciados fácticos externos que

³⁹Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, "La regla de reconocimiento y el valor normativo de la constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho)", *Revista Española de derecho constitucional*, España, No 47, 1996, mayo-agosto, p. 34.

⁴⁰Hart, H. L. A, *op. cit.* (7), p.127.

⁴¹*Ídem.*

⁴²*Ibidem*, p.127 y 128.

⁴³*Ibidem*, p.128.

afirman que esa regla es aceptada,"⁴⁴ permiten elucidar esta concepción, dado que "la palabra "válido" es usada con más frecuencia, aunque no siempre, precisamente en tales enunciados internos, que aplican a una regla particular de un sistema jurídico una regla de reconocimiento no expresada pero aceptada."⁴⁵

La validez de una regla está en función de si satisface los requisitos previstos en otra regla del sistema. Decir que una regla particular es válida implica que los criterios establecidos por la regla de reconocimiento se han cumplido. No obstante, hay casos en los que un enunciado interno no es claro y por lo tanto no es posible expresar si la regla de reconocimiento se cumplió.

La regla de reconocimiento establece los criterios que determinan la validez de otras reglas, de ahí que sea una regla "última"⁴⁶. Hay que destacar que esta regla "no puede ser válida ni inválida, simplemente se le acepta como adecuada para ser usada de esta manera."⁴⁷ Ahora bien, cuando se da por admitida "la validez de la regla de reconocimiento última, se oculta el carácter esencialmente fáctico de la segunda presuposición que está detrás de los enunciados de validez hechos por los juristas."⁴⁸ Esto quiere decir, que en la práctica judicial se identifica la existencia de esta regla de reconocimiento, no obstante, este ejercicio implica algunas dificultades en razón de que hay reglas cuyo alcance o contenido son imprecisos, los funcionarios judiciales al identificar la norma jurídica hacen una distinción y separación de su evaluación moral.

La afirmación de que una regla de reconocimiento existe necesariamente es un "enunciado de hecho externo."⁴⁹ Esta regla "sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*, p.128 y 129.

⁴⁶ *Ibidem*, p.132.

⁴⁷ *Ibidem*, p.135.

⁴⁸ *Ibidem*, p.136.

⁴⁹ *Ibidem*, p.137.

es una cuestión de hecho."⁵⁰ Así pues, la regla de reconocimiento representa una serie de criterios que les sirve a los funcionarios judiciales para determinar que norma forma parte del sistema jurídico. "Los estándares que se aplican constituyen justificaciones para la actividad de los oficiales, no obstante, hasta cierto punto dichos estándares son creados por las mismas acciones de los oficiales."⁵¹

La existencia de un sistema jurídico está en función de dos condiciones necesarias. La primera es que una mayoría de la población se tiene que guiar con las reglas del sistema. Y la segunda, es que "la regla de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial."⁵²

En relación a los criterios últimos de validez de un sistema jurídico o de su derecho positivo, las reglas "importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales,"⁵³ las reglas permiten distinguir casos concretos en las que se aplican, no obstante hay casos "en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales."⁵⁴ Esta característica de las reglas muestra que tienen un "halo de vaguedad o *textura* abierta", y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley particular."⁵⁵

⁵⁰*Idem.*

⁵¹Bix H., Brian, *op. cit.* (8), p. 50-51.

⁵²Hart, H. L. A, *op. cit.* (7), p. 145.

⁵³*Ibidem*, p. 153.

⁵⁴*Idem.*

⁵⁵*Idem.*

1.4 Textura abierta del derecho.

Los problemas que versan sobre la textura abierta del derecho son problemas del lenguaje, a causa de que a veces este puede ser vago o ambiguo.⁵⁶ Las reglas como único medio de control social son públicas, las expresan la legislatura o los precedentes. En el caso de los precedentes, reconocen formas tradicionales de comportamiento, esto es, no crean nuevas pautas, como lo puede hacer una legislatura. El lenguaje con el que se enuncian las reglas es de forma general, pues no puede haber normas particulares para cada individuo.

Las pautas generales de conducta se comunican o se transmiten sin necesidad de crear nuevas instrucciones, estos modelos exigen a las personas cierto comportamiento, en ocasiones determinado. De esta forma, el derecho se refiere a distintas personas, actos, hechos o circunstancias, el "funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa".⁵⁷

El lenguaje con el que se expresan las reglas es general, abstracto o conciso, sin embargo, las palabras con las que se formulan las reglas como la capacidad humana, están limitadas, no se puede pensar en todos los casos posibles presentes y/o futuros. Lo cual implica que puede haber casos difíciles, donde se discuta el significado de las palabras que integren la norma y casos fáciles, donde no hay duda de la denotación de los términos. De cualquier forma, la ley contempla criterios para interpretar los casos de penumbra o difíciles y así poder disminuir las incertidumbres, a causa de que estas no se pueden eliminar.

⁵⁶Timothy Endicott en *La Vaguedad en el derecho* define una palabra vaga como aquella que tiene un significado y su aplicación no es clara en algunos casos. Una palabra ambigua tiene más de un significado y en algunos casos no ésta claro a cual significado se refiere. ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el derecho*, traductores J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, España, DYKINSON, 2006, p. 95.

⁵⁷Hart, H. L. A, *op. cit.* (7), p. 155.

Hart utilizó el argumento de la textura abierta formulado por Friedrich Waismann, el cual consiste en que el significado de una palabra "está dado por el uso,"⁵⁸ las palabras tienen un significado que permiten su aplicación a ciertas instancias. "La capacidad de reconocer esas instancias como referentes de esas palabras (conceptos) es la capacidad de entender el significado de la palabra (concepto) en cuestión."⁵⁹ No obstante, no siempre la aplicación del concepto al mundo fáctico es obvia. El jurista inglés lo ejemplifica con una regla que prohíbe a los vehículos entrar al parque con el objetivo de resguardar la tranquilidad del sitio, el caso obvio son los automóviles motorizados, sin embargo, queda a la interpretación que la palabra vehículo puede denotar una moto, un auto eléctrico de juguete, una bicicleta o unos patines, más aún cuando el interés de la norma se ve afectado. Este caso evidencia que hay palabras generales, que aunque su denotación sea obvia, se prestan a la interpretación, además, el lenguaje de una regla se circunscribe al caso obvio, y se dejan de lado otros aspectos que quedaran a la discrecionalidad de quien interprete la norma. "La falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho."⁶⁰

Cuando se presenta un caso donde hay que interpretar se tienen que comparar las cuestiones en juego y elegir entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. El lenguaje empleado en una regla general de conducta "fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla,"⁶¹ sin embargo, no hay que caer en los vicios del formalismo y del escepticismo ante las reglas. En el caso de los errores del formalismo estos consisten en "congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos

⁵⁸Atria Lemaitre, Fernando, "Del derecho y el razonamiento jurídico". *Doxa*. N. 22, 1999, p. 80, <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10293> (Fecha de consulta 10 de febrero de 2015).

⁵⁹*Idem*.

⁶⁰Hart, H. L. A, *op. cit.* (7), p. 159.

⁶¹*Ibidem*, p. 160.

en que su aplicación está de por medio."⁶² La rigidez que denotan los conceptos, no permitirá la discreción pero seguramente estará en "conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la regla."⁶³ Con respecto a los vicios del escepticismo, estos consisten en que tales reglas no existen realmente, lo que existe es la voluntad del juzgador que toma la decisión, sin importar la fuerza vinculante de las reglas. Para los que toman esta posición el derecho no es más que decisiones judiciales, de esta forma la discreción se torna en arbitrariedad.

Hart parece proponer un punto intermedio entre el formalismo y el escepticismo, pues la textura abierta del derecho es consecuencia de la vaguedad o ambigüedad del lenguaje natural. Las palabras poseen un final abierto, es decir; son imprecisas a causa de que no tienen una referencia determinada, lo cual implica que el problema de la vaguedad es un problema de semiótica. Ahora bien, la textura abierta del derecho, no representa problema alguno porque cualquier sistema jurídico concilia dos necesidades sociales. Por una parte, tener reglas dotadas de certeza, y por otra parte, tener reglas "abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto."⁶⁴

La tensión entre estas dos necesidades concilia los requerimientos de certeza con los de adecuación. Si los requerimientos de certeza no son claros entonces hay que adecuar la norma al hecho, lo cual permite un margen de discrecionalidad que lo complementa la actividad creadora del juzgador, pues "los tribunales desempeñan una función productora de reglas."⁶⁵

La función creadora de los tribunales también se debe a que los propósitos del poder legislativo "son incompletos o imprecisos; los legisladores no consideran

⁶²*Ibidem*, p. 161.

⁶³*Ibidem*, p. 162.

⁶⁴*Idem*.

⁶⁵*Ibidem*, p.169.

todas las situaciones posibles, así aun cuando la intención del legislativo es clara, ésta no va a solucionar todos los posibles problemas derivados de la aplicación de la regla."⁶⁶ La labor creativa del juzgador "puede basarse en parte en estándares morales"⁶⁷, sin embargo esto no quiere decir que estos estándares estén en las normas jurídicas. De igual manera, la labor creativa "tiene como fundamento el avanzar los propósitos de la legislación: propósitos que fácilmente pueden ser moralmente neutros o nocivos, así como justos."⁶⁸

1.5 El concepto de derecho de Hart.

Vistos algunos de los elementos teóricos que conforman la teoría jurídica de Hart es posible reconstruir el concepto de derecho en este autor. Es importante indagar en el concepto de derecho porque "se refiere a una entidad que conecta lo real con lo ideal de una manera necesaria."⁶⁹ Esta noción "representa un paradigma de un concepto de una clase no-natural que esta intrínsecamente ligado con clases naturales."⁷⁰ Consecuentemente, el debate acerca del concepto de derecho tiene consecuencias prácticas, que le atañen a todos aquéllos que formamos parte de una comunidad política.

El concepto de derecho de Hart es un sistema complejo de reglas sociales en las que se funda la normatividad del derecho. Su trabajo se enmarca dentro de la teoría analítica del derecho y de la sociología descriptiva. Consideró que el conjunto de reglas sociales determinan la conducta humana en sociedad. De ahí que, haya indagado sobre las formas en que las reglas de la conducta humana son utilizadas como estándares sociales en el ámbito de lo jurídico. En otras palabras, el pensador inglés logra dar una explicación de la normatividad del derecho desde una perspectiva de reglas sociales, y no desde la perspectiva de

⁶⁶Bix H., Brian, *op. cit.* (8), p. 58.

⁶⁷*Ibidem*, p. 60.

⁶⁸*Idem*.

⁶⁹Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, traductor Carlos Bernal Pulido, España, Edit. Marcial Pons, 2008, p. 78.

⁷⁰*Idem*.

un soberano que emana órdenes y las respalda con amenazas, como lo hizo Austin.

El aspecto normativo de la regla social es consecuencia de su aspecto interno, así esta clase de reglas genera obligaciones. Lo cual implica que la noción de obligación se fundamenta en los hechos sociales. Hay dos razones por las cuales para el pensador de Oxford un sistema jurídico es un sistema de reglas sociales. Primero, porque éstas regulan la conducta humana en sociedad, y segundo, porque la génesis y permanencia de las reglas se ubica en las prácticas sociales.

Las reglas sociales se diferencian de otra clase de conductas como puede ser un hábito, por su aspecto interno, porque establecen estándares de conducta exigibles y porque existe una razón de que el estándar de conducta sea acatado. Para un observador externo, tanto los hábitos como las reglas sociales, se manifiestan en la conducta de forma regular y semejante. No obstante, el aspecto interno de las reglas sociales se distingue de los hábitos, en vista de que si se trasgrede una regla hay razones y sanciones legítimas para criticar la desviación.

En relación a la diferencia que existe entre las reglas sociales y las reglas jurídicas. Hay que mencionar que las reglas jurídicas se caracterizan por su modo de origen, por establecer obligaciones y deberes para las y los miembros del grupo social, asimismo tiene la interrelación dependiente de dos tipos de reglas: las reglas primarias y secundarias, las cuales integran el modelo de las normas. De acuerdo a lo que planteó el filósofo inglés, "el derecho es un sistema de reglas que puede ser identificado recurriendo a la regla de reconocimiento (*rule of recognition*)."⁷¹ Esta regla contiene los criterios de identificación de las reglas como derecho válido.

⁷¹ *Ibidem*, p. 26.

En cuanto a la distinción entre reglas jurídicas y morales, el filósofo del derecho inglés plantea que todo sistema jurídico tiene que incluir de forma, tácita o explícita, "una referencia a la moral o a la justicia."⁷² Porque "la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral."⁷³ Las reglas jurídicas y las morales permiten la convivencia humana, ambas distinguen diferentes formas de control social. Sin embargo, es una necesidad que ciertas normas morales sean jurídicas, por ejemplo, prohibir el homicidio. También, puede darse el caso de que la norma jurídica de una sociedad sea más avanzada que su propia moral, a saber, la segregación racial se puede justificar desde la moralidad de la sociedad que la práctica.

La función creadora del juzgador, especialmente cuando se trata de interpretar la constitución "a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato *creer* que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara."⁷⁴ En este caso el juzgador hace la elección apegándose a las virtudes judiciales, es decir actuando con "imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas;"⁷⁵ considerando los intereses de los afectados para "desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión."⁷⁶

La tesis que contempla una conexión necesaria entre derecho y moral simplemente quiere decir "que un *buen* sistema jurídico tiene que adecuarse"⁷⁷ en algunos aspectos "a las exigencias de la justicia y de la moral."⁷⁸ No obstante, el argumento moral no es determinante para la construcción del argumento ni razonamiento jurídico.

⁷²Hart, H. L. A., *op. cit.* (7), p. 229.

⁷³*Ibidem*, p. 252.

⁷⁴*Ibidem*, p. 252 y 253.

⁷⁵*Ibidem*, p. 253.

⁷⁶*Idem*.

⁷⁷*Idem*.

⁷⁸*Idem*.

Las ideas de Hart que he desarrollado no las analizaré en vista de que no es el propósito de mi trabajo, simplemente esboce algunos de sus argumentos debido a que Ronald Dworkin construye su crítica al positivismo jurídico partiendo de la obra del filósofo del derecho inglés, pues la considero la expresión más pulida y elegante del pensamiento positivista.

En el siguiente apartado desarrollaré la crítica de Dworkin en relación al modelo normativo, específicamente a la regla de reconocimiento y la textura abierta del derecho. Posteriormente, concluiré el presente capítulo con las réplicas de Hart a la crítica del jurista norteamericano.

1.6 Crítica de Dworkin al positivismo jurídico.

Es conocido en ámbitos académicos o políticos que el jurista estadounidense Ronald Dworkin formuló "una explicación sugerente, propia y original de los problemas por los que atraviesa la teoría política y jurídica en la actualidad."⁷⁹ Abordo conceptos jurídicos y los trabajo con bases epistemológicas que discrepan tajantemente con las del positivismo jurídico. A saber, "pone de manifiesto y evidencia la enorme vinculación que existe entre Derecho y moral,"⁸⁰ en vista de que una concepción de derecho que rechaza la separación absoluta entre estos dos conceptos y no recurre a principios de justicia material preestablecidos, es una doctrina peligrosa, en virtud de que en la práctica jurídica de los tribunales, por lo menos de los Estados Unidos y en Gran Bretaña, esta distinción no es tan clara como sostiene la corriente positivista.

El jurista norteamericano no sólo es crítico de la teoría positiva que considera "las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición de

⁷⁹Aguilera Portales, Rafael Enrique, *op. cit.* (3), p. 40.

⁸⁰Dworkin, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, Traducción de Claudia Montilla, España, Paidós, 1993.

derecho sea válida"⁸¹, esto es, cuando las reglas jurídicas han sido adoptadas únicamente por instituciones sociales específicas. También es crítico de la teoría del utilitarismo de Jeremy Bentham, la cual "sostiene que el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general".⁸² Ambas teorías forman parte, aunque de forma independiente, de lo que Dworkin denominó la teoría dominante.

En relación a la teoría del positivismo jurídico, el profesor norteamericano describe el esqueleto de proposiciones que integran esta teoría. La primera proposición es la que denominó el argumento del pedigrí o la prueba de origen, la cual consiste en identificar las normas legales en función de criterios específicos. Estos criterios se usan "para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias,"⁸³ de igual forma, sirven para identificar "otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de normas morales) que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública."⁸⁴ La segunda característica de esta teoría está en función de la discrecionalidad que goza el juzgador, pues si los criterios para identificar el derecho no son claros, entonces, no se puede aplicar la ley al caso concreto, esto es, hay que "ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente."⁸⁵ Finalmente, esta teoría contempla que toda obligación jurídica "se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga."⁸⁶ Consecuentemente, si no hay una norma jurídica válida no hay obligación jurídica, "de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto."⁸⁷

⁸¹Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta Guastavino, España, Ariel, 1989, p. 32.

⁸²*Ídem*.

⁸³*Ibidem*, p. 65.

⁸⁴*Ídem*.

⁸⁵*Ibidem*, p. 65 y 66.

⁸⁶*Ibidem*, p 66.

⁸⁷*Ídem*.

Pese a que hay distintas escuelas positivas la mayoría se ajusta a las proposiciones mencionadas. Desde la teoría de Austin hasta la teoría de Hart. La diferencia entre estas dos corrientes consiste en que la teoría de Hart es más compleja debido a que reconoce que "las normas son de diferentes géneros lógicos, (Hart distingue dos géneros, a los que denomina normas «primarias» y «secundarias»)."88 Además, este mismo pensador rechaza que una norma sea una especie de mandato, y propone un análisis más completo acerca de la naturaleza de las normas, dado que propone dos fuentes para que una norma sea obligatoria. La primera, está en función de que una comunidad acepta una norma mediante sus prácticas. Y la segunda, depende de su promulgación por medio de una norma secundaria, denominada regla de reconocimiento, que estipula la obligatoriedad de la misma. Es en este sentido donde las normas son válidas y obligatorias, "porque han sido creadas de la manera estipulada por alguna norma secundaria."89 Tanto para Hart como para Austin, "las normas jurídicas tienen límites inciertos"90, Hart lo llama textura abierta, y Austin "da cuenta de los casos difíciles diciendo que los jueces tienen y ejercen la discreción para decidirlos mediante una legislación nueva."91

La estrategia que emplea Dworkin para criticar al positivismo jurídico se basa en casos difíciles, en los cuales los juristas discuten sobre derechos y obligaciones, y "echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas."92 El positivismo como un modelo de normas contempla "una única fuente de derecho legislativa, que nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas."93 Hay que destacar que

⁸⁸ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 69.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 71.

⁹¹ *Ídem*.

⁹² *Ibidem*, p. 72.

⁹³ *Ídem*.

"estos principios extrajudiciales operan en la interpretación y aplicación de la norma jurídica que realiza el juez en su casuística contextual ordinaria y fáctica."⁹⁴

Una directriz o directriz política es un "tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad,"⁹⁵ hay que advertir, que existen objetivos negativos que estipulan resguardar algún rasgo actual de cambios adversos. Un ejemplo de una directriz es reducir los accidentes automovilísticos. En cambio, un principio es "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad."⁹⁶ Verbigracia de este caso, es el principio de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia. La distinción entre principio y directriz es refutable siempre que se interprete que un principio expresa un objetivo social, como, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia. O la inversa, si se interpreta que una directriz enuncia un principio, "o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número)."⁹⁷

Para discernir entre principios y normas, el jurista norteamericano cita dos ejemplos. El primero hace referencia a la controversia suscitada en 1889 en el caso *Riggs vs Palmer*, en el cual un tribunal de Nueva York tuvo que decidir si una persona considerada como heredera por un testamento válido tenía derecho a heredar pese a que hubiera asesinado al testador. En aquellos años la ley testamentaria no contemplaba esta situación. No obstante, el razonamiento del tribunal apeló a que nadie debe aprovecharse "de su propio fraude o sacar partido

⁹⁴Dworkin, Ronald, *op. cit.* (80), p. 25.

⁹⁵Dworkin, Ronald, *op. cit.* (81), p. 72.

⁹⁶*Idem.*

⁹⁷*Ibidem*, p. 73.

de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen"⁹⁸, por lo que el asesino no heredo.

El segundo ejemplo nos remite al año 1960 cuando un tribunal de Nueva Jersey decidió la controversia *Henningsen vs. Bloomfield Motors Inc.*, la cual versa sobre la cuestión de hasta qué punto es responsable el fabricante de automóviles en caso de que un vehículo sea defectuoso. Henningsen compró un auto y firmó un contrato sin leerlo, que contemplaba que la responsabilidad del fabricante se limitaba a reparar las partes defectuosas. La señora Henningsten sufrió un accidente debido a unas piezas defectuosas, por lo que los Henningsten pedían a la compañía reparará los daños no solo del automóvil sino que cubriera los gastos médicos. La compañía respondió que no era responsable de los daños causados por las piezas defectuosas. No obstante el tribunal, le dio la razón a los Henningsten, pues argumentó los siguientes principios: "en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias."⁹⁹ Aunado a esto, "es un factor de importancia el dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes."¹⁰⁰ Por lo que el fabricante tiene una obligación especial en cuanto a la construcción, promoción y venta de sus coches. El tribunal examinó minuciosamente el contrato para ver que los intereses del consumidor han sido tratados equitativamente, pues éste debe de velar por la parte afectada injustamente.

Los principios empleados en la resolución de los dos casos anteriores no son normas jurídicas, son diferentes por "una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan."¹⁰¹ En cambio las normas se aplican de manera disyuntiva. Un ejemplo para discernir con claridad la forma disyuntiva de las normas, es comparándolas con

⁹⁸ *Ídem.*

⁹⁹ *Ibidem*, p. 74.

¹⁰⁰ *Ídem.*

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 75.

alguna actividad en donde predominen, a saber, en los juegos o en el deporte. Tanto las reglas como las normas jurídicas contemplan sus excepciones, y entre más precisas sean, más completas serán.

Los principios no funcionan como las reglas o las normas, pues estos no establecen las condiciones para que sean aplicados, simplemente expresan "una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular."¹⁰² Decir que un principio es parte de nuestro derecho, hace referencia a "que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido."¹⁰³

Asimismo, los principios son diferentes de las normas porque tienen una dimensión de peso o importancia, característica que no tienen las normas. En caso de que los principios se interfieran entre ellos, "quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno."¹⁰⁴ Las normas o las reglas simplemente son o no son funcionalmente importantes. "Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud,"¹⁰⁵ de su peso o su superioridad jerárquica.

A veces, la forma de un estándar no es clara para discernir si se trata de una norma o un principio, lo cual resulta controvertible, tómese como ejemplo que la constitución contempla la libertad de expresión, habrá quien piense que indudablemente se trata de una norma, no obstante para alguien más puede enunciar un principio. Por lo tanto, habrá ocasiones, en las que una norma y un principio "pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma."¹⁰⁶ Hay normas que contienen

¹⁰²*Ibidem*, p. 76.

¹⁰³*Ibidem*, p. 77.

¹⁰⁴*Ídem*.

¹⁰⁵*Ibidem*, p. 78.

¹⁰⁶*Ibidem*, p. 79.

palabras como: razonable, injusto o negligente, el uso de esta clase terminología "hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio."¹⁰⁷

Distinguir los principios de las normas jurídicas como clases de estándares diferentes nos permite ver que en realidad estamos rodeados de principios. Donde se aprecia su fuerza y su peso con mayor nitidez es en la argumentación de los casos difíciles, como el caso *Riggs* o el *Henningsen*. Decidido un fallo entonces el tribunal cita principios con los que establece una norma, que no existía antes, verbigracia, en el caso *Riggs* el tribunal se basó en el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, este estándar se entendió con la ley testamentaria y así justificó una nueva interpretación de dicha ley. En el caso *Henningsen*, el tribunal aludió diversos principios y directrices que se interferían, pero finalmente fundaron una nueva norma referente a la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles.

El estudio del concepto de obligación da razón de la importancia de los principios cuando se trata de determinar decisiones jurídicas. De acuerdo con el pensador norteamericano hay dos puntos de vista que se pueden tomar. El primero, es que podemos tratar los principios jurídicos con la misma obligatoriedad que las normas jurídicas, y de esta forma el oficial de derecho los considerará para sus fallos. La segunda posición, es la contraria, es decir, no considerar los principios con la misma obligatoriedad que las normas jurídicas. Si se adopta esta perspectiva, entonces el juzgador "va más allá de las normas que está obligado a aplicar (es decir, va más allá del «derecho»), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea."¹⁰⁸

¹⁰⁷ *Ídem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 81.

Elegir alguna de estas dos posiciones influye y es importante para el estudio de la obligación jurídica. Cada opción aparece un concepto de principio jurídico distinto, pues es diferente aceptar una norma como obligatoria que como una costumbre. Hart, pone el ejemplo de que es distinto decir que los ingleses tienen la costumbre de ir al cine una vez por semana, que decir que los ingleses están obligados por una norma a ir al cine una vez por semana. El primer supuesto no genera obligatoriedad y tampoco se puede justificar jurídicamente una crítica de la desviación del comportamiento, como puede suceder con el segundo supuesto.

El ejemplo de Hart al trasladarlo al ámbito judicial supone que un juzgador tiene dos opciones. Tratar los principios como vinculantes "de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso."¹⁰⁹ O no considerar los principios y decidir con normas *ex post facto*. La elección del juzgador es determinante para su fallo. El primer enfoque contempla que el oficial de derecho aplica normas jurídicas obligatorias que importan derechos y deberes jurídicos. En el caso del segundo enfoque, tendríamos que reconocer, por ejemplo, que "el asesino en el caso *Riggs* y el fabricante en el caso *Henningsen* se vieron privados de su propiedad por un acto de discreción judicial aplicado *ex post facto*."¹¹⁰

El segundo enfoque nos remite a la idea de la discreción judicial que los positivistas ostentan. Dworkin describe los diferentes usos que se le da al concepto de discreción, especialmente el uso que le dan los positivistas, en razón de que su uso incide sobre la manera en que el pensador norteamericano enfoca la idea de los principios, pues "no encuentra apoyo alguno en los argumentos de que se valen los positivistas para defenderla."¹¹¹

¹⁰⁹*Ibidem*, p. 82.

¹¹⁰*Ibidem*.

¹¹¹*Ibidem*, p. 83.

1.6.1 Crítica a la discreción judicial.

El problema de la discreción no versa sobre lo que el derecho exige, sino como el juez debe discernir la forma de ejercer discreción. El concepto de discreción únicamente se aplica a una situación particular, esto es, cuando una persona está encargada de tomar decisiones "sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada."¹¹² A saber, un sargento está subordinado a las órdenes de sus superiores, o un juez se rige por las normas jurídicas. De ahí que este término sea relativo, su significado está determinado por el contexto. Hay casos en los que un funcionario "puede tener discreción desde un punto de vista, pero no desde otro."¹¹³

El término discreción tiene tres diferentes significados o por lo menos es usado de tres formas cuando se trata de argumentar cómo debe ser usado el término. Dos formas de distinguir el concepto discreción se refieren a su sentido débil. La primera forma alude a que una persona goza de discreción cuando su quehacer se halla definido por estándares que se pueden interpretar de diferentes maneras, a saber, una maestra tiene discreción si se le dice que elija sus dos mejores alumnos, la maestra elegirá a dos alumnos de acuerdo a sus expectativas de quienes son los mejores. La segunda forma, hace referencia a una persona que por su cargo, se le deja librada a la discreción, por lo que su decisión es definitiva, en el sentido de que ninguna autoridad superior puede revisarla y anularla, verbigracia, un funcionario que "tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario."¹¹⁴ Finalmente, el tercer significado de la discreción, es el que se refiere a su sentido fuerte, este implica que un funcionario "no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión."¹¹⁵ Esto quiere decir, que el alcance o la decisión que se pretende controlar solo dependen de quien la tome. "El sentido fuerte de la palabra

¹¹²*Ibidem*, p. 84.

¹¹³*Ídem*.

¹¹⁴*Ídem*.

¹¹⁵*Ibidem*, p. 85.

discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica."¹¹⁶ Así, un funcionario no es libre de elegir pues se apegan criterios de sensatez y justicia, simplemente la decisión no está regulada por una norma.

Para los positivistas, si una situación no está regulada jurídicamente entonces el juez decide discrecionalmente. El término discrecionalidad que utiliza esta corriente de pensamiento la emplea en su sentido débil, porque el problema de la discreción, de acuerdo a Hart, es un problema de la textura abierta del lenguaje, es decir de su vaguedad y/o ambigüedad. Así, Dworkin considera que Hart apela a la discreción judicial en vista de que "los jueces pasan momentos angustiosos para elucidar un principio jurídico."¹¹⁷ Asimismo, a veces los positivistas utilizan el término discrecionalidad en su tercer sentido. Pues hay quienes consideran que los principios no son vinculantes como lo son las normas. O aun cuando consideren los principios como obligatorios podrían pensar que no son determinantes para un resultado particular, en este sentido, "las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada."¹¹⁸ Los principios no funcionan de esta manera, "orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan."¹¹⁹ Un juzgador puede equivocarse al evaluar y aplicar tanto una norma como un principio, por ello debe ponderar el peso que tengan para el caso concreto, no obstante eso no quiere decir que tenga discreción.

Un argumento que podría defender un positivista es que los principios "no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son *discutibles* por naturaleza."¹²⁰ La validez de una norma está en función de que esté prevista en los instrumentos jurídicos. Sin embargo, la autoridad o el peso de

¹¹⁶*Ídem.*

¹¹⁷*Ibidem*, p. 87.

¹¹⁸*Ibidem*, p. 89.

¹¹⁹*Ídem.*

¹²⁰*Ídem.*

un principio no se pueden demostrar, pero se pueden defender "apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios."¹²¹

Una de las tareas de los positivistas es argumentar cuales son los casos en los que un juzgador tiene derecho a modificar o anular la norma, y en cuáles no. Cuando el oficial de derecho cambia la regla reconocida por la regla de reconocimiento, considera otros estándares, "en su mayoría, principios."¹²² Entre estos, están los que dicta la doctrina de la supremacía legislativa, esto es, los tribunales se apegan y respetan los actos de legislación. También, se apegan a la teoría del precedente, "otro conjunto de principios que reflejan el valor y la eficiencia de la coherencia."¹²³ Las doctrinas de la supremacía legislativa y del precedente, "cada una a su manera, tienden a respetar el *statu quo*, pero no hacen de ello un mandato."¹²⁴ Consecuentemente, el juzgador no es libre de decidir, pues tiene parámetros que no puede ignorar.

De lo anterior, cabe advertir que es una falacia creer que un juzgador posee discrecionalidad en su sentido fuerte. Además, hay que recordar que el propio Hart reconoce que "una regla maestra podría designar como derecho no sólo las normas promulgadas por determinadas instituciones jurídicas, sino también las establecidas por la *costumbre*."¹²⁵ La regla de reconocimiento puede estipular alguna costumbre como derecho incluso antes de que sea reconocido por los tribunales. La costumbre es tan válida como las reglas jurídicas cuando una comunidad las acepta, se regula por ellas y las prácticas. "Esto socava la pulcra arquitectura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart: ya no podemos decir que únicamente la regla maestra es obligatoria por su aceptación, puesto que

¹²¹ *Ídem*.

¹²² *Ibidem*, p. 91.

¹²³ *Ibidem*, p. 92.

¹²⁴ *Ídem*.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 97.

todas las otras normas son válidas en virtud de ella."¹²⁶ De acuerdo con el jurista norteamericano, Hart fue renuente en abordar el tema de los principios y directrices y prefirió manejarlos bajo la denominación de costumbre.

Los principios no se pueden formular como actos legislativos, ni tampoco se pueden enunciar los que están vigentes en una sociedad, en virtud de que son innumerables y cambiantes. Finalmente para concluir apartado, Dworkin insiste en abandonar la primera premisa de los positivistas; estos es, que el derecho se distingue de otros estándares sociales porque lo contempla la regla maestra o de reconocimiento. Si no abandonamos esta premisa, consideramos como única fuente de la obligación jurídica a la norma jurídica, y en tal situación, ante un caso difícil, en ausencia de una norma jurídica no se puede imponer una obligación de la misma naturaleza, por lo que el oficial de derecho aplica una nueva norma *ex post facto*, en vez de una obligación existente. Abandonar la discreción en su sentido fuerte que los positivistas defienden, y comprender los principios y directrices como parte del derecho contempla la "posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida."¹²⁷ Así, hay una obligación jurídica en función de otras clases de principios jurídicos obligatorios.

1.6.2 Deber y obligación jurídica.

El concepto de derecho, desde la perspectiva del positivismo únicamente lo comprende como reglas jurídicas, no obstante esta perspectiva, anula otros dominios que conforman este concepto. Esto no quiere decir que Dworkin esté en completo desacuerdo con Hart, simplemente quiere proporcionar una visión más completa acerca de este concepto, pues su concepción reconoce los principios y directrices como parte del derecho.

¹²⁶*Ibidem*, p. 98.

¹²⁷*Ibidem*, p. 100.

La teoría de Hart no niega la cabida de los principios en el derecho, no obstante, la regla de reconocimiento no los expresa, se limita a referirse a las reglas, por lo que el termino regla podría incluir tanto los principios como las normas jurídicas, pues el mismo Hart en su obra *The concept of law*, sostiene una tesis que pertenece al ámbito de lo moral y de lo jurídico, pues describió que no existen derechos ni deberes, sino en virtud de una práctica social uniforme de reconocimiento de tales derechos y deberes.

Las normas jurídicas establecen obligaciones o deberes, no enuncian el deber jurídico, sino prevén el deber de hacer o de no hacer algo. Es diferente decir que alguien tiene el deber de ser voluntario para una obra caritativa, a decir que está obligado hacerlo. En este sentido, los juicios de deber tienen más peso que los que se refieren al debería hacer o ser. Es exigible la obediencia a una obligación o un deber, pero no lo es a un debería ser. El problema del ser, del deber ser o del debería ser son problemas recurrentes en lo referente a las exigencias de conducta, son cuestiones de la filosofía moral que han sido descuidadas desde lo jurídico.

Además, así como la ley prevé el hacer o no hacer, también lo prevé para que el oficial de derecho reconozca e imponga determinadas normas. Cuando no es posible especificar la norma, entonces el oficial debe de decidir apelando a otros estándares, pues la misma normatividad le exige que tome alguna determinación, es aquí cuando aplica su discrecionalidad. Esto implica un problema para la teoría jurídica, en razón de que tiene que explicar porque el juez tiene el deber de resolver, aunado a ello no es posible explicar que "el organismo legislativo sea en sí mismo la fuente de la norma según la cual los jueces deben hacer lo que dice la ley, porque esa explicación presupone la norma que estamos tratando de justificar."¹²⁸ Es decir, no se puede justificar que el juzgador debe apelar a la constitución porque la constitución se lo indica, dado que se incurre en una petición de principio.

¹²⁸*Ibidem*, p. 105.

Hay que fundamentar el origen del deber y la obligación que tiene un juez. Hart diría que ese fundamento consiste en las normas sociales que prevén esos deberes. Las "normas sociales existen cuando se satisfacen las condiciones prácticas para su existencia."¹²⁹ Estas condiciones se satisfacen si los miembros de una comunidad comparten un comportamiento constitutivo de la norma social que impone un deber. Dworkin utiliza el siguiente ejemplo, los hombres feligreses se quitan el sombrero antes de entrar a la iglesia. Si a uno de ellos se le preguntará por qué se lo quita, contestaría que hay una norma que lo obliga hacerlo. Si uno de ellos no siguiera el patrón de conducta exigido por la norma entonces habría un motivo para criticar su comportamiento e inclusive podría imponérsele una sanción. En este sentido los feligreses tienen una norma social que les impone el deber de no usar sombrero en el templo. La existencia de la norma y el comportamiento que implica es un hecho.

Así como los feligreses tienen una norma que les prohíbe usar sombrero en la iglesia, un juez tiene la obligación de resolver un asunto en virtud de una norma jurídica, quien realice lo contrario será objeto de crítica. Ahora bien, si un miembro de los feligreses tiene la intención de evaluar su comportamiento y no simplemente de describirlo, nos encontraríamos con dos tipos de enunciados que finalmente se refieren a una norma; por un lado la norma social y por el otro una regla normativa. La norma social se limita a enunciar un comportamiento uniforme, por lo que no puede ser la fuente del deber. La regla normativa apela a la validez o justificación que existe para tal regla. Además, tiene la finalidad de referirse a cómo la regla se justifica por el comportamiento común.

Hart contempló y se anticipó a esta objeción "con un argumento que es el corazón de su teoría."¹³⁰ Ya que reconoció, aunque no con estos conceptos, la distinción de una norma social de una regla normativa. No obstante, "niega que se pueda decir que esos dos tipos diferentes de afirmaciones enuncien dos clases de

¹²⁹*Ibidem*, p. 106.

¹³⁰*Ibidem*, p. 108.

normas diferentes."¹³¹ En lugar de ello, nos pide que diferenciamos la existencia de una norma de su aceptación. Un sociólogo puede determinar la existencia de una norma limitándose a ver las prácticas que la originan, en cambio el feligrés puede enunciar la existencia de la norma y mostrar su aceptación como guía de conducta. Así, la discrepancia entre describir una norma social y enunciar una regla normativa depende de la actitud que se tenga hacia la norma social.

La teoría de Hart, a su vez propone "una teoría general sobre el concepto de obligación y deber, y una aplicación específica de esa teoría al deber de imponer la ley que tienen los jueces."¹³² Esta teoría general Dworkin la llama teoría de la norma social y la distingue de versiones fuertes y débiles. La versión fuerte de esta teoría admite que si existe la norma social, acepta la práctica que implica la norma. Así, si hay una norma que contemple que está prohibido mentir, entonces las personas no tienen que mentir. La versión débil de esta teoría admite que puede haber casos en el que un deber no necesariamente se implica de la norma, a saber, un feligrés expresa que los hombres no deben usar sombrero en la iglesia, este ejemplo afirma "un deber que en realidad no depende de la existencia de una norma social."¹³³

Para el filósofo estadounidense, Hart no aclara cual versión de la teoría de la norma social adopta, sin embargo considera que la uso en su versión fuerte. Si es correcta la versión fuerte, el juzgador tiene el deber de utilizar el derecho como lo indica la ley, pues presupone una norma social que le indica ese quehacer. Hay que advertir que esta posición no puede dar cuenta si el juzgador recurre a otros estándares que importan deberes a causa de que no existe la norma social correspondiente. Si la versión débil es correcta entonces el oficial judicial utiliza el derecho como lo dice la ley y puede demostrarlo no solo con la existencia de una norma social. Aunque esta versión sea la más plausible, tampoco es correcta

¹³¹ *Ídem.*

¹³² *Ibidem*, p. 109.

¹³³ *Ídem.*

debido a que no establece la "distinción entre dos clases de moralidad social, a las que podríamos llamar moralidad concurrente y moralidad convencional."¹³⁴

La moralidad concurrente se refiere a que los miembros de una comunidad "coinciden en afirmar la misma regla normativa o una muy semejante, pero no consideran el hecho de esa coincidencia como parte esencial de la razón por la cual afirman dicha regla."¹³⁵ Se habla de moralidad convencional cuando los miembros de la comunidad afirman la misma regla normativa y además la consideran como una razón para afirmar la regla. Un ejemplo de moralidad concurrente, es el hecho de que los feligreses coincidan en el deber de quitarse el sombrero antes de entrar a la iglesia sin saber o estar de acuerdo exactamente en la regla que les exige esa conducta. Un ejemplo de moralidad convencional, es la regla que prohíbe a las personas mentir, la mayoría de las personas tienen las mismas razones para sostener esta regla.

La teoría de la norma social como la utiliza Hart no encuadra ni en la moralidad convencional ni en la recurrente, aun cuando una comunidad este de acuerdo sobre algún deber o norma social en virtud de su práctica, "pueden estar en desacuerdo respecto del alcance de tal deber."¹³⁶ Comúnmente las personas suelen estar en desacuerdo en cuanto al alcance o los detalles de una norma, a saber, habrá feligreses que consideren que la norma que prohíbe entrar con sombrero a la iglesia deba aplicarse también a los bebés varones.

Un problema que aparece la teoría de la norma social de Hart, es qué pasaría si en el caso de los feligreses, la mitad está de acuerdo con que los bebés se quiten el gorrito y la otra mitad no, cuál sería el comportamiento que predominaría para la constitución de la norma social si hay una mayoría excluyente entre sí. No se puede decir que la norma social es incierta porque el

¹³⁴*Ibidem*, p. 111.

¹³⁵*Idem*.

¹³⁶*Ibidem*, p. 112.

comportamiento social es visible, sería incierta si no se conocieran los hechos. Por lo que solo es cierta la norma de que los hombres feligreses no pueden portar sombrero. Esto muestra, que la teoría de la norma social es refutable, aun en los casos de la moralidad convencional, pues las personas afirmarían un relativismo sobre el alcance o los detalles de la norma. Únicamente no es falseable en casos como los juegos, pues los jugadores "aceptan que si hay discusión respecto de un deber, no hay tal deber. No se aplicaría, pues, a los deberes judiciales."¹³⁷

La única alternativa que tiene la teoría de la norma social para defenderse es cambiando la forma de interpretar las norma social que emplea. "Podría renunciar a la afirmación de que las normas sociales pueden fijar el límite de los deberes de un hombre, pero mantenerse en la idea de que fijan su umbral."¹³⁸ Si así se hiciera, entonces las normas sociales en la moralidad tendrían la siguiente función; diferenciarían lo que se establece como deberes tanto en un sentido fáctico como conceptual.

La norma social no establece los derechos o los deberes que trascienden a la práctica. Si un juez emana un fallo sin que exista una norma social en la cual apoyarse, entonces se refuta la concepción de Hart en vista de que la práctica social no es suficiente para tomar la decisión. Podría apoyarse en la moralidad convencional, pues esta ayuda a comprender la relación entre práctica social y juicios normativos, y es que la "práctica social ayuda a *justificar* una norma que el juicio normativo enuncia."¹³⁹ Y no al contrario, como lo concibe la teoría de la norma, que considera que la práctica social constituye la norma que el juicio normativo acepta. El ejemplo de los feligreses que se quitan el sombrero afirma una regla normativa, porque crea deberes o maneras de infringir, no es porque la práctica genere la regla.

¹³⁷*Ibidem*, p. 113.

¹³⁸*Ibidem*, p. 115.

¹³⁹*Ibidem*, p. 116.

Otra forma en que la teoría de la norma social fracasa es porque concibe "que una práctica debe tener el mismo contenido que la norma que los individuos afirman en su nombre."¹⁴⁰ Una práctica puede justificar una norma, pero la norma puede tener o no el mismo contenido que la práctica, e inclusive el contenido de la norma puede limitar o trascender la práctica. Dworkin considera que el deber judicial es un caso de moralidad convencional, porque se apoyan en una regla normativa que se justifica en alguna práctica social.

1.6.3 Desacuerdo de Dworkin hacia Hart.

Las primeras publicaciones de Dworkin de la década de los setenta y ochenta, particularmente la obra *Law's empire*, muestra que no es que este en desacuerdo con el modelo de las normas que presenta Hart, en particular con la regla de reconocimiento, de hecho considera que todo sistema jurídico necesita de criterios fundamentales para la identificación de las normas jurídicas. Además considera que la regla social de reconociendo es una de las contribuciones más importantes que hizo el pensador inglés a la tradición positivista.

Parte de la argumentación que esboza el crítico norteamericano insiste en que algunos principios deben considerarse como parte del derecho y figurar en las discusiones judiciales, por lo que es necesario establecer criterios para identificarlos. Así, la crítica a la regla de reconocimiento consiste en que con la regla social no se pueden identificar los principios en virtud de la complejidad que implican algunos principios y por la simplicidad de la regla de reconocimiento.

El desacuerdo que hay entre Dworkin y Hart se encuadra en este argumento; en cualquier nación con un sistema jurídico evolucionado existe un conjunto de normas sociales que permiten a los juzgadores u oficiales del derecho establecer y reconocer como derecho los principios u otras normas dentro de su quehacer. En Inglaterra por ejemplo, los jueces reconocen que es su deber tener

¹⁴⁰*Ibidem*, p. 116 y 117.

en cuenta para sus fallos las normas o principios promulgados por el parlamento o los dictados por órganos judiciales y/o la costumbre inmemorial. El pensador inglés propone este argumento, mientras que el jurista norteamericano lo niega.

El argumento tiene implicaciones en el ámbito de lo moral y de lo político, pues distingue las normas jurídicas "en principio y como grupo, de las normas morales o políticas."¹⁴¹ Aceptar la tesis de Hart, equivale a reconocer el derecho por medio del criterio de la regla social, la cual distingue "los principios y las normas jurídicas de los morales."¹⁴² Si se considera falsa la tesis que postulo Hart entonces tal criterio de distinción no existe.

En los sistemas jurídicos las reglas o principios normativos son las normas adecuadas para que las usen los juzgadores en la identificación del derecho. Si el juzgador usa algunos principios, o asigna un peso mayor o dado a algún principio, entonces hay un criterio fundamental para identificar el derecho que no se circunscribe a la regla social. Dworkin considera que la posición de Hart "no suscribe la idea de que en todo sistema jurídico existe alguna regla social que resuelve todos los problemas referentes a qué normas son jurídicas."¹⁴³ Únicamente hay que considerar la norma social como si rigiera cualquier decisión en el derecho, en caso de que se discuta alguna regla en particular por no poderse aplicar al caso en concreto se hará manifiesto que dentro de la norma social hay un "ámbito de incertidumbre que se corresponde con la realidad."¹⁴⁴

Hart consideró que la regla social puede ser incierta en algunos casos, no obstante no analizó la complejidad que apareja la incertidumbre de la regla, al contrario, la socavó. El pensador de Oxford pone como ejemplo un supuesto en el que el parlamento inglés crea una norma y los procedimientos para restringir el poder de los parlamentos futuros, seguramente este hecho dividiría la opinión de

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 120.

¹⁴² *Ídem*.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 121.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 122.

los oficiales de derecho respecto de si es o no derecho esta norma. Consecuentemente, la regla de reconocimiento existe como hecho social, pero es incierta, en virtud de que la comunidad discrepa de su adecuada aplicación.

Es un acuerdo considerar que lo que promulga el parlamento es derecho, no obstante, es difícil poder definir "el desacuerdo sobre las leyes que establecen mayorías cualificadas como un desacuerdo referente a la adecuada interpretación de los términos que intervienen en esa formulación convencional."¹⁴⁵ Nadie consideraría que la discusión versa sobre el significado de términos como el de promulgar. Si los juzgadores divergen una ley que ha sido promulgada, entonces queda demostrado que no tienen algún deber en ningún sentido. El asunto se decide a su discreción hasta que algún órgano judicial superior incentive a sus subordinados aceptar la decisión creadora del deber. Cuando no está claro el deber del oficial de derecho y aunado a ello no hay otros criterios que ayuden a discernir la cuestión en juego, entonces no tiene ningún deber, pero si se puede hablar de lo que debe hacer.

En el ámbito jurídico el deber hacer está limitado, es decir, el oficial de derecho no tiene libertad para ejercer discreción, contrariamente a lo que ocurre en el ámbito moral o ético. Cuando un juez se siente inseguro para decidir una controversia, "su incertidumbre está referida a sus deberes; no es la certidumbre de no tener ninguno."¹⁴⁶ Por lo tanto, un oficial de derecho debe de basarse y aplicar otras fuentes del derecho, que no están contempladas en la norma social, como los principios.

Sucintamente, para Dworkin un positivista tiene dos opciones. La primera, es reconocer que los principios no son parte del derecho, "porque el juez no tiene el deber de tenerlos en cuenta, sino que ello queda librado a su discreción."¹⁴⁷ La

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 123.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 125.

¹⁴⁷ *Idem*.

segunda, es considerar que algunos principios son parte del derecho, y que por lo tanto la regla social de reconocimiento se tiene que modificar para que dé cabida a los principios. Cabe la pena destacar que hay positivistas que combinan ambas opciones, pues argumentan "que una regla de reconocimiento más compleja comprendería algunos de los principios que citan los jueces, y después sostener que los jueces no tienen el deber de imponer ningún otro principio más que éstos."¹⁴⁸

El jurista Joseph Raz se vale de esta combinación, pues "considera que los jueces tienen la discreción, pero no el deber, de emplear ciertos principios."¹⁴⁹ Discurre que algunos principios deben ser considerados por los oficiales judiciales, "éstos pueden ser reunidos bajo algo semejante a una regla de reconocimiento, mediante la noción de lo que él llama una «costumbre judicial»."¹⁵⁰ Esta concepción apela a que si durante un cierto tiempo los juzgadores han aplicado algún principio, entonces éste pasa a formar parte de la regla de reconocimiento.

Sin embargo para Dworkin, el concepto de la costumbre judicial no discurre en la temática como él la tiene en mente por las siguientes dos consideraciones. Primero los principios y las directrices son discutibles en cuanto a su peso. Y segundo, varios de los principios a los que se puede recurrir en el quehacer judicial no han sido utilizados, para ejemplificarlo recurre al caso *Henningsen*. Lo cual muestra que la noción de Raz "no podría distinguir muchos de los principios que los jueces tratan como principios que deben tener en cuenta."¹⁵¹

El modelo que emplea el filósofo norteamericano para dar cabida a los principios y directrices en la regla de reconocimiento se basa en el concepto de apoyo institucional. Éste se refiere a que si un principio ha sido empleado o apoyado por alguna institución más peso puede tener. El parámetro del apoyo

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 125 y 126.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 126.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Idem*.

institucional es en sí mismo una regla social. Por ejemplo, si se compilan las normas validas de derecho de un estado de Estados Unidos, y además se agregan las normas de competencia institucional, tendríamos un conjunto completo de material jurídico. Teniendo la totalidad del conjunto podríamos explicar y justificar principios que están detrás de las normas válidas. Dicho de otra manera, "un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión."¹⁵² El derecho de una comunidad se identifica y se distingue por criterios específicos, y por la justificación que motiva una norma.

Una teoría del derecho que proporcione una base para el deber judicial debe contener principios que justifiquen las normas establecidas, además que diferencie las tradiciones morales de la comunidad en cuestión, en razón de que también representan una fuente de derecho de la comunidad. La justificación de las normas jurídicas conduce a profundizar en la teoría política y moral, hay que indagar en argumentos referentes a la teoría política normativa, tal como la naturaleza del deber social de igualdad. El apoyo institucional como parámetro en las decisiones judiciales "no proporciona ninguna base mecánica, histórica o moralmente neutra para establecer que una determinada teoría del derecho es la más sólida."¹⁵³ Ni tampoco permite al jurista elucidar completamente el conjunto de principios jurídicos y distinguirlos de principios morales o políticos. Por esta razón, es menester buscar otros parámetros que permitan distinguir los derechos y deberes jurídicos de otras variedades de derechos y deberes.

Dworkin desarrollo un parámetro interpretativo para poder elucidar los derechos y deberes jurídicos que no contempla la norma social, el cual explicó en el siguiente capítulo. Pero antes de exponerlo, es menester concluir el presente

¹⁵²*Ibidem*, p. 128.

¹⁵³*Ibidem*, p. 130.

apartado con algunas de las réplicas que Hart hace a la crítica de Dworkin en su última obra el *Post Scriptum*.

1.7 Réplicas de Hart a Dworkin.

El Post scriptum al Concepto del derecho representa la respuesta póstuma de Hart a sus críticos, particularmente a Dworkin. Es un texto aclarador respecto de algunas confusiones u oscuridades de su obra *The concept of law*. Comienza puntualizando que su teoría del derecho es general porque explica el Derecho como una "institución social y política dotada de una dimensión controlada por reglas"¹⁵⁴, y además es descriptiva "en el sentido de que es imparcial desde el punto de vista moral y no tiene fines justificatorios."¹⁵⁵ La descripción de una teoría jurídica la puede hacer una persona desde el punto de vista interno y/o externo, el observador externo puede comprender y describir tanto como el observador interno, sin la necesidad de compartir o adoptar la idiosincrasia del participante interno.

De acuerdo con Hart, Dworkin desvirtuó su teoría al considerar que las normas secundarias justifican la coacción y que la finalidad del derecho es justificar la coacción. La única finalidad del derecho es "la de proporcionar directrices a la conducta humana y pautas para criticar esa conducta."¹⁵⁶ Y el propósito de las reglas secundarias, además de crear, modificar y aplicar las normas, sirven de garantía para saber cuándo procede la coacción.

Otro aspecto que pone en claro Hart es que no hay razón para pensar que su teoría del derecho es equiparable a una teoría semántica, pues del término "derecho" no se infiere la regla de reconocimiento y tampoco define el derecho en

¹⁵⁴ Hart, H. L. A., *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2000. p. 11.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 24.

términos de esta regla. Asimismo, Dworkin mal interpreta que la teoría de Hart solo reconoce como derecho los hechos históricos, sin embargo Hart afirma que en los sistemas jurídicos, como el norteamericano, hay otros elementos además de la regla de reconocimiento que establecen la validez jurídica, a saber, "principios de justicia o valores morales de fondo, y éstos pueden constituir el contenido de restricciones jurídicas de orden constitucional."¹⁵⁷ El propio Hart clasifica su teoría dentro del "positivismo suave" en virtud de que "la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios relativos a la validez jurídica la concordancia con principios morales o valores substantivos."¹⁵⁸

La crítica que hace Dworkin al positivismo blando es que existe una inconsistencia pues el derecho en su sentido positivo requiere de pautas certeras y publicas de los hechos y por otra parte los juicios de valor o morales son controvertibles. Esta crítica para Hart es exagerada debido al grado de certeza que un positivista tiene que atribuir a las reglas jurídicas y a la incertidumbre que resultaría si los criterios de validez jurídica incluyeran principios o valores morales específicos. Se debe de tolerar que las reglas tengan de un margen de incertidumbre, de lo contrario habría normas que se contrapondrían a otras reglas. Por lo que el problema recae en el grado o extensión de incertidumbre que un sistema jurídico pueda tener.

Otra crítica de Dworkin versa sobre la determinación y completitud del derecho. Para Hart tanto las reglas como los principios pueden tener una textura abierta, por lo que el derecho puede ser indeterminado y el juzgador podrá poner en práctica su restringida función creadora de discrecionalidad judicial. Al contrario, para Dworkin el derecho no es incompleto por lo que no hay necesidad de la función creadora. Sin embargo, Hart enfatiza que si para Dworkin la verdad de una proposición de hecho depende de la verdad de un juicio moral que mejor la justifique, aunado a ello los juicios morales son controvertibles, entonces todas las

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 22.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 26.

proposiciones jurídicas son controvertibles. Para evitar este tipo de dilemas, Hart prefiere evitar compromisos y dejar abierta la cuestión de sí los juicios morales pueden ser objetivos, pues cualquiera que sea la respuesta el deber del juzgador es el mismo; "hacer el mejor juicio moral que pueda sobre cualquier cuestión moral que tenga que resolver."¹⁵⁹

Hart le da la razón a Dworkin respecto de su crítica a la teoría práctica de las reglas, al pasar por alto la diferencia entre un consenso por convicción y un consenso por concurrencia. Aclara Hart que su teoría de las reglas sociales únicamente se aplica a las reglas convencionales, esto es, a la costumbre social ordinaria, a las reglas jurídicas, incluyendo la regla de reconocimiento.

También, Hart le da la razón a Dworkin en cuanto a que no trato los principios detenidamente. No obstante, no está de acuerdo en considerar que por la regla de reconocimiento no se puedan inferir los principios, pues su positivismo suave contempla el ámbito de certeza respecto de las reglas del derecho y algunos ámbitos controvertibles del derecho como son los principios. Para Hart, los principios se distinguen de las reglas por el grado de incertidumbre, porque contribuyen a su justificación y porque tienen un carácter de no concluyente. Este autor enfatiza que su teoría de las reglas no tiene una connotación disyuntiva de todo o nada como Dworkin la clasifica, pues los principios y las reglas juegan un papel importante para las resoluciones judiciales y su aplicación dependerá de su grado.

Los principios de derecho para Dworkin no pueden ser identificados por la regla de reconocimiento, dado que se identifican por medio de una interpretación constructiva, "como integrantes del conjunto singular de principios que mejor calza y justifica la historia institucional completa del Derecho establecido de un sistema legal"¹⁶⁰ Sin embargo esta labor constructiva esta fuera de la realidad judicial en

¹⁵⁹*Ibidem*, p. 31.

¹⁶⁰*Ibidem*, p. 43.

virtud del trabajo que implica. Hart crítica a Dworkin que al haberse enfocado en la interpretación constructiva, dejó de lado que muchos principios de Derecho tienen ese estatus y se identifican por la regla de reconocimiento, "esto es, a la manera en que fueron creados o adoptados por una fuente autorizada reconocida."¹⁶¹

En relación a la moral y el derecho, para Hart "no hay necesariamente una relación conceptual y, en consecuencia, disposiciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos."¹⁶² Hay derechos y deberes que no tienen una justificación moral. La existencia y el contenido del derecho se pueden identificar con las fuentes sociales del derecho sin considerar la moral, únicamente se consideran los criterios morales cuando el propio derecho los establece. Contrariamente, para la teoría interpretativa de Dworkin los derechos y los deberes tienen una justificación moral.

Finalmente, un aspecto controvertido entre la teoría de Hart y la de Dworkin es que el derecho al ser parcialmente indeterminado e incompleto, orilla al juez a crear y aplicar un derecho nuevo. Para el jurista norteamericano, esta es una visión equivocada del derecho y del razonamiento judicial, pues el derecho establecido incluye principios implícitos que armonizan el derecho explícito y son la mejor justificación moral. Consecuentemente el derecho no es indeterminado y el juzgador no ejercer la facultad de discreción. No obstante, Hart aclara que la facultad de crear derecho en los jueces es diferente a la que posee una legislatura, en vista de que "sus facultades son a la vez *intersticiales* y sujetas a numerosas restricciones de fondo."¹⁶³ El juzgador que crea derecho debe tener razones que justifiquen su decisión y conducirse como un legislador comprometido con sus convicciones y valores. Delegar la facultad creadora de derecho a los juzgadores es un precio "que hay que pagar para evitar los inconvenientes de métodos alternativos de regularlas, tales como la remisión a la legislatura."¹⁶⁴

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 44.

¹⁶² *Ibidem*, p.49.

¹⁶³ *Ibidem*, p.45.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.59.

Además, "la delegación de un margen limitado de facultades legislativas en el ejecutivo es una característica común de las democracias modernas y delegarlas en el poder judicial no parece constituir una amenaza mayor para la democracia."¹⁶⁵ Es injusto que los tribunales apliquen el derecho retroactivamente, para quien actúa considerando las consecuencias del derecho vigente, pues frustra sus expectativas, pero propiamente los casos difíciles son casos en los que no hay derecho reglamentado y por lo tanto no se pueden frustrar las expectativas en el derecho vigente.

¹⁶⁵*Ídem.*

Capítulo II

Derecho e interpretación en el pensamiento de Ronald Dworkin.

2.1 La hermenéutica de Gadamer como influencia en el concepto de interpretación de Dworkin.

El concepto de interpretación de Dworkin tiene influencia de la hermenéutica de Gadamer. A pesar de que Dworkin alude pocas veces en *Law's empire* a Gadamer, se puede apreciar cierto crédito, pues para el pensador alemán la historia constituye el sujeto propio de comprender, es decir, la tradición determina los planteamientos, prejuicios y la propia conceptualidad. Gadamer recibió de Hegel el modelo de la dialéctica y de Platón la dialéctica dialógica socrática, el modelo de Hegel porque lo consideraba una integración dialéctica del presente y el pasado en un proceso de mediación que no es un mero producto de la reflexión, sino del hacer de la cosa misma. El concepto de mediación nos lleva al plano de lo epistemológico, en donde el objeto no se comprende en una inmediatez abstracta, porque únicamente se entiende en la totalidad de un movimiento mediador, comprendiendo el sujeto y al objeto. El modelo platónico de la dialógica socrática lo influye porque, el juego que se pone entre cada pregunta y cada respuesta, representa una comprensión. Es decir, Gadamer desarrolla su teoría de la experiencia hermenéutica por medio de la dialéctica hegeliana y la dialéctica dialógica socrática, las cuales se basan en el procedimiento de preguntas-respuestas, con el objeto de definir la dialéctica propia de la experiencia hermenéutica.

El diálogo socrático se presenta como un modelo para reconducir la hermenéutica, de tal manera que la estructura esencial del comprender se deduce del análisis fenomenológico del diálogo, "pues éste es el "lugar" de la verdad, donde acontece la verdad y se muestra la "cosa misma". Pero como el medio del

dialogo es el lenguaje, la hermenéutica se resuelve en definitiva en el terreno del lenguaje."¹⁶⁶

En la experiencia hermenéutica "se encuentra algo parecido a una dialéctica, un hacer de la cosa misma, un hacer que a diferencia de la metodología de la ciencia moderna es un padecer, un comprender, un acontecer."¹⁶⁷ Para Gadamer la hermenéutica, la entendía como Heidegger había definido la comprensión, "modo de ser fundamental del *ser en el mundo*."¹⁶⁸ Para el filósofo alemán la hermenéutica no es un nuevo procedimiento de la interpretación, dado que describe solamente lo que siempre acontece y, especialmente, lo que siempre acontece allí donde una interpretación es convincente y tiene éxito. No es una teoría del arte que indica cómo debería ser la comprensión, sino que se tiene que reconocer lo que es y, por tanto, no se puede modificar el hecho de que en la comprensión intervengan presupuestos que no pueden ser eliminados, "la comprensión es algo más que una aplicación artificial de una capacidad. Es también siempre la obtención de una autocomprensión más amplia y profunda."¹⁶⁹ Esto quiere decir que, la filosofía hermenéutica de Gadamer es una teoría de la experiencia humana y de la praxis trascendental. La hermenéutica en cuanto experiencia se entiende como un acontecer.

Por otra parte, Gadamer tiene presente que el problema fundamental de la hermenéutica es el problema de la *praxis*, abarcando la comprensión del mundo en todas sus formas, por lo que define a la hermenéutica como filosofía práctica. La hermenéutica gadameriana precede a todo comportamiento comprensivo de la subjetividad. De igual forma designa el carácter fundamentalmente móvil del ser en el mundo que abarca el conjunto de la experiencia humana del mundo. Lo que

¹⁶⁶Santiago Guervós, Luis, *Hans-Georg Gadamer*, Biblioteca filosófica, Edit. Del Orto, España, 1997, p. 22.

¹⁶⁷Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, decimosegunda edición, traductores Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ed Sígueme, España, 2007, p. 557.

¹⁶⁸Santiago Guervós, Luis, *op. cit. (166)*, p. 23.

¹⁶⁹Gadamer, Hans-Georg, *La razón en la época de la ciencia*, traducción Grazón Valdés, España, Edit. Alfa, 1981, pág. 108.

el ser humano experimenta "queda comprendido en el ámbito del fenómeno de la comprensión, y en este sentido Gadamer se pregunta por el ser de la comprensión, o en términos heideggerianos, en qué modo *comprender es ser*."¹⁷⁰

La comprensión, que entiende Gadamer, es un contenido de verdad que penetra y actúa en el ámbito de nuestra existencia. "*Comprender es estar siempre expuesto a un hacer y actuar que no es el hacer y el actuar de la subjetividad moderna, sino el hacer de la historia y de la tradición que determinan al sujeto, en el aquí y en el ahora, y provocan la apertura hacia el diálogo que es la comprensión.*"¹⁷¹

El verdadero sujeto de la comprensión es la tradición o la historia, a causa de que su acción nos determina, actúa en nosotros, nos envuelve como un horizonte en el que transitamos y existimos. Gadamer dice "en verdad, no es la historia la que nos pertenece, somos nosotros la que pertenecemos a ella, la comprensión misma debe ser considerada menos como una acción de la subjetividad que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición."¹⁷²

Hay una conciencia de la determinación histórica, puesto que, al tomar conciencia de que la tradición actúa en nosotros alude a la elección recíproca entre efecto y saber, a la mediación de la historia y verdad. En otras palabras, no podemos sustraernos del devenir histórico, ni podemos convertir el pasado en un objeto, "nuestra conciencia está determinada históricamente por un efecto, es decir, está determinada por un acontecer real, de la suerte que no deja que nuestra conciencia se encuentre en libertad de situarse frente al pasado."¹⁷³ Es importante "reproducir siempre en nosotros una conciencia de la acción que se ejerce en nosotros, de tal manera que todo pasado, que llega a nuestra

¹⁷⁰Santiago Guervós Luis, *op cit.* (166), p. 24.

¹⁷¹*Ibidem*, p. 26.

¹⁷²Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.* (167), p. 344.

¹⁷³*Ibidem*, p. 141.

experiencia, nos obliga a hacernos cargo de ella y, en cierto modo, a asumir su verdad."¹⁷⁴

La influencia de la condicionalidad histórica es tal que supera nuestra propia conciencia y determina de una forma radical la finitud de toda conciencia hermenéutica, es decir, los límites de la autoconciencia del individuo. La tradición aparece como un límite de la subjetividad moderna y como posibilidad para el hombre de comprenderse a sí mismo. "La comprensión pertenece al ser de aquello que se comprende."¹⁷⁵

La determinación histórica permite a Gadamer definir con claridad los límites de la conciencia frente a las pretensiones del subjetivismo, pues se parte del hecho de que en la comprensión comúnmente nos encontramos ya en una situación determinada, por lo que representa una posición que limita las posibilidades del ver, y además lo que se vio queda supeditado a un punto de vista, consecuentemente no hay un punto absoluto desde el que pudiéramos contemplar todo. "La visión que encierra todo lo que es visible a un individuo es lo que Gadamer llama *horizonte*."¹⁷⁶

Los horizontes son abiertos y en continuo movimiento, no hay horizonte cerrado, la relación entre horizontes se puede comparar a la relación que se da en un diálogo, en el que los que participan son guiados ellos mismos por el *logos* de la cosa. La relación entre horizontes implica la comprensión, y la comprensión se da cuando los horizontes se mezclan o fusionan, esto significa para Gadamer, dialéctica.

Gadamer interpreta la estructura de la comprensión en términos de prejuicios pues "los complejos de un individuo son, muchos más que sus juicios, la

¹⁷⁴*Ídem.*

¹⁷⁵Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.* (167), p. 14.

¹⁷⁶Santiago Guervós, Luis, *op cit.* (166), p. 30.

realidad histórica de su ser".¹⁷⁷ Entonces la realidad de un individuo está dada por su propia subjetividad, su horizonte está sujeto en mayor medida a los prejuicios que a sus juicios.

La historicidad de nuestra existencia implica que los prejuicios se convierten en las líneas orientativas que hacen posible toda nuestra experiencia, los prejuicios determinan nuestra apertura al mundo y hacen posible que las cosas accedan a su sentido. Por ello se piensa, que no hay comprensión libre de prejuicio. Aceptar los propios prejuicios y tomar conciencia de ellos supone la actitud racional de aceptar y asumir la propia condicionalidad histórica, es decir, los límites de la existencia humana.

Partiendo de que los prejuicios intervienen siempre en toda comprensión, a Gadamer se le ocurrieron dos problemas, primero, cómo se hacen conscientes los prejuicios, y segundo, cómo distinguir entre prejuicios verdaderos y falsos, el autor piensa que el paso del tiempo permite la diferenciación "solo la distancia en el tiempo permite resolver el verdadero problema hermenéutico de distinguir los prejuicios verdaderos, bajo los cuales comprendemos, de los prejuicios falsos, que producen los malentendidos."¹⁷⁸

Gadamer establece una analogía entre la experiencia dialógica con el "tú" y la experiencia de la tradición. "La tradición no es simplemente un acontecer que uno reconoce a través de la experiencia [...] es más bien un lenguaje, habla de sí misma como si fuera un "tú"¹⁷⁹ se considera la tradición como a un auténtico participante del diálogo.

El arte de preguntar, es el arte de pensar, es el arte de conducir un dialogo para que acontezca el saber, para el filósofo alemán "conducir un dialogo quiere

¹⁷⁷Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.* (167), p. 343.

¹⁷⁸*Ibidem*, p. 369.

¹⁷⁹*Ibidem*, p. 365.

decir ponerse bajo la dirección de la cosa sobre la que se orientan los interlocutores."¹⁸⁰ El lenguaje es el lugar propio en el que se mueve la hermenéutica, dado que "el lenguaje es el medio universal en el que se realiza la comprensión"¹⁸¹ tomándose en cuenta, que el lenguaje es un ámbito envolvente que prejuzga siempre nuestro pensar y conocer. El carácter constitutivo del ser en el mundo presupone siempre un ser en el lenguaje.

El problema del lenguaje Gadamer lo plantea como una estructura ontológica universal, entiéndase, la constitución fundamental de todo aquello hacia lo que puede volverse la comprensión, mostrando cómo el mundo se hace presencia para el hombre en el lenguaje y cómo el lenguaje no puede reducirse sólo a objeto de una ciencia. El oír pone en juego al lenguaje, pues no siempre se escucha, el oír representa continuamente una apertura.

La hermenéutica de Gadamer podría ser vista desde una ontología jurídica "que ve el derecho como un objeto en permanente constitución y haciéndose en el proceso de su interpretación y aplicación."¹⁸² La filosofía hermenéutica de Gadamer proporciona una perspectiva para interpretar las pautas jurídicas o criterios de racionalidad, y así reconstituir el derecho, desde la interpretación y aplicación del mismo. "Para Francesco Viola, la interpretación no es meramente un instrumento de la práctica jurídica, sino que forma parte constitutiva de la naturaleza misma del derecho, éste es en su esencia praxis, y praxis mediada por el comprender."¹⁸³ La comprensión no surge del texto que se interpreta, es anterior, hay una precomprensión a que el sentido de que la norma jurídica tiene, por ejemplo; el propósito de guiar las acciones con pautas de corrección.

¹⁸⁰*Ibidem*, p. 556.

¹⁸¹*Ibidem*, p. 467.

¹⁸²García Amado, Juan Antonio, Filosofía hermenéutica y derecho, *Revista jurídica de Castilla y León*. Universidad de León, España, No. 5, 2003, P.1 http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/0213-3563/article/viewFile/3775/3790 (Fecha de consulta 10 de mayo de 2015).

¹⁸³*Idem*.

El concepto de hermenéutica de Gadamer influenció a Dworkin, dado que el trabajo del filósofo norteamericano circunscribe la teoría y práctica de adjudicación a una tradición jurídica y política, concibe la integridad en el derecho como un nuevo horizonte de comprensión que plantea cómo hacer que las instituciones judiciales y legislativas respondan a las necesidades de una comunidad democrática que concilia virtudes políticas tales como la libertad, la equidad, la dignidad, o la pluriculturalidad.

Interpretar el derecho vigente en la búsqueda de algún nuevo criterio o sentido al derecho exige comprender cómo funciona actualmente la institución, y qué requiere para servir mejor. La adjudicación judicial constantemente se encuentra en la dinámica de la hermenéutica del derecho. En los casos difíciles se interpreta el derecho en la búsqueda de derechos o principios que no están en los instrumentos legales, pero con la interpretación pueden derivarse de la ley existente o en su caso de los fundamentos del derecho. Los principios deben reconocerse como pertenecientes a la ley porque tienen una justificación de la razón práctica moral.

La forma en que interpretamos el derecho responde a una concepción del mismo, la historia legal muestra la evolución y la dirección de la institución. Comprender el hilo de la historia y cambiarle el sentido nos permite transformar prácticas a lo que aspiramos. El razonamiento y la práctica legal se mejoran si se interpreta la ley en su totalidad y se argumenta pertinentemente la justificación de un derecho. Si hay derechos morales importantes y estos no son reconocidos explícitamente en la ley positiva, es obligatorio que los jueces los reconozcan y los impongan.

El ejercicio judicial es una de las formas en las que el Estado se manifiesta, consecuentemente el Estado como un cuerpo político tiene que ser coherente con sus actos. Verbigracia, la labor jurisdiccional y la legislativa tienen que guiarse y manifestarse sobre la base de los principios de igualdad, seguridad, libertad, entre

otros que están contemplados en los instrumentos jurídicos. Concebir el derecho, específicamente en su aspecto adjudicativo, requiere de la exigencia de justificación la cual puede enmarcarse en el ejercicio de interpretación del derecho. Por medio de la interpretación se logra auto determinar la práctica desde una mejor perspectiva procedimental y social.

Los tribunales trabajan con el lenguaje jurídico, sin embargo, hay conceptos que no pertenecen sólo al ámbito de lo jurídico sino también al de la moral. Para interpretar estos conceptos hay que apegarse al sistema normativo y a los principios que lo constituyen. La relación entre el derecho y la moral es una relación conceptual.

Dworkin propone una ontología interpretativa del derecho, en vista de que la naturaleza del derecho es integrar las dimensiones jurídicas, política y de moralidad. El parámetro de la integridad legal, política y moral en la interpretación judicial constriñe una decisión judicial a la justicia individual o colectiva, a modificar, si es necesario, el sentido de la norma jurídica para hacer de las instituciones lo más justas y equitativas posibles. En el siguiente apartado se profundiza en las razones del porque el derecho es concepto interpretativo.

2.2 El concepto de derecho como un concepto interpretativo.

Las teorías que Dworkin presenta en *Law's empire* parten de la teoría general y descriptiva del derecho de Hart. Ahí muestra que las reglas sociales no son suficientes para articular e identificar el derecho por medio de una regla de reconocimiento, pues no se toman en cuenta los principios y directrices políticas. Dworkin someterá a prueba los postulados de esta vertiente del positivismo en lo que él denominó casos difíciles. Cualquier teoría del derecho debe considerar y plantear alguna solución para que las decisiones judiciales no sean tomadas discrecionalmente, pues dejar esto de lado es contraproducente al principio de la división de poderes y el principio de irretroactividad.

El derecho se comprende mejor si se reconoce que también se integra de principios y directrices, ya que estos poseen una interrelación con el derecho vigente, que contribuye a su justificación y a guiar la interpretación del material jurídico. Los postulados de Dworkin aluden a la relación entre derecho y moral tanto en el plano conceptual como en la práctica, de ahí que la normatividad del derecho se origine de las fuentes sociales y morales.

El estudio del profesor norteamericano parte de la idea de que "el análisis filosófico ya está en el derecho, lo único que se debe hacer es lograr un nivel de abstracción mayor,"¹⁸⁴ así, emprende una investigación conceptual general. Considera el término derecho como un concepto interpretativo que aparea nociones de política, de moral, de normatividad y de justificación. Esto lo ilustra y lo justifica con diversos casos jurídicos de la Corte Suprema norteamericana y del derecho inglés.

Es importante analizar el derecho tanto en su dimensión práctica como teórica. La primera dimensión comúnmente se circunscribe a la práctica judicial. En los juicios se suelen plantear al menos tres tipos de cuestiones: de hecho, de derecho "y las cuestiones entrelazadas de moralidad y fidelidad política."¹⁸⁵ Dworkin hace énfasis en las cuestiones de derecho, en donde se presentan las discrepancias sobre cuál es el derecho aplicable. Los desacuerdos de derecho pueden ser empíricos y teóricos. Los primeros aluden a si los fundamentos de derecho se satisfacen, los segundos se refieren a que se diverge sobre los fundamentos del derecho. De acuerdo con Marmor, los desacuerdos teóricos en la teoría de Dworkin "son desacuerdos sobre las condiciones de validez jurídica."¹⁸⁶ La dimensión teórica del derecho aborda los elementos que constituyen esta

¹⁸⁴Vega, Gómez Juan, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, España, DYKINSON, 2014, p. 37.

¹⁸⁵Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, 2º edición, traducción de Claudia Ferrari, Barcelona, GEDISA, 1992, p.16.

¹⁸⁶Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, trad. Marcelo Mendoza Hurtado, España, GEDISA, 2001, p. 14.

institución social, no sólo para comprenderla sino para hacerla mejor. Esta dimensión, al igual que la práctica, tiene consecuencias en el mundo fáctico.

Otro filósofo del derecho que “ha desarrollado una filosofía jurídica sistemática, entendida como un sistema de razón institucionalizada, basada en una teoría no positivista del derecho”¹⁸⁷, y que comparte esta dualidad en el derecho es Robert Alexy. Su teoría es compatible con las ideas de Dworkin, ya que considera “que el derecho necesariamente implica dos dimensiones: una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica.”¹⁸⁸ La primera se expresa “mediante la coerción institucional”¹⁸⁹ y la segunda “mediante la pretensión de corrección.”¹⁹⁰ Recurró a la filosofía del derecho de Alexy dado que describe en conceptos lo que Dworkin describe en ejemplos.

De acuerdo con Dworkin, la separación del derecho en su aspecto teórico y práctico es una herencia del positivismo jurídico. En un principio éste autor se valió de la metodología ofrecida por Hart para introducir sus postulados e inclusive contribuyó a la tradición de la teoría analítica del derecho. Posteriormente, dio un giro metodológico, en vista de que optó por una teoría jurídica interpretativa, dado que esta clase de teoría da cuenta de la naturaleza interpretativa de las prácticas jurídicas. Además, consideró que la metodología empleada por los positivistas para hacer filosofía del derecho es errónea, pues “consiste en llevar a cabo una explicación descriptiva y moralmente neutral del concepto de derecho.”¹⁹¹ No se puede desarrollar una teoría moralmente neutra, dado que toda posición para una explicación o descripción se sitúa o parte de una valoración moral.

El derecho positivo como producto de la legislación, es lo que Dworkin denominó el derecho como un hecho evidente, este derecho no depende de lo que

¹⁸⁷Nava, Tovar Alejandro, *La institucionalización de la razón*. México, ANTHROPOS y UAM, 2015, p. XIII.

¹⁸⁸Alexy, Robert, *op. cit.* (69), p. 19.

¹⁸⁹Nava, Tovar Alejandro, *op. cit.* (187), p. 23.

¹⁹⁰*Idem.*

¹⁹¹Vega, Gómez Juan, *op. cit.* (184), p. 37.

debería ser porque simplemente es. Sin embargo, los desacuerdos que surgen entre abogados y juzgadores difieren en forma teórica sobre lo que el derecho debería ser, este desacuerdo versa sobre "cuestiones de moralidad y fidelidad y no sobre derecho."¹⁹² Las cuestiones de fidelidad requieren de las discusiones públicas y de la atención de la ciudadanía.

En la práctica jurídica, el concepto de derecho como hecho evidente es refutable en virtud de que en los casos difíciles el juzgador tiene que resolver y no encuentra una ley exactamente aplicable a la situación, hay escenarios donde el sentido de la norma está en conflicto con algún artículo u ordenamiento jurídico, hay juicios que se originan con apoyo en los precedentes o juicios que surgen porque si se aplica la literalidad de la norma se produce un conflicto en lo fáctico. En estos casos, el juez no goza de discrecionalidad, tiene que ingeniárselas e interpretar el derecho positivo para encontrar el derecho aplicable, valiéndose de leyes, de principios y de directrices políticas.

Para García Amado, un positivista crítico de las teorías de Dworkin y Alexy, la discrecionalidad alude "a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho."¹⁹³ La discrecionalidad es producto del lenguaje ordinario, "no necesariamente es mala [...] y muchos creemos, en todo caso, que es inevitable".¹⁹⁴ García considera que la arbitrariedad es la práctica que hay que erradicar. En la teoría de Dworkin la discrecionalidad judicial no es compatible con la noción del derecho como integridad.

El desacuerdo que surge del derecho como hecho evidente tiene sus orígenes en las teorías positivistas y en una errónea comprensión del lenguaje, pues los jueces, abogados o ciudadanos cuando debaten acerca del derecho

¹⁹²Dworkin, Ronald, *op. cit.* (185), p. 19.

¹⁹³García Amado, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", *Revista jurídica de Castilla y León*. Universidad de León, España, N° 35, julio-diciembre, 2006, p. 151, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/34/34> (Fecha de consulta 10 de mayo de 2015).

¹⁹⁴*Ibidem*, p. 153.

utilizan los mismos criterios pero se encuentran en un error en cuanto a lo que denotan, es decir, todos compartimos criterios lingüísticos iguales. Para Dworkin tales criterios no existen, de ocurrir lo contrario entonces no habría discusiones en torno a qué es el derecho, además, si todos compartiéramos el mismo criterio para discernir el desacuerdo entonces no tendría sentido discutir pues tendríamos de alguna forma las mismas opiniones.

Las teorías semánticas del derecho se han ocupado de investigar los criterios que empleamos para identificar las reglas lingüísticas en la identificación del derecho. Estas teorías nos han inducido al error de creer que compartimos los mismos criterios y que por lo tanto los desacuerdos que surgen en el derecho son aparentes. No obstante estos desacuerdos no son de naturaleza empírica sino teórica. Dworkin denominó al argumento de las teorías semánticas el argumento del agujón semántico.

Los postulados de Dworkin no solo critican las teorías semánticas del derecho, sino que argumenta “en contra del convencionalismo en general.”¹⁹⁵ Si el concepto de derecho es un concepto interpretativo, y no semántico, entonces una teoría del derecho formulada desde esta perspectiva ofrece una interpretación tanto del concepto como de su práctica, y además ofrece una justificación de su práctica. Para ilustrar como el derecho es un concepto interpretativo, piénsese en la regla de reconocimiento de Hart, pues constantemente es interpretada por los juzgadores sobre todo a la luz de los casos difíciles, sin embargo los juzgadores no utilizan los mismos criterios para dilucidar sus fallos, de ahí la diversas formas de resolver ejerciendo una clase de discrecionalidad que atenta contra el orden político y la división de poderes. Consecuentemente toda teoría del derecho debe tener como base un análisis interpretativo.

La interpretación es un ejercicio que no escapa a nuestras vidas, pues constantemente nos vemos inmiscuidos en esta práctica al grado que no somos

¹⁹⁵Marmor, Andrei, *op. cit.* (186), p. 19.

muy conscientes de ello, verbigracia, en una en una conversación nos valemos de sonidos, expresiones verbales o faciales para interpretar y captar el sentido del mensaje del hablante. Esta clase de interpretación es más intencional que mecánica. Asigna significados a los propósitos e intenciones del parlante, por lo que es necesario el uso de modelos y presunciones como el que contempla el principio de claridad.

La interpretación de las prácticas sociales es otra forma de interpretación, el jurista norteamericano asemeja este tipo de interpretación con la artística a causa de que "ambos apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas,"¹⁹⁶ esta similitud entre la hermenéutica social y la artística Dworkin la denomina interpretación creativa, y las distingue de la interpretación científica y de la conversación. Tanto la interpretación de las prácticas sociales como la de las obras de arte se ocupan de los propósitos y no de sus causas. En este sentido la interpretación creativa es constructiva, pues discierne los propósitos impuestos a un objeto o practica con la finalidad de hacer de mejorarlos. "La interpretación creativa, bajo la perspectiva constructiva es una cuestión de interacción entre propósito y objeto."¹⁹⁷ De ahí que, describir constructivamente una interpretación proporciona una forma de interpretación más general en comparación con otros tipos de interpretaciones.

Toda interpretación debe aplicar una intención. La intención no se reduce a un estado mental consciente. El objetivo de la interpretación creativa no es encontrar alguna intención histórica real, pues en el caso de las prácticas sociales no hay propiamente un autor. Simplemente la "intención proporciona la estructura formal para todos los reclamos interpretativos."¹⁹⁸ Así, toda interpretación proporciona información de un propósito.

¹⁹⁶Dworkin, Ronald, *op. cit.* (185) p. 47.

¹⁹⁷*Ibidem*, p. 49.

¹⁹⁸*Ibidem*, p. 53.

El derecho es un término interpretativo, los juzgadores lo saben bien en razón de que desarrollan una concepción a partir de sus propias convicciones e instintos, le dan un sentido a la práctica legal como a un todo. A pesar de las distintas posiciones que pueda haber entre los jueces en relación al sentido del derecho, estas convergen en sus fundamentos. Así, cualquier teoría general del derecho debe ser abstracta y constructiva dado que su objetivo principal y la estructura de su práctica así lo ameritan.

El proceso de la interpretación constructiva tiene tres fases, cada etapa apareja un tipo de actitud interpretativa, estas a su vez dependen de los grados de consenso en una comunidad. La primera es la preinterpretativa, aquí "se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica."¹⁹⁹ Las reglas sociales al no tener etiquetas de identificación pueden reconocerse por el grado de consenso que hay dentro de una comunidad. La segunda fase es la interpretativa, esta consiste en que "el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la preinterpretativa."²⁰⁰ La justificación debe contener algunos elementos o características de la práctica a interpretar para evitar caer en el error de inventar una práctica. Finalmente la tercera etapa es la post-interpretativa o reformadora, aquí se busca ajustar el sentido sobre lo que necesita la práctica para adecuarse de la mejor forma a la justificación que se acepta en la etapa interpretativa.

Además de este esquema analítico de la interpretación, es necesario que una comunidad comparta, aunque de forma somera, las mismas convicciones, creencias o suposiciones del objeto o situación a interpretar, dado que si una comunidad discrepa demasiado no podría producirse un desacuerdo, de ahí que tenga que haber un punto sólido entre la similitud de creencias para poder darse un genuino desacuerdo. También, se requiere tener convicciones positivas sobre los tipos de justificación que mostrarían a las prácticas en su mejor perspectiva.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 57.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 58.

Las convicciones positivas tienen que distinguirse de las creencias o convicciones necesarias para la interpretación, de no ser así, no podrían diferenciarse unas de otras, y el "interprete no podría distinguir la interpretación de la invención."²⁰¹ No obstante, para que prospere la actitud interpretativa, sea en su sentido preinterpretativo o en las convicciones sobre el grado de adaptación necesario, no necesitan ser tan compartidas por la comunidad.

Otro aspecto a considerar en la interpretación es el contexto histórico que está determinado por los paradigmas. La relación entre un paradigma y una institución es tan íntima que proporciona un modo conceptual. Es decisivo el papel que ocupan los paradigmas en el razonamiento, y por consiguiente en el discurso curso jurídico. Un paradigma determina la interpretación, pero ningún paradigma está a salvo de una nueva interpretación, de hecho se puede explicar y justificar un nuevo y mejor paradigma, y dejar aislado y/o en desuso al anterior.

La empresa interpretativa en el derecho encuadra en una historia que se rige por paradigmas legales que le dan forma y favorecen los debates interpretativos que se dan en esta práctica. Las instituciones legales como coparticipes de un sistema general persiguen algunos fines similares, entre unos de los objetivos de la práctica legal está el guiar y restringir el poder del gobierno, de ahí que la ley contemple, por decisiones políticas del pasado, situaciones sobre cuando se justifica el uso de la fuerza colectiva. Es decir, la relación entre derecho y coerción es necesaria, es una característica de cualquier sistema jurídico, en este sentido Dworkin quiere establecer lo que conceptualmente explica Alexy en su tesis de la coerción. Alexy considera la coerción como una propiedad esencial del derecho, en vista de que "la coerción es un medio imprescindible para que el derecho pueda cumplir las funciones que le imponen dos valores con los cuales el derecho tiene una conexión necesaria: a saber, los valores de certeza y la eficacia jurídica."²⁰²

²⁰¹ *Ibidem*, p. 59.

²⁰² Alexy, Robert, *op. cit.* (69), p. 22.

La teoría legal debe contener una visión unificadora entre la práctica legal y su justificación política. Las meticolosas teorías políticas del derecho abordan tanto los fundamentos del derecho como su fuerza, ambas se apoyan mutuamente. Las teorías desarrolladas por los politólogos consideran este vínculo, pero hacen más énfasis en la fuerza del derecho, a saber, las teorías de desobediencia civil; abordan los deberes de obediencia de los ciudadanos respecto de la ley, e inclusive analizan desde una perspectiva moral hasta qué punto se pueden desobedecer.

El derecho positivo de una comunidad contempla y justifica los casos de coerción. No todas las concepciones de derecho contemplan que esta relación sea justificada. El profesor estadounidense esboza tres concepciones de derecho rivales que responden de forma diferente tanto a la relación derecho y coerción, como el modo de interpretar el derecho en la adjudicación, cada postura conlleva a una perspectiva en particular. Estas concepciones son: el convencionalismo, que corresponde o responde a cierta ideología del positivismo jurídico, el pragmatismo legal, que es equiparable al realismo jurídico norteamericano, y el derecho como integridad, que es la propuesta de Dworkin.

El derecho como integridad concibe que la naturaleza del derecho es interpretativa, por medio de la interpretación de la norma jurídica y de los principios es posible la construcción de un sistema normativo del derecho completo, sin problemas de indeterminaciones ni paradojas. Para algunos positivistas como García Amado, la teoría de Dworkin es irrealizable en virtud de que “los sistemas jurídicos tienen lagunas, contradicciones y márgenes de vaguedad en el contenido de sus normas, la capacidad regulativa del sistema jurídico no es plena, es limitada.”²⁰³

²⁰³García Amado, Juan Antonio, “Pidiendo el principio. Dworkin y la teoría del derecho en serio”, España, marzo, 2014, <http://www.garciamado.es/2014/03/pidiendo-el-principio-dworkin-y-la-teoria-del-derecho-en-serio/> (Fecha de consulta 9 de mayo de 2015).

La teoría del derecho de Dworkin “es básicamente una teoría de la adjudicación, puesto que ambas teorías se relacionan exactamente con la misma teoría, a saber, atribuir a una práctica dada la mejor interpretación posible.”²⁰⁴ La naturaleza interpretativa del derecho se debe a que éste no se circunscribe sólo a la esfera jurídica sino también a la dimensión política y a la moralidad social. Dworkin concibe el derecho como integridad porque el derecho involucra cuestiones de política y de moralidad. Cómo entiende Dworkin la teoría y la práctica de la integridad política y jurídica es el tema del siguiente apartado.

2.3 Integridad política y jurídica

La integridad es un término que alude a un estado que está completo o tiene todas sus partes, es decir, apela a una totalidad. En la filosofía jurídica de Dworkin esta palabra es equiparable a una virtud que requiere de la concordancia o coherencia y de la justificación de alguna práctica política y jurídica. Es una virtud porque exige que los poderes públicos se conduzcan de forma coherente y con rectitud siguiendo los principios de justicia, de equidad y de debido proceso.

Para ilustrar como los poderes públicos deben guiarse por la integridad Dworkin hace un paralelismo entre la integridad como valor político y la integridad como virtud personal, en vista de que las personas poseen un sentido de responsabilidad y justicia hacia ellas mismas y con las demás. La integridad se hace un ideal político cuando requerimos lo mismo del Estado, no importa que entre los ciudadanos haya discrepancia entre cuáles son los principios de justicia y equidad correctos. Tanto en lo individual como en lo gubernamental podemos reconocer que los actos expresan una concepción de equidad, de justicia o de decencia, aun cuando no aprobemos dicha concepción. De esta forma las pautas que son o consideramos correctas para nosotros mismos son las que exigimos a los otros, de ahí que la integridad política exija al gobierno hablar con una sola voz, es decir actuar y aplicar de forma consistente los principios de una filosofía

²⁰⁴Marmor, Andrei, *op. cit.* (186), p. 55.

política determinada, aunque esta filosofía no sea compartida en su totalidad por todos sus ciudadanos.

El principio de la integridad en la equidad de una comunidad necesita de los principios morales para explicar las disposiciones de una legislatura. La integridad en la concepción de debido proceso reclama que los procedimientos empleados en los juicios logren un adecuado equilibrio entre exactitud y eficiencia al acatar cualquier ley, asimismo estas disposiciones tienen que ser reconocidas por los ciudadanos. Estos principios políticos manifiestan el compromiso con la coherencia y aluden a que la integridad es parte del derecho tal como la conocemos.

La integridad puede ser vista en dos principios: en la legislación y en la adjudicación. El primero se refiere a que los legisladores tienen que mantener una coherencia en el derecho, es decir, la ley tiene que ser coherente desde el punto de vista moral, el legislador debe procurar los derechos morales y políticos de todos para que las normas expresen un esquema de justicia y equidad, para ello deben basarse en el conjunto coherente de principios que están en la base del derecho positivo vigente. El segundo alude a que los aplicadores de la ley lo hagan de forma responsable y con coherencia en la legislación, pues esta fue promulgada bajo un esquema coherente de principios. Asimismo, describe cómo y por qué las convenciones del pasado tienen un poder propio, y explica porque los juzgadores deben concebir las distintas leyes como una totalidad y no considerarlas por separado.

El Estado como una persona moral, posee valores y principios que velan su forma de actuar, no importa que los funcionarios públicos que lo personifican no compartan los mismos principios. El Estado está comprometido con los principios de equidad, de justicia y debido proceso, actúa de forma moral y responsable. La responsabilidad de la función pública se construye sobre una base de principios y valores comunes, y no sobre particulares. Los servidores públicos actúan en

nombre de la comunidad de la que son parte, de ahí la importancia de respetar los principios de la integración y de la adjudicación.

Una sociedad que acepta la integridad como una virtud política es una comunidad que "promueve su autoridad moral para asumir y desplegar un monopolio de fuerza coercitiva."²⁰⁵ La integridad proporciona protección contra la parcialidad, el engaño u otras formas de corrupción, contribuye a la eficiencia del derecho, exhorta a cada ciudadano a aceptar exigencias y tenerlas hacia los otros, compartiendo y extendiendo la dimensión moral de cualquier decisión política explícita. Consecuentemente, la integridad repercute en la práctica ya que funciona en la vida política y moral de los ciudadanos al estar comprometidos a un esquema de principios que tienen la responsabilidad de conocer.

La relación entre integridad y la autoridad moral del derecho está en función del argumento que justifica la coerción pública. Una concepción de derecho tiene que explicar por qué el derecho proporciona una justificación de la función coercitiva del Estado. Los ciudadanos poseen una clase de obligación moral que autoriza y reconoce la fuerza pública. No obstante este argumento no es razón suficiente para la coerción, pero si es una razón necesaria. Aunado a la obligación moral de los ciudadanos, la legislación como una fuente de derecho es también una justificación de la coerción. Un Estado que acepta el ideal de la integridad política posee más legitimidad que uno que no acepte el ideal. Esto es así debido a que su concepción de derecho explica por qué la ley es la legítima autoridad para la coerción.

Vale la pena puntualizar que "cualquier interpretación constructiva de éxito de nuestras prácticas políticas en su totalidad reconoce la integridad como un claro ideal político que a veces requiere compromisos con otros ideales."²⁰⁶ El principio de la integridad legislativa forma parte de la práctica política, de ahí la

²⁰⁵Dworkin, Ronald, *op. cit.* (185), p. 140.

²⁰⁶*Ibidem*, p. 158.

importancia de desarrollar una teoría interpretativa que no la ignore. El ideal de la integridad política se adapta y explica características de la práctica y estructura constitucional. Una comunidad que acepta la integridad en su política está en una mejor posición para defender una legitimidad política.

La legislatura no necesita de razones de principio para crear la ley, basta con que justifique sus decisiones mostrando cómo éstas, como una política sólida, contribuyen al bienestar general de una comunidad. En los sistemas federales la integridad legislativa implica exigencias sobre las decisiones jerárquicamente superiores hacia sus inferiores. Defender este principio representa la defensa del argumento que la sociedad forma un agente moral y que por lo tanto deben protegerse sus prácticas sociales e intelectuales.

El derecho como integridad contempla que el juzgador no se encuentra en la posición del legislador, es decir, no tiene la libertad para legislar. Así, cuando el juez redacta reglas no reconocidas debe apegarse al derecho consuetudinario, sobre fundamentos de principio, de política o morales, tiene que ofrecer argumentos a favor de que las partes poseen prerrogativas y obligaciones jurídicas que entraron en vigor al momento de actuar "o en algún otro momento pertinente del pasado."²⁰⁷

Vista la integridad en la política, ahora podremos comprender de una mejor manera su aplicación en el derecho, pues esta herramienta nos permite hacer interpretaciones de nuestras prácticas legales, y especialmente la forma en que los juzgadores resuelven los casos difíciles. El derecho como integridad acepta la ley y los derechos con franqueza, no es una teoría escéptica de los derechos legales. Considera que el derecho beneficia a la sociedad no sólo en el aspecto de equidad o procesal que la ley contempla, sino que asegura la igualdad entre los miembros de la comunidad y proporciona una justificación moral para ejercitar su poder político. Contempla que los derechos y responsabilidades están previstos en

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 176.

decisiones del pasado y que los fallos judiciales involucran principios de moralidad y de política que los justifican, consecuentemente, una comunidad posee derechos a partir de los principios que proporciona la más sólida justificación de la práctica legal.

Esta perspectiva del derecho requiere que los juzgadores entiendan, hasta donde sea posible, que el derecho está organizado en un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso, los cuales deben hacerlos cumplir en los casos que se les presentan. Esta forma de adjudicación respeta la integridad, es decir, respeta los ideales de una comunidad de principios, sin recurrir en el argumento perverso de que todos debemos de regularnos por los mismos objetivos y estrategias políticas en todas las situaciones, la legislación que es aplicable hoy, puede ser que mañana no lo sea porque puede tener o considerar otros objetivos que alcanzar.

La integridad en la adjudicación necesita que el juez tome el conjunto de pautas jurídicas de tal forma que las respete y las exprese como un grupo coherente de principios, con la finalidad de interpretarlas para encontrar normas implícitas entre las explícitas. El principio de la integridad en la adjudicación no es soberano entre otras virtudes como la equidad o la justicia, ni tampoco tiene la última palabra, ni es un argumento decisivo para justificar el cómo debe utilizarse el poder coercitivo del Estado, sin embargo "si tiene la primera palabra y por lo general, no hay nada que agregar a lo que dice."²⁰⁸

Una concepción de derecho fundada en el principio interpretativo de integridad ayuda a establecer principios constitucionales sustantivos y no argumentos que se reducen a la práctica. La integridad motiva al juez a ser imaginativo y a ampliar sus expectativas en la búsqueda de coherencia con el principio fundamental.

²⁰⁸*Ibidem*, p. 160.

El principio adjudicativo de integridad exige a los juzgadores identificar las prerrogativas y las obligaciones jurídicas sobre la suposición de que fueron creados por una persona moral que expresa una adecuada concepción de justicia y equidad. El derecho como integridad reconoce como leyes aquellas de las cuales se desprenden principios de justicia, equidad y de debido proceso, a partir de la interpretación constructiva de la práctica jurídica. De esta forma, el derecho como integridad "es a la vez el producto y la inspiración para la interpretación comprensiva de la práctica legal."²⁰⁹

La integridad no exige coherencia en las distintas etapas de la historia legal de una comunidad, ni tampoco demanda al juzgador que comprenda una ley en desuso. Lo que si requiere es mantener una coherencia horizontal a lo largo de las normas legales vigentes. Además, considera que la ley no se agota en su contenido explícito sino también en el esquema de principios necesarios para justificarla. La historia legal es importante porque representa un esquema de principios que sirve para justificar tanto categorías legales como el contenido de decisiones.

El derecho como integridad inicia en el presente y continúa en el pasado. Su objetivo es justificar lo que el congreso dijo como una historia completa de tal forma que quede organizada y justificada con principios que puedan proporcionar un futuro digno. Reconstruir esta historia nos obliga interpretarla, para ello vale la pena guiarse de la interpretación constructiva, la cual adquiere su estructura de la idea de intención, dado que intenta imponer un propósito a lo que se interpreta. Para ejemplificar como la historia legal puede interpretarse de este modo, Dworkin cita el ejemplo de la interpretación en cadena de una obra literaria, el cual consiste en que a un grupo de escritores se les da un texto literario que deben completar con su imaginación siguiendo el hilo de la historia, la forma de proceder es entender el sentido que tiene la novela para continuarla de la mejor forma posible, para ello no deben de perder de vista la dimensión de concordancia de la historia.

²⁰⁹*Ibidem*, p. 165.

El escritor estará obligado a interpretar la historia de tal forma que no es libre de inventar una nueva, sino que tiene que apearse a la que se le pide que continúe y en su caso mejorarla.

El derecho puede verse desde la perspectiva de una interpretación en cadena a causa de que al aplicador de las leyes se le pide que resuelva con el material dado, su capacidad interpretativa, imaginativa y constructiva entra en juego cuando la legislación y los precedentes no son suficiente para resolver. El veredicto del juzgador, "debe provenir de una interpretación que se adapte y justifique lo que ha sucedido antes, hasta donde sea posible."²¹⁰ No obstante, en derecho como en literatura el rol de adaptar y justificar algo es complejo. En el derecho hay que hacer un equilibrio entre diversas convenciones políticas, lo cual resulta complicado.

Dworkin explica esa compleja estructura del derecho como integridad que "supone conocer todas las reglas, toda la historia del sistema y todas las decisiones en el sistema e incluir todo ello en un edificio teórico abarcador que de todo ello dé cuenta,"²¹¹ dicha tarea es un trabajo para el omnisciente Hércules que acepta el derecho como integridad. Por su puesto, las respuestas de los distintos problemas que se le han presentado a este personaje no "definen el derecho como integridad como una concepción general del derecho. Son las respuestas que consideró mejores."²¹²

La importancia del ideal de la integridad se manifiesta en la adjudicación en vista de que en los organismos jurisdiccionales se realiza la labor interpretativa de la ley, la cual debe de contemplar los principios normativos del derecho y en algunos casos estar fundados desde principios morales. La actividad de

²¹⁰*Ibidem*, p. 173.

²¹¹García Amado, Juan Antonio, *op. cit.*, (199).

²¹²Dworkin, Ronald, *op. cit.*, (185), p. 173.

adjudicación como la legislativa solo le compete al Estado, al cual le exigimos actúe sobre fundamentos de principios coherentes.

2.4 La practicidad del ideal de la integridad

El ideal del derecho como integridad encaja en la labor jurisdiccional de un Estado de Derecho, en vista de que los juzgadores tienen que incorporar o considerar los derechos humanos en sus fallos, gran parte de la fundamentación de estos derechos son razones éticas y morales. Los juzgadores deben estar preparados para argumentar la integridad de los derechos fundamentales como rectores en la aplicación y creación de la ley. Hay ocasiones en las que el derecho no es claro pero el deber de resolver de un juzgador con apego al derecho vigente si lo es. Por lo que la teoría de Dworkin, con pretensiones de una teoría omnicomprendensiva del derecho, auxilia la labor judicial por medio de los principios que subyacen a las prácticas jurídicas de los Estados Unidos de América y de Inglaterra. Los principios aluden a un orden de normas extrajurídicas que son necesarias de acatar por ser “un imperativo de justicia, honestidad, o de alguna otra dimensión de la moral.”²¹³

El juez Hércules, más allá de ser un juzgador imaginario con capacidades sobrehumanas, personifica algunas teorías normativas bajo las que descansa la actividad jurisdiccional. La labor jurisdiccional tiene que satisfacer las exigencias institucionales, la cual solo es posible realizarla con argumentos del derecho vigente y con los fundamentos o principios del derecho. El héroe mítico tiene una clara visión de los compromisos y fundamentos que se requieren no sólo para hacer de una decisión judicial algo coherente con el sistema político, sino también para que el acto judicial sea coherente con los actos del Estado.

²¹³Dworkin, Ronald (comp.), *La filosofía del derecho*, traducción de Javier Sáinz de los Terreros, 2da ed., México, FCE, 2014, p.118.

La estrategia que emplea Hércules para resolver los casos difíciles consiste en preguntar antes de dar respuestas, posteriormente se formula a través de la interpretación constructiva las posibles y distintas respuestas que pueda haber para el caso en concreto. A veces hay que indagar no solo en las reglas sino en los principios que están explícitos o implícitos en el derecho con la finalidad de justificar la totalidad del derecho de una comunidad. Un juez tiene la labor de reconocer y definir los derechos a partir de las normas, de los principios y de las directrices políticas de la comunidad política, asimismo tiene la tarea de armonizar y justificar estos elementos sin contradicciones. Para realizar esta labor, deberá construir un esquema de principios que ofrezcan una justificación coherente para el derecho vigente.

La interpretación constructiva acepta que el derecho no solo proviene de las decisiones políticas del pasado sino también de los principios políticos y morales que mejor la justifican. Hay principios de los cuales se derivan derechos no positivizados que son parte del sistema jurídico, aun cuando no estén previstos en los instrumentos legales. En este sentido, la interpretación tiene una carga moral que no se circunscribe a la ideología del juzgador sino a la necesidad de justificar moralmente la práctica jurídica. La integridad juega el papel de darle coherencia a los principios que justifican actos normativos y decisiones con su justificación.

La concepción de derecho como integridad implica que Hércules aplique la ley y los precedentes judiciales como parte de una voluntad única que constituye la comunidad política. Cabe resaltar que estos principios dan prioridad a los derechos individuales frente a los de la colectividad. El derecho como integridad requiere que el juzgador verifique que su interpretación sea coherente y justifique de alguna forma la estructura legal.

Hércules se enfrentará a una cuestión de moralidad política, sin embargo no perderá de vista que la historia política de la comunidad es mejor si los jueces muestran el camino que han de seguir otros jueces en el futuro guiados por la

integridad, además su voz personifica las convicciones morales de la comunidad. Por estas razones podrá realizar una interpretación intermedia entre lo que han decidido otros jueces y una nueva interpretación.

En general los juzgadores tienen diferentes ideas de equidad y por lo tanto diversas opiniones acerca de la resolución de conflictos entre la justicia y la equidad. Una mayoría de jueces piensan que el punto medio entre la opinión pública y las demandas de justicia abstracta se encuentra según el caso en concreto. Hay casos como los de derecho privado, en los que interpretar considerando la moralidad popular es mejor o superior que aquellos que no la toman en cuenta. Hay otros casos en los que la moralidad colectiva es débil para la interpretación de la ley, sobre todo en los asuntos que se discuten derechos fundamentales, dado que "el objetivo de la interpretación es en parte proteger a los individuos de lo que la mayoría considera correcto."²¹⁴

Dworkin, por medio de Hércules, muestra que para los casos difíciles en los que se alega y justifica con precedentes, es menester hacer un análisis de los precedentes y de los principios morales que los subyacen. Este estudio es equiparable a imaginar que comienza analizando un círculo, el de los precedentes existentes, posteriormente este círculo posee otros concéntricos por las interpretaciones más complejas que se realizan; y aparentemente se va alejando del caso original. Este procedimiento concede una especie de prioridad local, el cual Dworkin lo denomina departamento del derecho.

Dividir el derecho en departamentos es un legado de la tradición, favorece al convencionalismo y al pragmatismo, pero el derecho como integridad es crítico de esta práctica teniendo en cuenta que el principio adjudicativo de la integridad exige al juzgador hacer que ley sea lo más coherente posible. Este propósito se facilita y se logra si se ignoran los límites que se le han impuesto al derecho, para ello es necesario reformar e interpretar los límites de tal suerte que la coherencia

²¹⁴ Dworkin, Ronald, *op.cit.* (185), p. 180.

no quede delimitada a un departamento sino, de ser posible a todo el sistema jurídico.

La forma en que responde Hércules a los departamentos del derecho es indagando en una interpretación constructiva de la división. Busca una explicación de esta práctica desde su mejor perspectiva. Dividir el derecho por rubros confunde y hace que se mal interprete el derecho, baste como ejemplo que hay personas que consideran que el daño intencional es más reprochable que el causado por negligencia, o que el Estado tiene que tener razones que justifiquen el castigar a un delincuente y estas razones deben ser diferentes si declara a una persona al pago de una compensación por el daño que causo.

El objetivo de la división del derecho Hércules la acepta y expone su doctrina de prioridad local basándose en ella. Su teoría adquiere fuerza cuando investiga los límites de las divisiones del derecho que poseen principios morales aceptados. Los jueces que resuelven los casos difíciles aplicando el ideal del derecho como integridad tratan de hallar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y legal de una comunidad, basándose en un conjunto de principios coherentes sobre el derecho y deberes de las personas, sin perder de vista sus convicciones de concordancia y de justificación de moralidad política. Las decisiones judiciales expresan la opinión de quien juzga en relación a la equidad, a la justicia y a la forma de entender estos dos valores cuando rivalizan.

La labor del juzgador lo orilla a construir una concepción de derecho, en ocasiones inconscientemente, sobre la cual se basa para emitir un razonamiento o un fallo. La concepción que se forme deja de ser analítica y actúa sobre una base de instinto o de sentimiento. Pero no por ello no es posible analizar su método práctico sobre la concordancia y sus conocimientos sobre justicia y equidad. Los juzgadores que tienen opiniones políticas excéntricas seguro caerán en la conclusión de que en algunos casos la justicia y la equidad están en conflicto, aun así tendrán que decidir apelando a qué es lo mejor para la comunidad. Habrá

quien piense que la mejor manera de decidir es respetando las decisiones políticas de la mayoría, pero hay excepciones cuando peligran los derechos individuales constitucionales.

Las diversas dimensiones del trabajo de un juez son sensibles a su juicio político, sus convicciones acerca de la concordancia son políticas y no mecánicas. Su ideología habla por su compromiso con la integridad. La condición de la concordancia impone la restricción de un tipo de convicción política sobre la decisión, la cual tendrá que considerar como la mejor interpretación que beneficie a la comunidad. El método de la restricción, equiparable al ejemplo de la novela en cadena, implica el discernimiento de la estructura de los diversos principios en un sistema.

El juzgador debe de estructurar su decisión considerando los principios o métodos que se hayan seguido en el pasado, y estar preparado para dejarlos y cambiarlos por un análisis más sofisticado cuando lo requiera. Estos momentos son difíciles para un juez, en virtud de que a veces es difícil elaborar nuevos razonamientos jurídico-políticos, pero es absurdo creer que siempre tendrá a la mano las convicciones o razonamientos necesarios para resolver. Los casos difíciles lo orillarán a desarrollar su propia concepción de derecho y de moralidad política de tal forma que ambas nociones se apoyen mutuamente. También, es posible que enfrente problemas nuevos y desafiantes como una cuestión de principios. Deberá elegir una interpretación de entre varias competentes y la decisión que tome debe parecerle como la correcta en tanto una cuestión de principio político, y no la más atractiva en el momento para el caso inmediato.

El razonamiento jurídico y moral de Hércules, aunado a ello la forma de entender el derecho como integridad, son argumentos no conceptuales en los que Dworkin quizá trata de explicar que Hércules razona y argumenta sin separar la razón jurídica de la razón práctica y moral. Posiblemente lo que describe Dworkin por medio de ejemplos sea equiparable a las dos propiedades esenciales del

derecho en la teoría del derecho Alexy: la coerción y la corrección. “La primera se refiere al elemento central de la eficacia social del derecho; la segunda expresa su dimensión ideal o crítica.”²¹⁵ La pretensión de corrección del derecho se evidencia con los objetivos de las normas jurídicas y de los fallos judiciales, “la necesidad de la pretensión de corrección resulta de la estructura de los actos jurídicos y del razonamiento jurídico. Tiene un carácter deontológico.”²¹⁶

El argumento de la corrección es comparable a la labor que tiene que hacer Hércules al tratar de interpretar y hallar la mejor solución posible para el caso en concreto. El ejercicio jurisdiccional visto desde el derecho como integridad pareciera una exageración e inclusive una labor innecesaria teniendo en cuenta que no todo el derecho tiene una justificación moral, no obstante, por lo menos en los casos difíciles el razonamiento jurídico necesariamente va acompañado de un razonamiento moral.

La relación entre derecho y moral se integra cuando en el debate jurídico se requiere dar un sentido a la norma que demanda coherencia entre la realidad social y la validez de la regla. Dworkin ejemplifica como razona Hércules por medio de casos que en los que falló la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Cámara de los Lores, tales como el caso *snail darter*, el caso McLoughlin, el caso Brown vs el Consejo de Educación. En cada uno de estos casos Hércules razona interpretando el derecho sea de forma igualitaria, económica o política sobre la base del derecho como integridad. Para ilustrar con la misma claridad como razona un juez que adopta el derecho como integridad se plantearán a continuación cada una de estas formas de interpretación y a lo que Dworkin aspira que es a unificar la teoría del derecho y su práctica como una filosofía y práctica de la adjudicación en un Estado Democrático de Derecho.

²¹⁵Alexy, Robert, *op. cit.*, (69), p. 44.

²¹⁶*Ibidem*, p. 46

2.4.1 Interpretación económica

El derecho visto desde la perspectiva económica es un asunto que compete tanto a los legisladores como a los aplicadores de la ley. Un fallo judicial de los tribunales tiene consecuencias económicas en el plano social e institucional. La labor interpretativa del juzgador Hércules en el caso McLoughin describe como se reconstruye una interpretación del pasado que involucra cuestiones morales y económicas y se resuelve por medio de un principio.

El caso McLoughin lo conocieron los tribunales ingleses durante los años 80's, este asunto planteó la compensación de daño moral causada por los siguientes hechos; la señora McLoughin se enteró por medio de su vecino que su esposo y sus cuatro hijos habían sufrido un fatal accidente automovilístico, se desplazó hacia el lugar donde estaban hospitalizados, al llegar ahí se enteró que su hija había fallecido y el estado que guardaba su demás familia era delicado. La Sra. McLoughin se desvaneció por un colapso nervioso, posteriormente inicio un proceso legal en compensación por daños emocionales, en contra del conductor cuya negligencia causo el accidente. El abogado de la Sra. McLoughin citó varios precedentes que fallaron a favor de las personas que habían sufrido el colapso emocional, sin embargo, en todos los casos que citó las personas habían sufrido el colapso emoción en el lugar del accidente. El juez procesal que conoció el asunto lo denegó con el argumento de que eran improcedentes los precedentes. Apeló el fallo ante el Tribunal de Apelación, el cual nuevamente lo volvió a denegar con una razón política, pues afirmó que si aceptaba resolver entonces luego les lloverían asuntos que demandarían compensación de daños emociones que sucedieron fuera de la escena de los accidentes, además sostuvo que era asunto del legislador ampliar el alcance de la responsabilidad. La Sra. McLoughin de nuevo apeló la decisión ante la Cámara de los Lores, la cual revocó el fallo del Tribunal y ordenó un nuevo juicio, bajo el razonamiento de que los precedentes sólo se consideran distinguibles si los principios morales que contienen no se aplican de la misma forma. Para la Cámara de los Lores el daño emocional que

sufre una madre varias horas después del accidente es de alguna forma igual a quien lo sufre en la escena del accidente.

El caso de la Sra. McLoughlin engloba dilemas de derechos morales y económicos. Hércules elabora síes escenarios de los cuales partir, previo análisis de los precedentes aplicables hasta ese momento. Hércules analiza cada dilema para comenzar su análisis, cada opinión figura en la literatura legal. Cada punto plantea una forma de interpretación y, posteriormente justifica una fuerza de un juicio post-interpretativo porque asigna un nuevo sentido a la comprensión y aplicación de las decisiones del pasado. La integridad en el derecho no reclama que la legislación deba ser aplicable para todos en cualquier tiempo, es decir, no supone que las actuales reglas de compensación por daños emocionales deban ser aplicadas para el futuro, porque puede haber otros objetivos que alcanzar. Por estas razones realiza una interpretación intermedia entre lo que han decidido otros jueces y una nueva interpretación para adecuar el sentido.

La condición de la concordancia impone la restricción de un tipo de convicción política sobre la decisión, la cual tendrá que considerar como la mejor interpretación que beneficie a la comunidad. El método de la restricción, equiparable al ejemplo de la novela en cadena, implica el discernimiento de la estructura de los diversos principios en un sistema. Si el juez redacta reglas no reconocidas debe apegarse al derecho consuetudinario, sobre fundamentos de principio políticos y morales.

La Cámara de los Lores falló a favor de McLoughlin argumentó que el shock nervioso sufrido por McLoughlin era razonablemente previsible, el daño moral causado era equiparable al que contenían los precedentes citados, y además se basó en el principio de que un fabricante debe responder por los daños que produzcan las piezas defectuosas. Hércules también resolvió a favor de la Sra. McLoughlin, comenzó con una lista de interpretaciones que concuerdan con los casos de daños morales del pasado, siguió con un análisis que corresponde

con los casos de daños accidentales en general, posteriormente analizó cuales concuerdan con los daños económicos. Para su análisis Hércules se basó gran parte en una interpretación económica del derecho por daños no intencionales, que está detrás del principio de prudencia razonable.

El argumento de la interpretación económica en el derecho por daños no intencionales versa sobre el principio económico de que las personas tienen que actuar de la forma más económica desde el punto de vista financiero para la comunidad. Verbigracia, una persona que contrata un seguro de accidentes contra terceros evita quedarse en la quiebra y garantizar el pago de la reparación de daño, el costo del seguro es económico en comparación a la reparación del daño. La teoría económica sostiene que la mejor interpretación en casos de accidente la proporciona el principio económico. Una forma de estudiar este principio es cuestionándose quién o quiénes deberían pagar los daños por un accidente.

El bienestar de una comunidad para la teoría económica representa el valor de todos sus bienes y servicios, el valor de algo está en función de la cantidad máxima en dinero que una persona estaría dispuesta y podría pagar por ello. El precio de un objeto o servicio está determinado por el mercado, si no se encuentra en el mercado entonces el valor lo definen las personas, pues son ellas las que estarían dispuestas y podrían pagarlo. De ahí que, las transacciones comerciales mejoran el bienestar de una comunidad. Un gobierno que acepta el principio económico y la definición de bienestar de la comunidad tendría que establecer preceptos de ley que fijarán la responsabilidad por accidente.

Una persona está obligada a pagarle a otra una compensación en virtud de los daños que le infringió, aun cuando los daños se originaron de una actividad legal. La decisión de compensar a una persona que ha sufrido un menoscabo se justifica si se piensa que la persona que infringe un perjuicio sobre otra pudo haber actuado de otra manera. Lo cual muestra que una decisión se puede justificar si se despliega un esquema de responsabilidad moral de una comunidad con la cual se

pueda juzgar. El deber de incrementar el bienestar en una sociedad, no solo atañe al funcionario público, también involucra a las personas, esto significa que estas deben actuar de una forma moral o correcta para maximizar el bienestar, un bienestar que no se reduce a la definición de la teoría económica en vista de que el bienestar de una comunidad no sólo se mide en su riqueza general porque es como afirmar absurdamente que una comunidad rica es necesariamente mejor.

La interpretación económica cumple con el requisito de la concordancia, pues este tipo de interpretación se adapta a lo que la ley de accidentes contempla. Además analiza los resultados de una decisión en función de los costos bajos o nulos, quien interpreta debe ser sensible al equilibrio de los factores económicos con la finalidad de producir un mayor bienestar para la comunidad. Esta interpretación se rige por el principio económico de que las personas tienen que actuar de la forma más económica desde el punto de vista financiero para la comunidad. El nuevo precedente que finco la obligación de reparar el daño moral a personas que sufren un menoscabo a su persona fuera de la escena del accidente, modifico las decisiones judiciales del pasado para ser considerada como una interpretación idónea.

La interpretación económica del derecho busca una solución que se adhiera a una interpretación justa. Aunado a esta forma de interpretar encontramos la interpretación igualitaria. Esta forma de interpretar es sumamente relevante en vista de que un gobierno legítimo se adhiere a dos principios imperantes. El primer principio contempla que el gobierno "debe mostrar igual consideración por el destino de todas y cada una de las personas sobre las que reclama jurisdicción."²¹⁷ El segundo principio sostiene que el gobierno "debe respetar plenamente la responsabilidad y el derecho de cada persona a decidir por sí misma cómo hacer de su vida algo valioso."²¹⁸ Estos principios circunscriben el límite de las teorías aceptadas de la justicia distributiva, dichas teorías establecen

²¹⁷Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, traducción de Horacio Pons, México, FCE, 2014, p. 16.

²¹⁸*Idem*.

los recursos y oportunidades que un gobierno debe implementar en beneficio de sus gobernados.

El primer principio de un gobierno legítimo se refiere a la igualdad de consideración y de trato de los gobernados. En la obra del *Imperio de la justicia* la igualdad figura como un modo interpretativo, no obstante en la evolución de la teoría de Dworkin, este modo se torna en un principio fundamental del derecho como integridad. En la obra *La virtud soberana* Dworkin aborda la igualdad seriamente como una teoría del derecho que contempla las normas jurídicas y los principios; y desarrolla la teoría y práctica de la igualdad a la luz de una teoría de la justicia para las democracias contemporáneas. En el siguiente apartado me limitare a describir la interpretación igualitaria que Dworkin planteo en *Law's empire*.

2.4.2 Interpretación igualitaria

La interpretación igualitaria depende de la estrecha relación con las virtudes políticas y morales de una comunidad política. La integridad política y judicial demanda este principio en la construcción de un sistema justo y equitativo. En *Law's empire* Dworkin concibe la interpretación igualitaria como una vía cuando no hay ningún ordenamiento jurídico u artículo legal aplicable al caso concreto, específicamente se aplica cuando un derecho abstracto se contrapone a otro derecho abstracto. Para ilustrar esta idea piénsese en una persona que tiene el derecho de tener una escuela de música mientras que su vecino de tener un centro de meditación.

Concretamente, los derechos *prima facie* o abstractos pueden estar en conflicto con el mismo derecho de otra persona, el ejercicio de un derecho puede invadir o restringir el mismo derecho del otro, por lo que surge la disyuntiva de quién tiene el derecho de hacer lo que desea. Hay que decidir los derechos abstractos de dos o más personas respetando los intereses de las personas como

si fueran los propios. De ahí que cada individuo tenga la responsabilidad de guiar su vida como le plazca pero sin ignorar el derecho y la libertad del otro.

La interpretación igualitaria requiere que se tenga presente el sistema y teoría de la propiedad y de distribución de riqueza y de oportunidades que contemplan explícita o implícitamente los instrumentos jurídicos. Las teorías o concepciones de igualdad deben dar respuesta a la pregunta de cuál es el sistema de propiedad que cumple con la responsabilidad abstracta de los dos principios mencionados: "el de igual consideración por el destino de cada uno y de todos y el del pleno respeto de su responsabilidad."²¹⁹

En la tradición del liberalismo la igualdad supone que las personas tienen derechos naturales "sobre cualquier bien que hayan adquirido en ciertas formas canónicas y que el gobierno trata a todos como iguales cuando protege la posesión y el uso de dichos bienes."²²⁰ Las concepciones de igualdad fundadas en el bienestar rechazan el derecho natural a la propiedad, pues consideran que el gobierno es el responsable de la producción, distribución y regularización de la propiedad, pues su fin es procurar felicidad o bienestar a las personas.

Dworkin es partidario de la concepción de igualdad de recursos o material, la cual contempla que el gobierno debe distribuir sus bienes de la misma forma y cantidad entre sus ciudadanos, y estos son libres de consumir o invertir. También acepta "que las diferencias de talento son diferencias de recursos y por esa razón busca compensar de alguna manera al menos talentoso más allá del beneficio que le otorgue el mercado."²²¹ Si los ciudadanos poseen los mismos recursos o riquezas se mantiene la igualdad por medio de las operaciones mercantiles que realizan entre ellas, pese a que allá personas más ricas que otras. Un gobierno sabio y con gran capacidad podría construir un esquema de propiedad y de

²¹⁹Dworkin, Ronald, *op. cit.* (217), p. 16.

²²⁰Dworkin, Ronald, *op. cit.* (185), p. 212.

²²¹*Idem.*

distribución donde las personas puedan constituir sus riquezas por si mismas e incrementar al máximo las utilidades.

El esquema de propiedad que utiliza el gobierno para regular la conducta humana, exige que trate a todos como iguales, pero de este esquema, no se sigue que las personas se traten entre ellas como iguales, lo cual apunta a dos tipos de responsabilidad: la pública y la privada. La responsabilidad pública y privada en relación a la propiedad fija determinadas obligaciones para cada ciudadano en dos tipos de ocasiones. La responsabilidad pública es cuando los ciudadanos eligen la forma en que utilizan lo que el esquema público de propiedad contempla para ellos. La responsabilidad privada se refiere a lo que deben decidir las personas con relación a lo que este esquema les ha asignado, sea porque las reglas son ambiguas, incompletas o porque los derechos abstractos que contempla el esquema se contraponen de alguna forma. La actitud del ciudadano debe ser igualitaria.

Las personas tienen un deber en la política, el cual no perdura en la dimensión de la vida privada. Dworkin elabora una noción de deber público que no es excluyente de estos dos tipos de responsabilidad. Este argumento es importante no sólo para la interpretación de las prácticas morales y políticas de una comunidad, sino porque explica la razón por la cual las personas sienten el deber de tratar a las demás con igual interés en circunstancias de daño, negligencia o cuando los derechos legales abstractos se contraponen. El argumento del pensador norteamericano nos deja ver otra opción que descansa sobre una base igualitaria, pues el hecho de que una persona se abstenga de realizar un acto que le costaría más a su vecino que a ella misma, refleja que considera el bienestar de su vecino frente a sus intereses, esto nos sugiere que la persona está actuando sobre una base igualitaria.

El gobierno al tener la obligación de tratar a todos como iguales tiene que aplicar una concepción y métodos interpretativos que vigilen ese deber. El

fundamento de una interpretación igualitaria versa sobre un esquema de propiedad que trata a todas las personas como iguales. La concepción de igualdad de recursos, de acuerdo con Dworkin, es el mejor criterio para definir la igualdad y aterrizarlo en lo fáctico.

La noción de igualdad de recursos "es superior a la concepción liberal; se adapta a nuestras prácticas morales y legales de la misma manera y es mejor en la teoría legal abstracta."²²² Si se acepta la noción de igualdad de recursos para interpretar el esquema de propiedad del gobierno, entonces se adopta una perspectiva donde las elecciones de las responsabilidades privadas simulan mercados, especialmente cuando contienden los derechos legales abstractos. Este argumento no es deductivo, pues hay que elegir qué elecciones se adaptan a la concepción de acuerdo al caso en concreto.

El argumento popular acerca de cómo se entiende la igualdad lo representa el utilitarismo, este se basa principalmente en la idea de que una persona tiene el deber de actuar considerando los intereses de los demás tan importantes como los suyos, si este deber se realiza entonces la comunidad se enriquece. Dworkin considera que esta tesis es dudosa e inverosímil pues la mayoría de las personas no considera el deber de actuar contemplando los intereses de los otros. No obstante, el gobierno o la comunidad política personificada si tiene este deber, y es aquí donde es posible encontrar una explicación a porque las personas también tienen ese deber.

El argumento igualitario, en comparación con el argumento utilitarista, provee un esquema de responsabilidad que es atractivo y reconoce "la dinámica interacción entre el derecho, la virtud pública y la responsabilidad privada, que es una de las características más interesantes de una comunidad de principio."²²³ Cabe citar otro argumento que ofrece el utilitarismo, y sirve para reforzar el de

²²²*Ibidem*, p. 215.

²²³*Ibidem*, p. 220.

Dworkin; el esquema de responsabilidad en forma institucional. Este razonamiento proporciona un ideal que está por encima de la adjudicación y de la legislatura. En este sentido, la legislatura de una comunidad tiene la obligación de mejorar la distribución de la riqueza que la ley contempla, pues posee responsabilidades, medios y estrategias que los particulares no conocen.

El argumento de la interpretación igualitaria contempla los diferentes derechos y obligaciones que poseen tanto los particulares como el gobierno. Este último posee una responsabilidad que las personas no tienen, la cual consiste en que el gobierno analiza y modifica las reglas que regulan el esquema de propiedad, para tratar a las personas como iguales bajo la mejor noción. El gobierno debe de tratar los derechos legales o los que establezca en relación a la propiedad, a la distribución de la riqueza e incluso las leyes de negligencia y perjuicios, como cuestiones de principios y de política, dado que recomienda un objetivo colectivo y no individualizado, sin perder de vista los derechos individuales. Los ciudadanos deben de considerar los conflictos de los derechos abstractos "como cuestiones de principios acerca de los derechos concretos que posee cada una de las partes."²²⁴

Las políticas públicas referentes al esquema de propiedad y la responsabilidad gubernamental están encaminadas a tratar a todas las personas como iguales en cualquiera de sus decisiones. De esta obligación del gobierno surge "la actitud permisiva que asumimos como individuos, la actitud que nos permite favorecernos a nosotros mismos y a aquellos seres cercanos a nosotros en el uso que hagamos de la propiedad que ese esquema nos asigna."²²⁵

Los planes de una persona se interponen con los de otra persona, por lo que es necesario que una persona realice una reflexión acerca de cuan interesada esta en modificar sus planes para considerar los intereses de la otra persona, y

²²⁴*Ibidem.*

²²⁵*Ibidem*, p. 211.

hasta considerar la responsabilidad por cualquier daño que pueda provocarle. Desde una perspectiva intuitiva esto solo contempla los costos relativos que la decisión podría implicar. La teoría de la responsabilidad privada explica la razón de porque se considera el costo relativo en decisiones morales; hay que actuar como si los derechos abstractos no fueran distribuidos entre la comunidad, por lo tanto se debe actuar de la mejor forma posible, en la manera en que recomienda la igualdad de recursos. Si fuera el caso de que las personas llegaran a un acuerdo, por ejemplo de cuándo puede tocar la trompeta una persona para no molestar a su vecino que quiere estudiar, la igualdad estaría protegida. Pero en la práctica estos acuerdos no se consumen, por lo que las personas deben buscar formas que reduzcan la desigualdad de la distribución, una forma es comparar los costos financieros, esto en razón de que el dinero representa algo abstracto, y es un indicador que da pista de quien pierde más en cada decisión que tome.

El problema es que hay situaciones o decisiones en el que las pérdidas no son obvias o inmediatamente financieras. En estos casos una persona puede cuestionarse si los daños causados a sus planes son más grandes que los que podría causarle a la otra persona, de esta forma, "parece sensato medir el daño potencial en la forma en que sugiere la simulación de mercado:"²²⁶ Preguntar si la persona que quiere estudiar en paz pagaría más de lo que pagaría la persona que quiere tocar la trompeta, es una forma reduccionista al valor en dinero y es un medio insensible, pero es una manera razonable de descubrir la importancia relativa de dos actividades. Aunado a ello se puede considerar el número de personas posibles que se puedan afectar, pues después de todo la igualdad de recursos es válida tanto en lo individual como para la comunidad.

Con todo lo anterior se deducen los principios generales de una teoría parcial de la responsabilidad personal. Misma que no se aplica, por lo menos de forma simple, "en cada ocasión donde los usos de la propiedad privada estén en

²²⁶*Ibidem*, p. 216.

conflicto en formas no sujetas a explícitas decisiones del pasado."²²⁷ Asimismo, esta teoría no se aplica cuando la distribución de la riqueza es desigual dado que no es adecuado hacer un análisis comparativo de daño financiero entre una comunidad cuya riqueza no es equitativa. También, hay otros casos donde no se aplica el modelo de simulación del mercado porque al aplicar esta prueba se incurre en un método injusto que adjudica derechos, por ejemplo, la vida de un individuo depende de un gas cuyo olor es muy fuerte y penetrante, y un conjunto de personas pagarían una suma grande de dinero para que el gas se desconecte, la cantidad supera por mucho la cantidad de dinero que posee la familia de la persona enferma. En general, la prueba de la simulación del mercado tiene que ser verificada en diversas formas.

Una legislatura puede desarrollar esquemas de regularización que sean necesarios en diferentes partes de su nación, siempre y cuando sus decisiones no sean arbitrarias o discriminatorias de derechos fundamentales, por ejemplo puede permitir que en ciertas partes del territorio se construyan centrales energéticas dado que no hay poblaciones urbanas que puedan ser afectadas, o pueden promulgar leyes para regular los sonidos y no afectar a terceros. Una vez que la legislatura emana leyes, las personas tienen derecho a lo que estas contemplan, "y bajo el derecho como integridad, estos derechos no sólo se extienden a las distribuciones explícitas sino a la extensión basada en principios en casos no decididos en forma expresa."²²⁸

En el caso de que las personas se encuentren en una situación donde sus derechos legales abstractos están en conflicto con los de otros particulares, los juzgadores "deben adjudicar estos conflictos reimplantando el principio básico del esquema que debe respetar, que es el principio de que debe tratarlos como iguales."²²⁹ El recurso de la interpretación de igualdad se adecua a este propósito.

²²⁷ *Ibidem*, p. 217.

²²⁸ *Ibidem*, p. 221.

²²⁹ *Idem*.

No obstante este proceso no es adecuado cuando existen ciertas leyes reguladoras, "porque los derechos que poseen las personas bajo tales estatutos dependen demasiado de esas políticas especiales como para autorizar una modificación directa a la concepción de igualdad."²³⁰ En este caso la responsabilidad de los ciudadanos depende de otros factores, como de la interpretación de la ley a partir de lo que la legislatura contempla, lo cual es el tema del siguiente apartado.

Antes de abordar la interpretación de la norma jurídica es menester concluir mencionando que la interpretación de la igualdad que desarrolla Dworkin en *Law's empire* apunta a que la distribución de la riqueza es resultado del sistema legal, y que por lo tanto el trabajo de adjudicación debe considerar el sentido, la finalidad o el objetivo que tiene la distribución actual y si es necesario modificarlo con nuevas interpretaciones, fines y objetivos estas deben basarse en la igualdad de recursos. El trabajo del legislador de igual manera debe crear o modificar las leyes con la concepción de igualdad que subyace en el cuerpo político unificado del que forma parte y el cual personifica al tomar decisiones y ser su voz.

2.4.3 Interpretación de un ordenamiento jurídico.

Hay ocasiones en las que el texto de una ley es claro y a primera vista no resulta complicada su aplicación a lo fáctico, no obstante, suele ocurrir que su aplicación apareja algunos problemas, por lo que es necesario interpretar la intención del ordenamiento jurídico expedido por una legislatura.²³¹ Para ejemplificar como la literalidad de la norma jurídica aplicada a lo factico causa dilemas me basare en el siguiente caso que Dworkin plantea.

²³⁰*Ibidem*, p. 222.

²³¹Dworkin hace alusión al concepto jurídico de *statute* o estatuto. No se hace alusión a este término dado que en el lenguaje jurídico mexicano un estatuto se refiere a un conjunto de normas legales por las que se regula las asociaciones civiles y mercantiles.

Durante la década de los setenta Estados Unidos de América vivió como nación una preocupación por la conservación natural, en 1973 el congreso norteamericano promulgo el Acta de las Especies Protegidas, ésta faculta al secretario del interior para elegir las especies que dentro de su hábitat se encuentren en peligro por la destrucción de su ambiente endémico, y por tanto necesario para su supervivencia. Posteriormente el secretario giró una orden a todos los departamentos gubernamentales para que se cumpliera el propósito del acta, para ello señaló que cualquier acción realizada por el gobierno; autorizada, solventada o en construcción no debe poner en peligro las especies que contempla el acta.

En el estado de Tennessee unos conservacionistas se oponían a la construcción de un proyecto de energía hidráulica que realizaba la compañía Tennessee Valley Authority (TVA) financiada por el Estado. Los conservacionistas estaban en contra del proyecto dado que alteraba la geografía del lugar, pues sus ríos se estaban convirtiendo en pequeños caudales en forma de presas. Un día este grupo de personas descubrió que uno de los diques, cuyo costo superaba los cien millones de dólares, faltando poco para concluirlo, ponía en peligro de extinción a la especie de parca *snail darter* al dañar su único hábitat. Con esta razón persuadieron al secretario del interior para que declarará el *snail darter* como una especie protegida, lo cual los beneficiaría dado que se detendría la obra y no podría usarse.

El secretario emitió la orden pero la autoridad estatal la reprochó con el argumento de que el acta no debe de interpretarse para las obras casi finalizadas, el sentido de las palabras autorizadas, solventado o en construcción se refieren a proyectos que inician y no a los que están a punto de concluir. El gobierno de Tennessee fundamento y citó algunos actos del congreso que expresaban que el dique tenía que finalizarse, después de que el secretario declaró a la especie protegida. El congreso había designados fondos para concluir el proyecto, aún después de la declaración del secretario. Algunos comités del gobierno

expresamente manifestaron que no estaban de acuerdo con la declaración del secretario.

El caso llegó a la Corte Suprema y detuvo la construcción. Posteriormente el congreso promulgo un procedimiento relativo a la exención del acta. El presidente de la Corte Warren Burger consideraba que si el texto es claro, entonces la corte tiene que aplicarlo, no es razón que se deje de aplicar si se piensa que sus resultados son tontos o absurdos. Burger consideraba la intención del congreso dentro de su contexto para la promulgación del acta. Las discusiones legislativas que se llevaron a cabo antes de la aprobación del acta, expresaban el deseo de proteger a las especies en peligro, sin importar el costo. Pero los posteriores informes que rindieron los comités del congreso, dejaban en claro que no quería salvar a la especie *snail darter* en virtud de que querían terminar el dique. Las personas que integraban los comités del congreso en favor del dique no eran las mismas que habían aprobado el acta.

El juez Lewis Powell consideraba que no es competente la jurisdicción de la Corte para modificar la política del poder legislativo. Pero la Corte tiene que hacer una interpretación sobre el caso, la cual debe de ser permisible, con sentido común y procurando bienestar público. Este juzgador basó su opinión en un modelo de interpretación que consideró las intenciones de la legislatura detrás del texto. Un modelo que discrepa con el que empleo el juzgador Burger, pues él hizo énfasis en que el significado del texto fuera del contexto del acta es claro y por lo tanto hay que hacerlo valer, a menos que se demuestre que la intención del congreso era otra.

Tanto Burger como Powell no discrepaban de algún hecho histórico o de fidelidad, ni del estado mental de los congresistas que aprobaron el acta. Ambos consideraban que los congresistas no se imaginaron que el acta tendría efectos sobre una costosa obra a punto de finalizar. Asimismo, los dos reconocían que la Corte debía aplicar la ley. El único punto donde discrepaban era en sus posturas

de si se debía considerar en la historia legislativa el hecho de que el congreso, posterior a la publicación del Acta, en las que trató de explicar en las declaraciones que emitió que la represa AVT tenía que concluirse.

Este es el caso *snail darter*, y muestra la ineludible tarea de la interpretación jurídica en un texto claro. Al igual que el caso McLoughin, pasará por la jurisdicción de Hércules, quien lo analiza desde la perspectiva del derecho como integridad.

Hércules es crítico de la teoría predominante en la interpretación legal que consiste en interpretar las intenciones como estados mentales de los legisladores que aprueban un acta, Dworkin la denomina la teoría del "significado del orador"²³². Esta teoría considera que legislatura realiza actos de comunicación, como los que se dan entre una audiencia y un orador; a saber, la ley la aplica y la explica el juzgador. Un juez apegado a esta teoría revisa las diversas declaraciones que integran la historia legislativa como actos políticos para descubrir que estado mental trataban de comunicar los congresistas por medio de su voto.

La teoría del significado del orador implica la dificultad de descubrir las intenciones de personas extrañas en el pasado, no discierne las intenciones que se deben de tomar en cuenta para interpretar una ley, es incierto cuando se debe interpretar a partir de la intención de la mayoría o en la intención representativa, la primera se refiere al grupo mayoritario del congreso, si es que lo hay. La segunda hace alusión a lo que la mayoría de personas expresa por medio de su representante.

El texto legislativo sancionado en el pasado con el trascurso del tiempo tiene un significado que discrepa con las circunstancias actuales. En estas situaciones al juzgador debe "elegir entre la mano muerta, pero legitima, del

²³²*Ibidem*, p. 224.

pasado y el encanto ilícito del progreso."²³³ A la teoría del significado del orador se le escapa este problema, de hecho no podría proporcionar una respuesta adecuada en virtud de que la interpretación se limita al momento de la creación, publicación y contenido de la ley.

Un reto que tiene esta teoría es combinar las diversas opiniones individuales para crear una intención legislativa. El reto se supera al recurrir a "los antecedentes de la legislatura en sí, preguntándose qué sistema coherente de convicciones políticas justificaría mejor lo hecho por la legislatura."²³⁴ Es decir, interpretar las intenciones de una legislatura por medio de sus diversos actos instituciones es la metodología que se necesita para discernir la respuesta al problema de la interpretación de la ley. Es un error considerar las intenciones individuales que hay detrás de una ley. La creencia de que para encontrar la intención de una ley hay que remitirse a la intención de los legisladores es una falacia, pues en realidad se tiene que remitir a los actos de la legislatura. Esta idea es la misma que contiene el principio de integridad adjudicativo.

Hércules comprende el propósito de una ley, no en función de la intención de quien la votó, sino en los sucesos políticos que hicieron posible la promulgación de la ley. Considera las declaraciones emitidas por los legisladores durante el proceso de aprobación y sanción como hechos políticos importantes. De esta forma la historia que interpreta inicia desde antes de la sanción de la ley y termina con lo que ahora debe declarar.

Para el derecho como integridad, la posición del legislador no es la de un orador ordinario, por el contexto en el que se desenvuelve no es dueño de sus propias palabras, de hecho su posición es intermedia entre el hablante y el oyente. Debe de ser precavido con las palabras que podrían prestarse a la interpretación e

²³³ *Ibidem*, p. 246.

²³⁴ *Ibidem*, p. 237.

irrumpan el significado de lo que quiere dar a entender. Debe decidir si ese mensaje que ha elaborado es el que quiere enviar.

El método empleado por Hércules proporciona una mejor interpretación de la ley que el método del significado del orador, en vista de que la teoría del significado del orador busca encontrar una intención mental, al contrario de la teoría de Dworkin, la cual encuentra la intención del congreso basándose en las cuestiones de moralidad política, de esta forma esta teoría nos acerca al objetivo que hace cumplir "las convicciones políticas más abstractas y generales a partir de las cuales actúan los legisladores en lugar de las expectativas u opiniones políticas más detalladas que tienen en mente al votar."²³⁵

Hércules interpreta la ley de tal forma que sea la mejor posible para justificar los actos del proceso legislativo. Así este juzgador resuelve el caso del *snail darter*, partiendo de la reconstrucción de los antecedentes de una legislatura de tal forma que su descripción justifique su historia y no únicamente su conclusión. Su ejercicio hermenéutico se apega a sus creencias de justicia y de políticas de conservación, además, considera sus convicciones sobre la equidad política, el debido proceso y la integridad ya que estos se aplican en una comunidad cuyo congreso es electo democráticamente.

La integridad le exige a Hércules construir para cada ley en vigor una justificación que la adapte, y si es posible sea coherente con las demás legislación positiva. Para ello debe describir la combinación de principios y políticas que mejor se adaptan a lo que quiere decir la ley. La tarea de Hércules es justificar una ley y considerar las razones políticas y de principio, pues la justificación del Acta de las especies en peligro tiene que hacer referencia a una política de protección de las especies en peligro. Si una interpretación no hace alusión a esa política no se puede justificar lo que estipula el acta, ni mucho menos se podría explicar el propio nombre del ordenamiento.

²³⁵*Ibidem*, p. 225.

El peso de un argumento político debe de considerarse dentro de las dimensiones del texto legislativo, esto con la finalidad de justificarlo y darle un mayor peso a la "principal política sobre la conservación de especies para poder justificar el resto del estatuto."²³⁶ Puede darse el caso de que el texto legislativo tenga excepción, por ejemplo, alude al poder del secretario, y no especifica nada en relación a la interrupción de obras, de ello se sigue considerar con menor importancia la política de conservación, y darle un mayor peso al razonamiento de derroches de fondos públicos. Ahora bien, si la ley señala la importancia de la política de conservación y en forma expresa reconoce principios para la promoción de la conservación o la suspensión de proyectos, entonces se sigue del texto que el secretario no tiene que considerar las consecuencias de detener el proyecto de la AVT.

La interpretación que realice el héroe mítico tiene que respetar la equidad política, pues aunque él sea partidario de la conservación y preservación de la perca a costa de dismantelar la obra de la AVT, tendrá que considerar la posición del congreso. No hay que perder de vista que los legisladores abogan por las convicciones de la sociedad. Hércules tendrá que buscar una situación que sea favorable para todos. En este caso el juzgador decide ser sensible a la opinión pública, a las creencias objetivas de los legisladores que debatieron el acta.

Las declaraciones de los congresistas "suelen ser una buena evidencia de la opinión pública en toda la comunidad."²³⁷ En virtud de que los políticos y las personas que los votaron tienen las mismas convicciones, en este sentido los políticos "son típicamente hábiles para juzgar las convicciones de sus constituyentes y elegir sus declaraciones públicas para reflexionarlas."²³⁸ Consecuentemente, si los debates del acta de las especies en peligro manifiestan

²³⁶ *Ibidem*, p. 240.

²³⁷ *Ibidem*, p. 241.

²³⁸ *Idem*.

la importancia de la conservación aun en especies menores, evidencia de alguna forma que la opinión pública comparte el mismo sentimiento.

Hércules estudia los debates y propósitos legislativos que acontecieron antes de la promulgación del Acta pues estos son actos del Estado personificado. Son decisiones políticas, que al igual que la integridad, exigen que el Estado actúe sobre una base de principios. El papel de Hércules es hacer de la historia legislativa la mejor posible, y para ello tiene que ser coherente respecto a lo que dice y hace el Estado.

Dos congresistas al debatir un proyecto de ley "están discutiendo sobre el acto del Estado, y no ellos actuando por él."²³⁹ La discusión legislativa es un proceso en el que intervienen personas que conforman comités y directivos que no tienen el carácter de legisladores. En el derecho norteamericano a veces estos otros razonamientos son considerados como especiales cuando se discute su fuerza en la interpretación judicial. Contrariamente a esta práctica, el derecho inglés "insiste en que las declaraciones hechas por el parlamento no deben ser utilizadas como guías en la interpretación del estatuto."²⁴⁰ Sin embargo, hay una excepción para esta regla del derecho inglés; cuando se justifica que los debates establecen "algún rol especial de la historia legislativa, un nivel intermedio entre las observaciones informales de los legisladores"²⁴¹ y el texto de la ley.

Hércules reconoce que una legislatura tiene mejor popularidad cuando el Estado no engaña a la ciudadanía, de ahí que prefiera interpretar los actos legislativos igualándolos a los propósitos legislativos, especialmente cuando los ciudadanos toman sus decisiones considerando lo que declaró el parlamento.

²³⁹ *Ibidem*, p. 242.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 243.

²⁴¹ *Idem*.

Hércules considera la historia legislativa del Acta de las especies, no deja de lado las diversas declaraciones del congreso que trataban de justificar los trabajos de la AVT, puesto que "son parte del registro público, futuras decisiones políticas sobre la importancia relativa de los diferentes intereses en juego."²⁴² Si no se contemplan las declaraciones posteriores del congreso entonces se cae en el supuesto de que el significado de una ley "se fija en un acto de creación inicial."²⁴³

Hércules rechaza la teoría del significado del orador a causa de que las leyes no son estáticas, sino dinámicas. Interpreta el estatuto en sus diferentes fases de vida, "el proceso que comienza antes de que se convierta en ley y se extiende mucho más allá de ese momento."²⁴⁴ Considera todas las declaraciones y opiniones de las diferentes instituciones gubernamentales y sociales que puedan ser importantes para mejorar tanto la historia legislativa como la ley. La equidad política le indica que tome en cuenta cualquier opinión pública importante para decidir si la ley es equitativa. Las intenciones de la ley, como la equidad política cambian con el paso del tiempo. Asimismo "el debate por la integridad textual también será sensible al tiempo" ²⁴⁵ dado que considerará las declaraciones del congreso posteriores a la ley.

La tarea de Hércules es interpretar la historia legislativa en movimiento "porque la historia que debe hacer de la mejor manera posible es toda la historia a través de su decisión y más allá de ella."²⁴⁶ No rectifica la ley anticuada para adaptarla a las nuevas circunstancias, como lo opina la metafísica del significado del orador, sino que "reconoce en que se han convertido los estatutos desde entonces."²⁴⁷

²⁴²*Ibidem*, p. 245.

²⁴³*Ídem*.

²⁴⁴*Ídem*.

²⁴⁵*Ibidem*, p. 247.

²⁴⁶*Ídem*.

²⁴⁷*Ídem*.

Los problemas de interpretación legal no sólo son consecuencia del lenguaje vago y ambiguo de un ordenamiento jurídico. Hay casos como el de *Elmer* o el del *Snail darter* donde la claridad del texto legal no está en juego, si no son las consecuencias prácticas de su aplicación las que oscurecen la ley. Si alguien resuelve el caso *Elmer* desde la perspectiva de la teoría del significado del orador permitiría que las personas herederas que asesinan al testador hereden. Los razonamientos vertidos para que *Elmer* no herede sólo los apreciamos de forma contra-fáctica y considerando su peso. A saber, excluir de la ley de testamentos a una persona que mata a un testador para heredar es una razón fuerte que está contemplada en principios del derecho. Lo mismo ocurre con el Acta de las Especies en Peligro, la duda sobre el poder que otorga el Acta al secretario, no se circunscribe a la ambigüedad de alguna palabra o frase, sino a las consecuencias que apareja su ejecución, para algunos absurda por derrochar el gasto público por tratar de salvar a una especie de perca que no tiene algún interés científico.

Para Hércules no es confusa una ley cuyas consecuencias prácticas las considera una mayoría como inapropiadas, muchos consideraran que el Acta es absurda o tonta. "Pero nadie afirmara que es confuso si el acta tiene peso, si el secretario tiene el poder de detener cualquier proyecto, bajo cualquier circunstancia."²⁴⁸ El ordenamiento jurídico es confuso porque hay buenos argumentos para cada una de las dos interpretaciones antagónicas. Para Hércules una ley causa dificultades por la ambigüedad o abstracción de una palabra sólo cuando existe duda acerca de si la ley es la mejor actuación del congreso, si no existe duda entonces el ordenamiento jurídico es claro y el caso es fácil.

Finalmente, la propuesta interpretativa de Dworkin para actos del congreso es acorde a los intereses que vela el Estado. Si el poder legislativo crea ordenamientos que posterior a su publicación no quiere cumplir, el poder judicial tiene el deber de hacer cumplir lo estipulado por un acto del Estado. Interpretar el

²⁴⁸*Ibidem*, p. 248.

sentido de la ley creada por un congreso, nos conduce a la reflexión de la interpretación constitucional, pues el texto supremo no es producto de una legislación común. En el siguiente apartado se aborda el ejercicio interpretativo y la adjudicación constitucional.

2.4.4 Interpretación constitucional.

La constitución como texto supremo de un sistema jurídico no siempre ha tenido el poder que tiene hoy día. A saber, el papel de la Corte Suprema en la historia jurídica norteamericana anterior al siglo XIX era nulo, no tenía poder para imponer una interpretación legal al congreso, el presidente u otras instituciones mayores dado que estas hacían la interpretación constitucional por sí mismas y ejecutaban su interpretación. El rol de la Corte Suprema se ha ido transformando, hoy día nadie se pregunta por el poder de la constitución, "sino como debe ejercerse ese vasto poder."²⁴⁹ En su momento el presidente de la corte John Marshall, contribuyó al declarar a principios del siglo XIX que "el poder y el deber de la corte de hacer cumplir la constitución provenía de la propia declaración de dicho documento de que constituye la ley suprema de esta tierra."²⁵⁰ Para el jurisconsulto las cortes estatales y la Corte Suprema son los facultados para decidir por el gobierno lo que la constitución dice, además de invalidar actos del gobierno que excedan de las facultades previstas en el ordenamiento máximo. Su declaración fue aceptada, "y la práctica constitucional subsecuente se ha coagulado con firmeza a su alrededor."²⁵¹

Saber cómo la Corte debe ejercer el poder de la constitución es una cuestión compleja. En este apartado se reflexiona acerca de las estrategias que emplea la máxima autoridad judicial para interpretar y aplicar lo contenido en la

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 252.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 251.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 252

constitución federal. Además, cómo se deben hacer cumplir las disposiciones de la constitución que requieran un razonamiento moral en lugar de jurídico.

Para ilustrar el rol de la corte con la interpretación constitucional Dworkin se basa en uno de los casos que transformo la vida política de los Estados Unidos de Norteamérica; el caso *Brown vs el Consejo de Educación* en 1954. Este caso tiene sus orígenes en el racismo. Al finalizar la guerra civil en 1865 se agregó a la constitución la décimo cuarta enmienda que contempla la igual protección de las leyes. Luego de la reconstrucción política, algunos estados del sur establecieron políticas de segregación en las escuelas, mismas que fueron permitidas por la decisión de la corte en el caso *Plessy vs. Ferguson* de 1896, la razón de la Corte era que no se violaba la enmienda si el Estado proporciona separadas pero iguales instalaciones, además, la segregación en iguales instalaciones no hace desiguales a las personas.

En 1954 surge el caso *Brown* contra el Consejo de Educación, en el que un grupo de estudiantes negros volvieron a plantear el problema, las condiciones sociales de la nación no eran las mismas, la corte falló a favor de los demandantes con el argumento sociológico de que las escuelas con segregación racial no pueden ser equitativas por esta misma razón. La Corte reconoció implícitamente la invalidación del precedente *Plessy vs Ferguson*. La decisión fue polémica, había personas que defendían el precedente anterior, otros consideraban que aunque la segregación en el ámbito de la moral sea aterradora, es inconstitucional.

En la interpretación constitucional Hércules investiga los antecedentes de las enmiendas que se establecieron después de la guerra civil norteamericana con el fin de buscar principios de igualdad que justifiquen esa estructura. Deberá suponer el escenario político de la época, incluyendo la idea de la democracia y sus consecuencias en ese contexto, por ejemplo que las mujeres y los esclavos no participaron en el proceso político. Hasta la idea de equidad exigirá que su

decisión considere la moralidad popular, las circunstancias políticas y otros aspectos actuales.

El derecho como integridad considera el argumento de la estabilidad para interpretar la constitución y fincar responsabilidades entre sus jurisdicciones que son acordes al esquema federalista. Los derechos individuales contemplados en la constitución merecen ser interpretados de forma especial, la estabilidad de cada derecho tiene una importancia práctica. Sin embargo, "como estas son cuestiones de principio, la sustancia es más importante que este tipo de estabilidad."²⁵² En el caso que sea, "la estabilidad crucial es la que corresponde a la integridad, el sistema de derechos debe interpretarse, hasta donde sea posible, como la visión de sistema de justicia coherente."²⁵³

El derecho como integridad se propone "imponer la mejor interpretación sobre nuestra estructura y práctica constitucionales, para poder ver todo esto desde la mejor perspectiva posible."²⁵⁴ Los debates sobre el método de interpretación constitucional cuestionan las formas de hacer hermenéutica y no su importancia; estar de acuerdo o no con una interpretación donde se respeten las intenciones de los constituyentes constitucionales es un desacuerdo interpretativo de base.

Interpretar el texto constitucional desde el enfoque de la teoría del significado del orador "limita las interpretaciones idóneas de la constitución a los principios que expresan las intenciones históricas de los autores."²⁵⁵ Este enfoque es llamado historicismo. Un historicista concluiría que la décimo cuarta enmienda en relación a la igualdad jurídica no prohíbe la segregación dado que las intenciones de los congresistas que redactaron la enmienda no tenían la intención

²⁵²*Ibidem*, p. 260.

²⁵³*Idem*.

²⁵⁴*Ibidem*, p. 254.

²⁵⁵*Idem*.

ni pensaban que prohibir la segregación racial de las escuelas era trasgresor a la enmienda.

Hay una buena razón para considerar las intenciones de los constituyentes en una interpretación constitucional, esta es la estabilidad del texto constitucional por medio de su certeza, pues "la certeza del derecho es más importante que aquello que el derecho es."²⁵⁶ Establecer por escrito las facultades de un organismo gubernamental evita que la corte defina esas potestades. Además, para que una constitución se mantenga con el tiempo necesita estar redactada de tal forma que se deduzca una interpretación, sobre todo cuando el texto supremo regula un sistema republicano, democrático y federal. Hay otros casos en los que no se aplica el argumento de la estabilidad, para ello el derecho como integridad proporciona una alternativa porque "es sensible al diferente valor marginal de la certeza y el grado de protección en distintas circunstancias."²⁵⁷

El historicista difícilmente llega a la conclusión del derecho como integridad pues un juez atado a las intenciones del constituyente pensaría en lo que requiere la justicia de otra época histórica y perdería de vista el momento actual. La posición contraria al historicismo se denomina pasivismo, esta teoría es más influyente que la anterior. Un pasivista considera que no se puede obtener el sentido de lo que quisieron decir los funcionarios públicos, "porque los autores a menudo no tenían ninguna intención pertinente y no tenemos ninguna manera confiable de descubrir que intenciones tenían."²⁵⁸ En este escenario, la teoría democrática sugiere que sean los ciudadanos los que decidan si la constitución prohíbe la segregación, la pena de muerte o garantiza la libertad de aborto, entre otras cuestiones. De esta forma, las legislaturas estatales o la federal tienen la última palabra para permitirlo o prohibirlo.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 259.

²⁵⁷ *Idem*.

²⁵⁸ *Idem*.

Los tribunales juzgan las leyes con la constitución, una ley que contraviene la constitución es nula por inconstitucional. Si la constitución contempla el aborto en circunstancias específicas, entonces los Estados no podrán criminalizar el aborto en dichas circunstancias. Tratar de cambiar el significado de la constitución es enmendarla, usurparla e implica desafiar el principio de la supremacía constitucional. Los polémicos asuntos constitucionales vistos desde la perspectiva del derecho como integridad, "necesitan interpretación y no una enmienda."²⁵⁹ Así, la interpretación representa la mejor respuesta para la cuestión del derecho. La cuestión de la sanción está prescrita en la misma norma fundamental, cambiarlas implica reformarlas y no interpretarlas.

Para interpretar el máximo ordenamiento es necesario una estrategia a modo de una teoría de la adjudicación constitucional, que se restrinja con consideraciones de equidad e integridad. El texto supremo es fundamental para el derecho, por lo que su interpretación también debe ser fundamental. La interpretación debe corresponder y justificar los acuerdos "básicos del poder político de la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política."²⁶⁰

El derecho como integridad desaprueba el historicismo, el pasivismo y cualquier otra teoría de la adjudicación constitucional similar. La justicia hace cumplir la constitución a través de la interpretación que se adapta a la práctica constitucional. Cualquier juicio interpretativo compromete la moralidad política, le da forma y efecto a las virtudes políticas adecuadas para una constitución. Por ejemplo la equidad desde esta perspectiva del derecho considera las tradiciones políticas y culturales de una nación, consecuentemente apareja una concepción de equidad adecuada para una constitución.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 262.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 267.

La estrategia interpretativa de Hércules en la adjudicación constitucional es "concentrarse en las cuestiones de principio que, según el derecho como integridad, constituyen el derecho constitucional que administra."²⁶¹ El mítico juez encuentra el lenguaje y el argumento que es necesario interpretar para consolidar la constitución como una cuestión inicial del derecho. Hay ocasiones en las que un juez debe ajustar aquello que considera correcto como una cuestión de principio, y consecuentemente como de derecho.

El análisis de Hércules considera los derechos individuales constitucionales contra el Estado, especialmente el de la igualdad. Su idea de igualdad postula que el gobierno debe tratar a todas las personas como iguales en el sentido de que "las decisiones y acuerdos políticos deben mostrar igual preocupación por el destino de todos."²⁶² La estrategia que emplea el gobierno para asegurar la igualdad colectiva son cuestiones de política, mientras que los derechos individuales que debe considerar son cuestiones de principio o triunfos sobre las estrategias colectivas.

La constitución tiene que contemplar una noción de igualdad para toda su jurisdicción. Las diferentes entidades estatales deben considerar esta concepción para sus distintas políticas públicas. En la interpretación constitucional hay que considerar los derechos individuales de forma especial, pues esta clase de derechos protege a los individuos de las convicciones de las mayorías, además los derechos individuales son triunfos sobre las estrategias colectivas. Toda interpretación constitucional debe apelar a la equidad e integridad y preferir derechos fundamentales. La equidad en la interpretación constitucional pide que se consideren los principios de justicia que fundamentan la historia y cultura de una comunidad política.

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² *Ibidem*, p. 268.

Para Hércules la segregación racial en las escuelas es inconstitucional, pese a que los congresistas que elaboraron la decimocuarta enmienda tenían una opinión diferente, pero el momento histórico actual demanda otra personificación del Estado. El héroe legendario está a favor de un cambio gradual en relación a la segregación escolar, pues el derecho constitucional no sólo establece derechos sino las vías para garantizarlos. La intención de Hércules "es desarrollar una teoría general de ejecución que se adapte y justifique el poder que la Constitución le otorga, y esto significa una teoría que no contradiga a través del procedimiento aquello que el documento exige en sustancia."²⁶³

Hércules reconoce el derecho a la igualdad como un derecho especial en contra de la discriminación, pues aun frente a una decisión y justificación colectiva un derecho no puede vulnerarse. Esta posición insiste que las decisiones basadas en un prejuicio en contra de un determinado grupo no pueden estar a favor de las desventajas de ese grupo. La segregación racial trata de forma diferente a las personas blancas de las personas negras, la historia de la nación norteamericana muestra que el origen de la segregación yace en el prejuicio.

La Corte Suprema pronunció en el caso Brown que la segregación debía suprimirse "a toda velocidad"²⁶⁴, valiéndose de este lenguaje logro la obstrucción y postergación de la segregación en las escuelas. Debió haber sido más precisa en las formas de erradicar la práctica anticonstitucional, después de todo los juzgadores no solo tienen el rol de la adjudicación sino el de supervisar que sus fallos sean llevados a la práctica. En el caso que nos atañe, la Corte supervisó que los funcionarios públicos electos realizaran lo necesario para suprimir la segregación. Para el derecho como integridad la práctica de la supervisión es una consecuencia de la función jurisdiccional.

²⁶³ *Ibidem*, p. 274.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 275.

La constitución, como la aprecia Hércules es un instrumento de integridad política y jurídica, el cual debe interpretarse a partir de su texto y de su práctica en su totalidad. Los argumentos interpretativos involucran la convicción popular y la tradición nacional para hacer de la historia constitucional la mejor posible. Las disposiciones que contemplan deben interpretarse bajo un esquema de protección democrático, en el que las decisiones de la mayoría no vulneren los derechos individuales de las minorías.

Hércules sabe que los principios de la ley están lejos de ser coherentes, la misma jerarquización de la ley postula incoherencias con otros principios, aunado a ello, el derecho consuetudinario y la prioridad local también permiten incoherencias. Sin embargo, las contradicciones que pueden surgir no hacen imposible e ingobernable la tarea. Es posible encontrar un conjunto de principios razonablemente verosímiles en cada departamento del derecho para ser adaptados e interpretados.

Las diversas tareas que emprendió el héroe mítico sugieren una particular concepción del derecho así como de su práctica. La dura tarea de asumir e interpretar el derecho como integridad es contra argumentada desde la posición escéptica, y aunque existan varios contra argumentos a la teoría jurídica de Dworkin, lo fundamental de su teoría no es atacado y es la relación entre la integridad legal y política de un Estado, y como se puede hacer de las decisiones judiciales fallos que sean coherentes con un sistema político democrático contemporáneo a través de la argumentación que no desvincula el razonamiento moral del jurídico. La idea de derecho que subyace en la práctica de Hércules es el tema del siguiente apartado.

2.5 Concepto del derecho.

La labor jurisdiccional de Hércules nos permite visualizar la forma en que conceptualiza el derecho, pues para este personaje el derecho "consiste en

principios que proporcionan la mejor justificación disponible para las doctrinas y estratagemas del derecho en su totalidad."²⁶⁵ Para reconocer el derecho de una comunidad determinada es imprescindible recurrir a sus valores. El principio de la adjudicación como integridad lo obliga a ver el derecho como un conjunto coherente y estructurado que se justifica con normas positivas, directrices y principios.

La práctica jurídica en la teoría de Dworkin “busca poner en tela de juicio una de las presuposiciones básicas de la teoría analítica del derecho, según la cual la explicación del concepto de derecho y su justificación son cuestiones separadas, y por principio independientes.”²⁶⁶ Así, entre la práctica y la teoría no hay diferencia.

El derecho como integridad justifica la coerción pública y de esta forma une el derecho con la adjudicación. Si los juzgadores interpretan la práctica legal como un todo encuentran razones sustantivas para aplicar principios y normas que hacen de esta práctica algo coherente. “La presuposición básica que subyace al enfoque analítico de la teoría del derecho es que existe una distinción entre el concepto abstracto de derecho y su realización en instituciones jurídicas particulares.”²⁶⁷

La práctica interpretativa legal tiene restricciones institucionales que deben respetarse, por ejemplo, las doctrinas estrictas del precedente, el principio de la prioridad local o la supremacía legislativa. Estas restricciones institucionales apelan a la integridad en el proceso.

El derecho como integridad, al igual que otras concepciones de derecho, puede estar en conflicto con las diferentes formas de interpretación, sin embargo

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 281.

²⁶⁶ Marmor, Andrei, *op. cit.* (186), p. 22.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

ha de prevalecer aquella que mejor explique y justifique lo interpretado. Reconocer la integridad como un ideal político y el principio adjudicativo de la integridad por encima del derecho, es parte de una sociedad de principio, es decir de una sociedad gobernada por la coherente visión de justicia, equidad y debido proceso. Estas tres virtudes políticas a veces están en conflicto, de hecho Hércules evita lograr la integridad desde la justicia, pues busca una integridad más amplia en la que se consideren las otras dos virtudes políticas.

La justicia hace referencia a los resultados del sistema político, tales como la mejor distribución de los bienes, oportunidades y otros recursos. La equidad implica la correcta estructura para el sistema. El debido proceso implica los procedimientos involucrados para cumplir las reglas establecidas por las instituciones públicas. La supremacía legislativa obliga al juzgador a cumplir con las disposiciones establecidas pese a que produzcan incoherencias, esta restricción es una cuestión de equidad, "porque protege el poder de la mayoría para hacer el derecho que ésta quiere."²⁶⁸ La doctrina del precedente estricto y el principio de la prioridad local implican a su manera el debido proceso, dado que incitan a los ciudadanos a basarse en los pronunciamientos doctrinales anteriores al hecho.

Consecuentemente se puede hablar de niveles o tipos de integridad. A saber, la integridad inclusiva es aquella en la que un juzgador considera todas las virtudes políticas para construir su teoría del derecho en la cual refleja, si es que es posible, los principios coherentes de equidad política, justicia y debido proceso. Habrá ocasiones en las que no es posible integrar las virtudes antes mencionadas, por lo que se tendrá que recurrir a otro cálculo en el que se restrinja el debido proceso o la equidad, pero la coherencia de la justicia debe de considerarse.

La integridad como una virtud característica del derecho afirma la existencia de una relación interna entre derecho y moral, en vista de que la adjudicación

²⁶⁸Dworkin, Ronald, *op. cit.* (185), p. 284.

tiene que justificarse con la norma positiva, y a falta de ella con principios. Los juzgadores deben decidir sobre la base de principios del sistema, la integridad exige aplicarlos como principios morales genuinos, con la pretensión de que son correctos.

El derecho es un concepto interpretativo, pues los juzgadores deciden qué es el derecho al interpretar lo que otros homólogos han declarado lo que es. También, las teorías generales del derecho son interpretaciones de la práctica legal. Dworkin rechazó el convencionalismo y el pragmatismo para apostar por la integridad, pues esta práctica une la jurisprudencia o teoría jurídica con la adjudicación y hace que el contenido del derecho dependa de interpretaciones más exactas y concretas de la práctica legal, dado que se regula por el principio adjudicativo de la integridad inclusiva.

El concepto de interpretación al que alude Ronald Dworkin reconoce que el lenguaje jurídico implica grados de vaguedad y de indeterminaciones jurídicas, el papel creativo del juzgador al interpretar el derecho consiste en incluir factores de legalidad, de moralidad política, de objetivos sociales que sean benéficos para una comunidad, es decir de directrices y de principios como la equidad y la justicia. El derecho como integridad tiene claro que el rol del juez no es el del legislador, por lo que no puede crear reglas *ex post facto*, además si crea normas de esta clase el juzgador ocuparía el papel del legislador y atentaría contra la democracia de una comunidad, por ello tiene que valerse únicamente de la interpretación. La teoría de Dworkin no ofrece algún algoritmo para casos difíciles, ni tampoco considera que "exista la forma correcta, sólo formas diferentes, para decidir un caso difícil."²⁶⁹ Simplemente apela a que la decisión que tome el juzgador debe describir con exactitud la realidad social.

El derecho no tiene ni podría contemplar las suficientes reglas interpretativas para resolver cualquier indeterminación jurídica, pero "el derecho en

²⁶⁹*Ibidem*, p. 289.

sí mismo es una interpretación holística y constructiva de la historia jurídica de una comunidad."²⁷⁰ Consecuentemente si un juzgador interpreta la ley no de acuerdo a su juicio sino a lo que mejor compete a una comunidad política se reafirma el imperio de la ley y no el del juzgador. Así, una comunidad en la que los gobernados y los gobernantes se someten a la norma jurídica es una sociedad donde impera la ley. El ideal del imperio de la ley requiere de leyes accesibles, coherentes, claras y estables, y aunque posiblemente sea inalcanzable sirve como guía en la labor jurisdiccional y en otras áreas del gobierno. Un compromiso con este ideal requiere "*minimizar* la vaguedad."²⁷¹ El derecho como integridad asume el compromiso de reducir la vaguedad por medio de la interpretación. Interpretar es atribuir un significado a una cosa, en la adjudicación se busca atribuir al derecho el mejor significado que pueda tener.

Dworkin considera que el derecho no se agota en la legislación, ni tampoco en el conjunto de funcionarios que lo hacen o lo aplican. El imperio de la justicia o el derecho tampoco se define por el poder, el territorio o el proceso, sino por la actitud. El jurista lo ejemplifico con la actitud de los juzgadores, la cual consideró como una actitud interpretativa, reflexiva, "dirigida a la política en sentido amplio."²⁷² Aun cuando los juzgadores tengan la última palabra no la hace lo mejor. El derecho implica una actitud constructiva, pues en su tarea interpretativa busca encontrar y demostrar el mejor camino hacia el futuro cumpliendo con el pasado. Por último, es una actitud fraternal, pues expresa como una comunidad se une a pesar de que diverge en convicciones, intereses o proyectos, de ahí que el derecho sea lo que una comunidad quiere ser y tener.

La teoría y práctica legal que propone Dworkin es objeto tanto de críticas como de elogios. En el siguiente apartado presento algunas objeciones a la teoría de Dworkin.

²⁷⁰Endicott, Timothy, *op. cit.* (56), p. 241.

²⁷¹*Ibidem*, p. 281.

²⁷²Dworkin, Ronald, *op. cit.* (185), p. 290.

2.6 Objeciones a la teoría de Dworkin

Son muchas las críticas que se le pueden hacer a la obra de Dworkin, por ejemplo, su poca rigurosidad analítica, en varias partes se contradice él mismo, el uso de algunos conceptos no es claro, la dificultad de que un juez se asemeje a Hércules, la exigencia de la coherencia del derecho y de su práctica. García Amado denomina y clasifica la teoría del estadounidense como una metafísica idealista que se basa en “el axiologismo jurídico o jurisprudencia de valores.”²⁷³

El razonamiento que exige la teoría de Dworkin representa un reto, pues la agudeza del pensamiento de Hércules sugiere que un juzgador es conocedor de todo el derecho, de teorías de la igualdad, de las teorías económicas, de los principios morales y políticos que subyacen al Estado de Derecho, tiene un sentido crítico respecto de las virtudes políticas como la equidad, la justicia y el debido proceso. Debe tener un sentido perspicaz para determinar que requiere la ley para hacer de ella tanto en el sistema jurídico como de su práctica algo coherente con la realidad social e institucional.

La realidad es que la mayoría de los juzgadores no tienen amplios dominios sobre todas estas áreas del conocimiento, a veces ni dominan la totalidad de los ordenamientos jurídicos, se apegan a su materia y a sus procedimientos sin tomar en cuenta si se es coherente con otras áreas del derecho o con el derecho mismo. Por lo que la exigencia de la coherencia del derecho y de su práctica apareja otra objeción a esta teoría, en virtud de la dificultad que implica realizar la propuesta coherentista.

Hércules es un mito, ningún juzgador posee su capacidad, ni tampoco realizan análisis de varias interpretaciones rivales contra una matriz compleja de principios políticos y morales, por lo tanto es absurdo considerarlo como una

²⁷³García Amado, Juan Antonio, *op. cit.* (203), p 1.

influencia o alguien a quien imitar. Dworkin consideró y advirtió que en la realidad los juzgadores solo pueden imitar a Hércules hasta un cierto grado, un juez puede ir adquiriendo esta forma de interpretar por medio de la práctica, aun así no deja de representar un reto, no sólo por el conocimiento y el razonamiento que debe tener un juez sino por el tiempo que tiene para resolver.

El sistema normativo del derecho que propone Dworkin es completo, carece de lagunas, de indeterminaciones y de antinomias. La realidad es que no hay sistema jurídico que tenga estas tres idealizaciones. Además, no es suficiente discernir principios de naturaleza moral para encontrar el derecho aplicable, también es necesario el razonamiento y la argumentación práctica, aspectos que no están muy desarrollados en la obra de Dworkin.

Otra crítica a la teoría de Dworkin es que su falta de rigurosidad analítica tanto en sus conceptos como en los ejemplos que cita hace que sea confusa, a saber; su concepción de principios se refiere a principios positivizados, que son equiparables a los principios generales del derecho, y alude a los principios como fundamentos político-morales del derecho. De esta forma ante un caso difícil se recurre a los fundamentos morales del derecho, Dworkin ha de suponer que “el lenguaje de la moral [...] sin duda es el de la razón.”²⁷⁴ No obstante, la razón no se reduce a razonamientos morales sino también prácticos e instrumentales. Las ideas de Dworkin en relación a los fundamentos morales del derecho serían más completas si también tomará en cuenta la razón y argumentación práctica.

La teoría de Dworkin es general, sin embargo hay derecho que no tiene su origen en la moral, es valiosa su teoría cuando es aplicada a cuestiones de derechos humanos y a dilemas jurídico-morales, áreas del derecho en que las condiciones de validez jurídica se integran de argumentos y razones morales.

²⁷⁴Gauthier, David, *La moral por acuerdo*, traducción de Alcira Bixio, España, GEDISA, 1994, P. 15.

Otra crítica a sus postulados, versa sobre el concepto de interpretación, pues es un concepto rígido que “se basa en suposiciones innecesarias e injustificadas respecto de la conmensurabilidad de todas las interpretaciones del mismo objeto.”²⁷⁵ Hay aspectos de la realidad social e institucional que son inconmensurables, argumentar con razones morales no es suficiente para que un fallo sea equitativo o justo, o se haga de las instituciones lo mejor que se pueda hacer de su género, se requiere argumentar con razones prácticas.

Desde una perspectiva escéptica, la teoría de Dworkin no tiene algún valor porque no se puede establecer una mejor interpretación, pues las interpretaciones que versan sobre asuntos de valor estético, moral o social tienden a caer en el relativismo porque las personas tienen diferentes criterios para interpretar y por lo tanto para emitir y evaluar una opinión. Para el escéptico la teoría del Dworkin ofrece o descubre lo que el derecho debería ser.

Pese a las distintas objeciones que se le pueden hacer a la teoría de Dworkin, ninguna de ellas critica el núcleo de su teoría; la relación entre la integridad de la teoría y práctica legal y política de un Estado, en el que las decisiones judiciales sean coherentes con un sistema político democrático a través de la interpretación de la norma jurídica y de los principios morales que le subyacen al derecho. Es secundaria la tesis de que “los criterios de validez jurídica incluyen algunas normas morales.”²⁷⁶

Finalmente, las instituciones judiciales son coparticipes de un mismo cuerpo político, al cual la sociedad le exige que despliegue actos conforme los principios y fundamentos que lo subyacen. Estamos inmersos en una visión que a veces no considera los ideales o virtudes de una sociedad política como son la justicia, la equidad y el debido proceso, por lo que es necesario tener un modo interpretativo

²⁷⁵Marmor, Andrei, *op. cit.* (186), p. 77.

²⁷⁶Kenneth, Einar Himma, *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, traducción de Jorge Fabra, Carolina Guzmán Buelvas y Mattan Shrager, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 18.

que unifique la práctica legal y su justificación política. La teoría de Dworkin sugiere que en los sistemas democráticos de derecho la aplicación y creación de la ley no solo sea legal sino también legítima. La transformación de la adjudicación necesita ir acompañada de una concepción de derecho que permita ese cambio.

Capítulo III

Ideas de Dworkin y su aplicabilidad en las decisiones de los Organismos Jurisdiccionales Constitucionales.

3.1 Estado, derecho y constitución.

El concepto de Estado comúnmente alude a una forma de organización social, económica, política y coercitiva integrada por un conjunto de instituciones establecidas en un territorio. Una perspectiva más general del concepto de Estado, es la que lo considera una construcción del derecho, pues el poder del Estado está determinado y se deriva de la legalidad en el derecho, "no se define el Derecho a partir del Estado, sino el Estado desde el Derecho; el Estado no es el creador del Derecho sino el derecho crea al Estado. El Derecho procede al Estado."²⁷⁷

La relación necesaria entre Estado y derecho se puede explicar a partir de que el supremo poder del Estado es resultado de una valoración jurídica, "*el Derecho sólo puede salir del poder supremo, se vuelve en contra de la teoría del poder y adquiere el contenido de que supremo poder sólo puede ser aquello que surge del Derecho.*"²⁷⁸ De esta forma el Estado se funda en el derecho.

El Estado de Derecho expresa "que el Estado ha de dejarse determinar por el derecho como principio anterior de validez."²⁷⁹ Es decir, el Estado se determina y se comprende por el derecho. El Estado de Derecho es un Estado que quiere ser en función del derecho. Las reglas jurídicas que dicta el Estado las reconoce porque son derecho y son el fundamento de su cumplimiento y obligación. La continuidad del Estado proviene del derecho, así como la del individuo se da

²⁷⁷Schmitt, Carl, *El valor del estado y el significado del individuo*, traductor Celestino Pardo, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, Clásicos Políticos, p.34.

²⁷⁸*Ibidem*, p.35.

²⁷⁹*Ibidem*, p.36.

gracias a la del Estado. "El Estado es el único sujeto de *ethos* jurídico, el único que tiene un sentido eminentemente un deber jurídico para con el derecho."²⁸⁰

El juzgador es un funcionario sometido al Estado, en su quehacer solo está sometido a la ley, sin embargo, la ley entendida como la voluntad del Estado o la opinión dominante, "también ha de someterse a una valoración que conceda a la ley un elemento que vaya más allá de la facticidad de un poderoso querer."²⁸¹ La ley habla por medio del juez, la ley debe de ser positiva antes de cualquier ejecución por parte del Estado, de ahí que cualquier norma jurídica tenga que ser formulada y determinada.

La constitución suprema de una nación origina la forma del Estado, estructura la división de poderes y las diversas instituciones económicas, políticas y jurídicas que de ella emanan, asimismo establece principios y derechos fundamentales de las personas que integran el Estado. Quienes interpretan el derecho del Estado están sometidos al derecho, a la ley y a la finalidad que tiene el derecho de proteger la libertad y la dignidad humana.

La constitución junto con otras leyes de carácter internacional integran los instrumentos primarios y supremos de un Estado, además de éstos emanan y se delimitan otras normatividades jerárquicamente inferiores que aseguran jurídicamente el pacto político y la protección de derechos fundamentales.

Los principios y derechos fundamentales establecidos en la constitución contemplan las prohibiciones y obligaciones a todos los poderes públicos. El constitucionalismo es la teoría jurídica que contempla como ley fundamental lo establecido en la constitución. "La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la *rigidez* de las constituciones,"²⁸² pues éstas establecen los

²⁸⁰ *Ibidem*, p.60.

²⁸¹ *Ibidem*, p.37 y 38.

²⁸² Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", Traducción de Miguel Carbonell, *Cuestiones constitucionales*, México, 2006, Núm. 15, julio-diciembre, p. 114.

procedimientos para reformar el texto supremo y contemplan el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

Del constitucionalismo se origina el Estado Constitucional de Derecho, el cual nos sitúa en un "cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del *Estado legislativo de derecho*"²⁸³ en vista de que es un nuevo modelo para el derecho y la democracia. La rigidez en la constitución ha cambiado la naturaleza de la legalidad, pues está ésta "condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solamente formales sino también sustanciales;"²⁸⁴ es decir, "es una proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión."²⁸⁵ Consecuentemente, el derecho es positivizado no sólo en su existencia sino en su deber ser, que está contenido en los principios y derechos fundamentales.

De esta forma, el Estado de Derecho es complementado con el constitucionalismo dado que comparte "la sujeción a la ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría, y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el Estado Constitucional de Derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional."²⁸⁶

El cambio de paradigma es producto de cambios sociales e ideológicos que se reflejan en las diversas convenciones, pactos y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Y aunque en la realidad aún no se concreticen estos imperativos aspiramos a lo que estos contemplan. En el Estado Mexicano estos cambios estructurales en el derecho se pueden apreciar con las diversas reformas constitucionales, particularmente con las reformas del 2011 al artículo primero constitucional.

²⁸³ *Ídem*.

²⁸⁴ *Ídem*.

²⁸⁵ *Ídem*.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 155.

3.2 Derechos humanos y las reformas al artículo 1 constitucional.

Los derechos humanos de alguna forma se consideraban en la creación de normas jurídicas, no obstante desde el siglo XX los diferentes Estados los han sometido a la legislación como derecho positivo en su ley fundamental. En el caso de la Constitución Mexicana fue hasta el 10 de junio de 2011 cuando el artículo primero fue reformado de forma importante. El propio nombre del capítulo primero fue modificado por la denominación los Derechos Humanos y sus Garantías.

El término derechos humanos se emplea en dos sentidos, "como los instrumentos y mecanismos para controlar la acción del Estado, y como la brújula de los esfuerzos sociales para conseguir el bien común."²⁸⁷ El primer sentido se refiere a las obligaciones del Estado cuyo fundamento se encuentra en la constitución y en el derecho internacional público. En el segundo sentido alude a que los derechos humanos son la guía de las acciones sociales entre las personas. En otros términos los derechos humanos "son derechos subjetivos, expectativas que se forman las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera la dignidad humana."²⁸⁸

Los orígenes de los derechos humanos pueden ser estudiados desde cuatro enfoques que describen una misma realidad: desde la naturaleza humana, la moralidad, los procesos históricos y el derecho positivo. Varios de estos enfoques se aprecian en el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al exponer que "la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de

²⁸⁷Ramírez, García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Edit. Oxford University Press, 2012, p. 23.

²⁸⁸Serrano, Sandra, y Vázquez, Daniel, *Fundamentos teóricos de los derechos humanos. Características y principios*, Curso IV, p. 210, consultado en http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/serv_prof/pdf/fundamentosteoricosdelosderechos.pdf (fecha de consulta 17 de septiembre de 2015.)

la corrupción de los gobiernos,"²⁸⁹ por ellos es necesario una declaración solemne acerca de "los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes;"²⁹⁰ además esta declaración sirve a los ciudadanos para hacer reclamaciones "fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos."²⁹¹

El preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 muestra el refinamiento ideológico acerca de estos derechos en vista de que considera "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;"²⁹² desconocer y menospreciar los derechos humanos conlleva a vivir actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, por ello es necesario que "los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;"²⁹³ asimismo esta declaración promueve el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones; mismas que tienen que asegurar en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales.

Los derechos humanos comprenden varias dimensiones de la vida de un individuo como una integridad; la personal, la económica, la social, la civil, la política, la cultural, la ecología y la tecnológica. Las características de los derechos humanos es que son universales, indivisibles, interdependientes, íntegros, inalienables, imprescriptibles y tienen un carácter absoluto. Las distintas

²⁸⁹Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

²⁹⁰*Ídem.*

²⁹¹*Ídem.*

²⁹²Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²⁹³*Ídem.*

características se relaciones entre sí para integrar un único concepto de derechos humanos. La noción de derechos humanos no sólo se circunscribe al ámbito de lo jurídico sino también a la moral y a la política.

A partir de la declaración de 1948 los Estados han modificado la forma de hacer y ejercer el derecho. En México estos cambios en el derecho positivo se han efectuado desde el año 2000 al reformar el artículo primero constitucional para garantizar la protección contra la discriminación a distintos sectores minoritarios de la sociedad. No obstante, desde el 2004 se comenzaron a promover iniciativas para cambiar el título del capítulo primero y el contenido del primer artículo constitucional. Es hasta el año 2011 cuando se incluye la terminología de derechos humanos en el texto supremo. Hay juristas que consideran que estas reformas son producto de "la crisis del positivismo jurídico que ha imperado en México,"²⁹⁴ en vista de que esta ha generado el abuso del derecho y ello "se configura como la desvinculación del Orden Jurídico del concepto de Justicia."²⁹⁵

Las reformas al artículo primero constitucional se originan principalmente por las tendencias internacionales que adoptan la teoría del constitucionalismo, es decir la teoría del Estado Constitucional de Derecho, en la que los poderes públicos están sometidos a la constitución, asimismo, los derechos humanos son parte de la constitución, consecuentemente tienen que ser respetados para y por las actuaciones del Estado. El Congreso de la Unión se vio obligado a actualizar la constitución federal para incluir a los derechos humanos y reconocer que hay medios de control constitucional distintos al juicio de amparo. Asimismo, con estas reformas la Comisión Nacional de Derechos Humanos ahora es la facultada para investigar violaciones graves a los derechos humanos y es el organismo competente para conocer de violaciones de derechos humanos en el ámbito

²⁹⁴Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, "Efectos de la reforma al artículo 1 constitucional, la importancia de los tratados en materia de derechos humanos", *Amicus Curiae*, México, año IV, número 6, p. 1. <http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/num6/01.pdf> (fecha de consulta 16 de septiembre de 2015.)

²⁹⁵*Idem.*

laboral. Además, se reconoce la autonomía de los organismos públicos de derechos humanos locales y se establece el procedimiento para la selección del titular de dicha Comisión Nacional (artículo 102 apartado B).

El artículo primero constitucional fue modificado para incluir que las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la constitución federal y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Además se adicionaron dos párrafos nuevos que incorporan la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos bajo el principio *pro personae* y se establecieron las obligaciones de cualquier autoridad para respetar, proteger y reparar las violaciones a los derechos humanos bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Vistos algunos aspectos de los derechos humanos y su importancia en el Estado Constitucional de Derecho, se analizarán dos casos que acontecieron en la vida jurídica de México para evidenciar las formas de interpretación y de aplicación de la ley en el contexto de los derechos humanos. El objetivo de analizar las formas de interpretación es compararlas con la teoría de la adjudicación de Ronald Dworkin.

3.3 Análisis del método interpretativo que utilizó la Corte Interamericana en el caso Rosendo Radilla.

En los años setenta y principios de los ochenta durante la llamada guerra sucia el gobierno mexicano cometió diversas atrocidades que vulneraron los derechos humanos. El gobierno tenía políticas tales como la persecución y la detención arbitraria de opositores al régimen, principalmente de activistas políticos y de dirigentes sociales. Las barbaries que se cometieron fueron crímenes de lesa humanidad, hasta la fecha estas trasgresiones están impunes. El caso de Rosendo Radillo tiene su origen en este contexto, y es sólo un caso de las múltiples brutalidades que cometió el gobierno.

El señor Rosendo Radilla Pacheco fue un destacado líder social del municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero, de donde fue el presidente municipal. El 25 de agosto de 1974 lo detuvieron ilegalmente en un retén militar bajo el pretexto de que componía corridos, no fue trasladado ante las autoridades competentes, en vez de ello fue llevado a un cuartel militar de Atoyac de Álvarez donde sufrió torturas y ahí fue la última vez que supieron de su paradero.

La familia de Radilla trato de localizarlo por medio de familiares y amigos que trabajan para el gobierno, no denunciaron su detención y desaparición forzada en el momento de los hechos por temor a que fueran detenidos dadas las condiciones de represión de la época, no obstante el gobierno tuvo conocimiento de la detención y desaparición desde que sucedieron los hechos. El 27 de marzo de 1992 Andrea Radilla Martínez, hija de Rosendo Radilla, interpuso la primera denuncia penal ante el agente del ministerio público federal en el estado de Guerrero, por la desaparición forzada de su padre. Posteriormente, el 14 de mayo de 1999 su hermana Tita Radilla Martínez presentó otra denuncia penal ante el ministerio público del fuero común de la Ciudad de Atoyac de Álvarez. El ministerio público envió ambas denuncias a reserva por la falta de indicios para la determinación de los probables responsables.

En el año 2000 los familiares nuevamente interpusieron varias denuncias, esta vez sí procedieron pero sin ningún resultado, por lo que el 15 de noviembre de 2001 la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México, presentaron una denuncia contra el Estado Mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana dictó una serie de recomendaciones el 15 de marzo de 2008 al Estado Mexicano, pero ante su incumplimiento la Comisión demandó al Estado Mexicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por trasgredir el derecho al reconocimiento de personalidad jurídica (artículo 3), el

derecho a la vida (artículo 4), el derecho a la integridad personal (artículo 5), el derecho a la libertad personal (artículo 7), el derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y el derecho a la protección judicial (artículo 25) en conexión con la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1), esto con fundamento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, los representantes de las víctimas demandaron al Estado Mexicano no sólo por los derechos consagrados en la Convención Americana sino también por violaciones a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia condenatoria al Estado Mexicano por graves violaciones a los derechos humanos el 23 de noviembre del 2009, concluyó que el Estado Mexicano es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, la integridad personal, el reconocimiento a la personalidad jurídica y a la vida de conformidad con los artículos 7.1, 5.1, 5.2, 3 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es responsable de la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco realizada por los agentes militares de acuerdo con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Es responsable por la violación del derecho a la integridad personal contemplado en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Tita, Andrea y Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez. Es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y los artículos I incisos a), b) y d), IX y XIX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de Tita, Andrea y Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez. Además es responsable por el incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.²⁹⁶

La sentencia de la Corte Interamericana en su párrafo 139 alude a que la desaparición forzada “constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.”²⁹⁷ En el párrafo 141 la Corte considera que “uno de los objetivos de la desaparición forzada es impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”²⁹⁸, si la víctima no puede acceder a los recursos legales disponibles es fundamental que los familiares puedan acceder a procedimientos judiciales rápidos y eficaces para determinar el lugar donde se encuentre o su estado de salud.

La Corte consideró que los Estados parte de la convención deben de comprometerse “a no practicar ni tolerar la desaparición forzada de personas en cualquier circunstancia, y a sancionar a los responsables de la misma en el ámbito de su jurisdicción.”²⁹⁹ Esta obligación exige el deber del Estado Mexicano “a organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”³⁰⁰ Consecuentemente, el Estado Mexicano tiene el deber jurídico de prevenir “razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de

²⁹⁶Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf> (fecha de consulta 10 de septiembre de 2015).

²⁹⁷*Ibidem*, p. 42.

²⁹⁸*Ibidem*, p. 43.

²⁹⁹*Idem*.

³⁰⁰*Idem*.

identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.”³⁰¹

La Corte enfatizó en el párrafo 143 de la sentencia que cuando haya razones para considerar que una persona fue sometida a desaparición forzada “debe -iniciarse una investigación. Esta obligación es independiente de que se presente una denuncia, pues en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía, imponen la obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva.”³⁰² Dicha acción es “fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida.”³⁰³ Cualquier funcionario público o particular que conozca o tenga noticias de actos de desaparición forzada de personas tiene el deber de denunciarlo inmediatamente. La obligación de investigar persiste hasta que se encuentre a la persona privada de libertad o aparezcan sus restos.

Los actos constitutivos de desaparición forzada, de acuerdo al párrafo 145 de la sentencia, “tienen carácter permanente, y que sus consecuencias acarrearán una pluriofensividad a los derechos de las personas reconocidos en la Convención Americana mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos, por lo cual, los Estados tienen el deber correlativo de investigarla y, eventualmente, sancionar a los responsables,”³⁰⁴ de acuerdo a las obligaciones derivadas de la Convención Americana y, en particular, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Del análisis legal de la desaparición forzada es consecuente la violación a los derechos humanos que ésta conlleva, este tipo penal la Corte lo analiza en “el contexto en el que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados

³⁰¹ *Ídem*.

³⁰² *Ídem*.

³⁰³ *Ibidem*, p. 44.

³⁰⁴ *Ídem*.

en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta el *corpus juris* de protección tanto interamericano como internacional.”³⁰⁵

La Comisión Interamericana argumentó que el Estado Mexicano era responsable de haber privado ilegalmente de la libertad al señor Radilla Pacheco, y de no haberlo puesto a disposición de juez competente. Asimismo, puntualizó que existen serios indicios de que el Ejército Mexicano sometió a torturas al señor Radilla Pacheco, hay suficientes elementos para considerar que Radilla perdió la vida en manos de los miembros del Ejército Mexicano, y que el Estado Mexicano incumplió su obligación de garantizar una investigación seria, imparcial y objetiva de dichos actos, lo cual muestra su falta de efectividad.

De igual forma la Comisión alegó que la desaparición forzada generaba una violación al reconocimiento de la personalidad jurídica de la víctima, dado que el objetivo de la desaparición forzada es “sustraer al individuo de la protección que le es debida, con la intención clara y deliberada de eliminar la posibilidad de que la persona interponga las acciones legales, excluyéndola del orden jurídico e institucional.”³⁰⁶

La desaparición de Radilla Pacheco es contraria al derecho y a la libertad personal, el Ejército Mexicano infringió daños irreparables a la integridad personal y vida del señor Radilla. En el párrafo 153 de la sentencia de la Corte, expone que las autoridades militares tenían el deber de prevenir las violaciones a los derechos de la integridad personal y a la vida. Además, la desaparición forzada es violatoria del derecho a la integridad personal porque el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son tratos crueles e inhumanos. Consecuentemente, la Corte concluyó que el Estado Mexicano es responsable por la violación del derecho a la libertad, el derecho a la integridad personal y a la vida del señor

³⁰⁵ *Idem.*

³⁰⁶ *Idem.*

Rosendo Radilla Pacheco, en relación con lo dispuesto en los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate y si los puede ejercer. La violación a este derecho deja al individuo vulnerable frente al Estado o particulares. De esta forma, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica es un deber “general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, la obligación de no vulnerar dicho derecho.”³⁰⁷ Una persona desaparecida no puede continuar gozando y ejerciendo sus derechos, “su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado.”³⁰⁸ De esta forma, al señor Rosendo Radilla se le trasgredió su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Con todos los elementos de prueba y los instrumentos jurídicos aplicables, la Corte concluyó que “el Estado es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, la integridad personal, el reconocimiento a la personalidad jurídica y la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en virtud de la desaparición forzada de la cual es víctima, realizada por agentes militares.”³⁰⁹ El Estado Mexicano tiene la obligación de garantizar los derechos a través de la prevención e investigación diligente de la desaparición forzada. Asimismo, tiene la obligación de determinar el paradero de Radilla e identificar a los responsables y, en su caso, imponerles las sanciones correspondientes.

³⁰⁷ *Ibidem*. p. 47.

³⁰⁸ *Idem*.

³⁰⁹ *Idem*.

Asimismo, el Estado Mexicano es culpable de la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares directos de Rosendo Radilla, pues la desaparición forzada de Radilla Pacheco causó a sus hijos Tita, Andrea y Rosendo, de apellidos Radilla Martínez, una afectación sobre su integridad psíquica y moral. El Estado Mexicano admitió que “la angustia propia de la naturaleza humana al desconocer la suerte de un ser querido, obligan a un reconocimiento de la responsabilidad del Estado sobre dicha situación,”³¹⁰ para los familiares. En este sentido, la Corte ha manifestado que “la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos.”³¹¹

Ante hechos de desaparición forzada de personas, el Estado Mexicano tiene la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal de los familiares por la vía de investigaciones efectivas. No hacer o tener protocolos para investigaciones efectivas, de acuerdo con la Corte, implica “una fuente de sufrimiento y angustia adicionales para las víctimas y sus familiares”.³¹² El párrafo 168 de la sentencia precisa que “la demora y la falta de efectividad de dichas investigaciones ha exacerbado en los familiares del señor Radilla Pacheco los sentimientos de impotencia y de desconfianza en las instituciones del Estado.”³¹³

Además de hacer un análisis de los elementos probatorios y la responsabilidad del Estado Mexicano, la Corte minuciosamente analizó la falta de investigación diligente y efectiva ante la justicia ordinaria y valoró la aplicación de la jurisdicción militar. En el párrafo 181 de la sentencia que pronunció la Corte, enfatizó que “el derecho de acceso a la justicia y la obligación a cargo del Estado de realizar investigaciones efectivas en el presente caso debe circunscribirse a las actuaciones realizadas en el ámbito jurisdiccional.”³¹⁴ Esto a raíz de que la

³¹⁰*Ibidem*, p. 48 y 49.

³¹¹*Ibidem*, p. 49.

³¹²*Ídem*.

³¹³*Ídem*.

³¹⁴*Ibidem*, p. 53.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, un organismo no jurisdiccional pero de rasgo constitucional, era quien se encargaba de investigar y documentar el caso Radilla.

El Estado Mexicano fue omiso ante su obligación que emana del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al pasar por alto que las autoridades judiciales, siguiendo estrictamente las normas del debido proceso son las que deben investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos. “La “verdad histórica” documentada en los informes y recomendaciones de órganos como la Comisión Nacional, no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer también a través de procesos judiciales.”³¹⁵ Además, “la Corte ha considerado que, en el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana, los familiares de las víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que los hechos sean efectivamente investigados por las autoridades estatales y, en ese sentido, a conocer la verdad de lo sucedido.”³¹⁶

La Corte expresó en el párrafo 191 de la sentencia que el derecho de acceso a la justicia “requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable,”³¹⁷ la demora prolongada atenta contra los derechos de las personas perjudicadas y “puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.”³¹⁸ Asimismo enfatizó que las investigaciones judiciales en casos de desaparición forzada determinen la suerte o paradero de la víctima.

El Estado Mexicano trataba de evadir su responsabilidad de impartición de justicia alegando que “[...] las manifestaciones populares [...] no] constituyen *strictu*

³¹⁵*Ibidem*, p. 52.

³¹⁶*Ibidem*, p. 53.

³¹⁷*Ibidem*, p. 57.

³¹⁸*Idem*.

sensu una forma reconocida de noticia *criminis*”,³¹⁹ y que fue hasta el 27 de marzo de 1992 cuando el ministerio público tuvo conocimiento formal de los hechos mediante la presentación de la primera denuncia penal, por lo que las víctimas denunciaron los hechos 18 años después de sucedidos, y que por lo tanto el hecho no era imputable al Estado. La Corte recalco que el contexto político e institucional de los años 70’s impedía a las víctimas presentar su denuncia por temor a represalias o a ser detenidos por los militares. Estas condiciones no pueden ser imputadas a las víctimas. Cabe señalar que los familiares de Radilla “denunciaron públicamente su desaparición y acudieron a diversas autoridades estatales tratando de obtener ayuda para su búsqueda. En tal sentido, señalaron que el Estado tuvo conocimiento de su detención y desaparición.”³²⁰

Otro argumento con el que se defendió el Estado Mexicano era que en los años 70’s y 80’s el gobierno se centralizaba en el presidente, “en donde no existía un contrapeso exógeno o endógeno para limitar dicho poder, la verticalidad también lo regulaba al interior, tampoco existía un andamiaje institucional que permitiera someter a las instancias gubernamentales a un proceso de rendición de cuentas.”³²¹

El análisis de la Corte respecto de la efectividad de las diligencias e investigaciones realizadas por el Estado Mexicano demuestran que “no han sido conducida con la debida diligencia, de manera que sea capaz de garantizar el restablecimiento de los derechos de las víctimas y evitar la impunidad.”³²² La impunidad de acuerdo al Tribunal, es “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.”³²³ El

³¹⁹*Ídem.*

³²⁰*Ibidem*, p. 58.

³²¹*Ibidem*, p. 60.

³²²*Ibidem*, p. 62.

³²³*Cfr. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, Fondo, supra nota 43, párr. 173; Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú, supra nota 51, párr. 405, y Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala, supra nota 24, párr.69.*

Estado Mexicano se ha conducido impunemente, desde la desaparición forzada de Rosendo Radilla hasta el 2009 transcurrieron 35 años, y desde que se presentó formalmente la primera demanda pasaron 18 años, por lo que “no ha habido una investigación seria conducente tanto a determinar su paradero como a identificar, procesar y, en su caso, sancionar a los responsables de tales hechos.”³²⁴ El Estado está obligado a eliminar la impunidad, para ello “debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad.”³²⁵

Para la Corte han transcurrido 18 años desde que la autoridad ministerial tuvo conocimiento formal de la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, por lo que el Estado se ha demorado sin alguna razón, lo cual sobrepasa el tiempo razonable para estos asuntos, por la que la “Corte considera que el Estado incumplió los requerimientos del artículo 8.1 de la Convención.”³²⁶ Al pasar por alto que es uno de los elementos del debido proceso el que los tribunales resuelvan en un plazo razonable, considerando la complejidad del asunto, las diligencias procesales del interesado, la conducta de las autoridades judiciales y el daño generado a las personas involucradas en el proceso.

La mayor parte de las investigaciones realizadas en el caso Radilla las dirigieron las víctimas, específicamente Tita Radilla, quien gestionaba las diligencias de la búsqueda de su padre. El Estado adolece de investigaciones, “no está indagando directamente a los presuntos responsables. De hecho, a lo largo del trámite del presente caso, el Estado Mexicano no hizo referencia a otras posibles diligencias relativas a la búsqueda del paradero del señor Rosendo Radilla.”³²⁷ La investigación efectiva de hechos criminales representa una forma de acceso a la justicia para las víctimas y es un deber jurídico del Estado. Sin

³²⁴Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Op. cit.* (296), p. 63.

³²⁵*Ídem.*

³²⁶*Ibidem*, p. 69.

³²⁷*Ibidem*, p. 67.

embargo, según señala la Corte en el párrafo 234, el Estado no realiza la investigación “en forma seria, efectiva y exhaustiva.”³²⁸

El general Francisco Quirós Hermosillo fue el único responsable consignado en agosto de 2005, pero no por el delito de desaparición forzada sino por el de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro. El Estado aludió que no se podía consignar al ex general por el delito de desaparición forzada porque la averiguación previa se consignó anterior a la tipificación penal de la desaparición forzada en el 2001, además expreso que al no ser un funcionario público activo no podía consignar por el delito de desaparición forzada pues es un requisito del tipo penal. La Corte refuto al Estado Mexicano señalando que no opera la retroactividad ni tampoco es impedimento que la averiguación previa se haya consignado anterior al tipo penal de la desaparición forzada porque el delito de desaparición forzada es de ejecución continua, y por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor “la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva.”³²⁹ En este tenor y conforme al principio de legalidad, la Corte declaro que “la figura de la desaparición forzada constituye el tipo penal aplicable.”³³⁰

El derecho de Tita Radilla a coadyuvar con la investigación y participar en el proceso fue trasgredido ya que el Estado puso en reserva la averiguación previa, cuando la Ley de Transparencia contempla que no se puede invocar el carácter de reserva cuando existan violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad. Incumpliendo con las garantías de debido proceso contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

³²⁸ *Ídem*.

³²⁹ *Ibidem*, p. 68 y 69.

³³⁰ *Ibidem*, p. 69.

El Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Guerrero fue quien ordenó la aprehensión del señor Francisco Quiroz Herмосillo y declinó su competencia en razón del fuero a favor de la justicia Militar. La hija de Rosendo interpuso diversos recursos de amparo para que conociera del asunto un juez ordinario federal, pero ninguno de ellos procedió y fueron desechados. Al respecto la Corte manifestó en el párrafo 266 “que la actuación de la justicia penal militar constituye una violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, ya que no cumple con los estándares del sistema interamericano respecto a casos que involucran violaciones a derechos humanos, principalmente por lo que se refiere al principio de tribunal competente.”³³¹ Asimismo el Estado Mexicano fue omiso a lo estipulado en el artículo 2 de la Convención dado que no modificó la legislación interna para impedir que el fuero militar conozca de casos que impliquen violaciones de derechos humanos.

En un Estado Democrático de Derecho, la desaparición forzada de civiles por elementos militares “nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Es claro que tales conductas son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, están excluidas de la competencia de la jurisdicción militar.”³³² La jurisdicción militar tiene un alcance restrictivo y excepcional, por ello “el Tribunal ha señalado anteriormente que en el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.”³³³

Los tribunales militares únicamente deben conocer asuntos donde el imputado y la víctima sean militares, los asuntos que involucren a un civil deben sustanciarse ante el fuero ordinario, pues los bienes jurídicos de un civil están titulados por la legislación ordinaria y no especial. La víctima de violaciones a

³³¹ *Ibidem*, p. 75.

³³² *Ibidem*, p. 78.

³³³ *Ibidem*, p. 77.

derechos humanos, o sus familiares, tienen la garantía procesal de ser parte del juicio penal y de responsabilidad civil, los juicios deben seguirse ante un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La Corte, estimo en el caso Radilla que “el Estado vulneró el principio del juez natural al extralimitar la esfera de la justicia castrense en el presente caso, en contravención de los parámetros de excepcionalidad y restricción que caracterizan a la jurisdicción penal militar.”³³⁴ Consecuentemente, “el Tribunal estima que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense.”³³⁵

La sentencia de la Corte estableció que la desaparición forzada de Rosendo Radilla no tiene relación con la disciplina militar, por lo que es excluyente la jurisdicción castrense. Las obligaciones a las que el Estado Mexicano se sometió al ratificar los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos obligan al Estado a asumir diversas obligaciones con los individuos de su jurisdicción y no con otros Estados.

El fallo de los jueces de la Corte Interamericana se apegó estrictamente a la que contempla la Convención de los Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, a las sentencias que ha dictado, y otros instrumentos internacionales, además consideró el derecho interno del Estado Mexicano para hacer su análisis jurídico. A simple vista parece que la forma en que la Corte resuelve se apega al modelo positivista de Hart, sin embargo la fundamentación y argumentación desarrollada en la sentencia se basa en razonamientos morales y políticos.

³³⁴*Ibidem*, p. 79.

³³⁵*Ibidem*, p. 80.

Para la Corte los instrumentos jurídicos internacionales representan obligaciones y sometimientos para los poderes del Estado. Los derechos humanos los considera en su dimensión individual, jurídica, política y social de una forma coherente con el sistema jurídico y político del país. Los jueces de la Corte interpretaron los derechos humanos, tales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, el derecho a las garantías judiciales, el derecho a la protección judicial y el derecho a la integridad psíquica y moral, considerando que los seres humanos se desarrollan en un plano político y moral.

Los argumentos de la Corte sobre las consecuencias de la desaparición forzada no sólo se fundamentan con diversos derechos de las Convenciones sino que además recurre a interpretaciones éticas y políticas, a saber la afectación al reconocimiento de la personalidad jurídica de la víctima deja al individuo desprotegido y sin posibilidad de interponer acciones legales, por lo que queda fuera del orden jurídico e institucional y es vulnerable frente al Estado o particulares. La desaparición forzada sustrae a la persona del ordenamiento jurídico y niega su existencia, por lo que la deja en una situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado. Ser excluidos del orden jurídico trasgrede el orden del sistema político democrático, por lo que es un deber de los Estados no vulnerar el derecho a la personalidad jurídica y tener los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares.

Otro derecho que se trasgrede con la desaparición forzada es el derecho a la integridad personal y a la integridad psíquica y moral de los familiares de Rosendo Radilla, las razones con las que fundamenta su fallo son morales porque apelan a que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son tratos crueles e inhumanos. La angustia que sienten las personas al no saber dónde está un ser querido es propias de la naturaleza humana, el no saber la verdad histórica

y jurídica acerca del destino de un familiar desaparecido representa una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos.

El debido proceso que contempla la Convención Interamericana es interpretado a la luz de la efectividad en las investigaciones, diligencias y sanciones a los presuntos responsables en un plazo de tiempo razonable. Interpretar de esta forma apela a la justicia, pues las instituciones judiciales deben procurar y garantizar la correcta aplicación de la ley en un plazo moderado.

Los diversos argumentos y justificaciones legales que el Estado Mexicano utilizó para evadir sus responsabilidades fueron contra argumentados con razones de derecho y de justicia por la Corte, por ejemplo, la única persona detenida como responsable de la desaparición forzada de Radilla no fue consignado por el delito de desaparición forzada, en vista de que la averiguación previa se inició antes de que el tipo penal de desaparición forzada se implementara en el código federal penal, además el responsable no era un funcionario público activo. Este alegato del Estado Mexicano con el que pretendía justificar sus actuaciones apelaba a que aplicar el tipo penal de desaparición forzada implicaba la retroactividad de las leyes. Esta forma de actuar e interpretar el derecho pone en evidencia la impunidad en el proceso jurisdiccional de Radilla, y la violación al derecho del debido proceso. La Corte interpreto la ley desde un enfoque dworkiniano, dado que no es irretroactivo aplicar el delito de desaparición forzada adicionado a la legislación federal en el 2001 a los hechos ocurridos en 1974. Primero porque el delito es continuo, y hasta que no se encuentren los restos de Radilla el delito caduca. Segundo, porque el Estado Mexicano adquirió obligaciones jurídicas desde su adhesión y ratificación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1981 y en el 2002 por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Finalmente los derechos humanos no prescriben, por lo que los derechos vulnerados por el delito de desaparición forzada continúan hasta que no se determine judicialmente el paradero o los restos de Rosendo Radilla.

De esta forma la Corte interpretó la aplicación temporal del delito de desaparición forzada en función de la razón de ser de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. No perdió de vista la naturaleza por la cual se crearon estos instrumentos jurídicos que aspiran a la consolidación de mejores sociedades a partir del derecho justo y equitativo. Partió de la necesidad coherente de su aplicación y consideró otras sentencias como argumentos institucionales.

El ideal de justicia no es ajeno a las convenciones en materia de derechos humanos, de hecho la Corte Interamericana exigió al gobierno Mexicano hacer justicia en el caso Radilla sin importar el tiempo transcurrido, pues el esquema de derechos humanos contenidos en diversos instrumentos públicos protegen y salvaguardan la integridad personal, la protección jurídica y la dignidad humana.

La metodología interpretativa empleada por la Corte Interamericana, misma que le exige al gobierno Mexicano, se sintetiza en el principio *pro persona*, es decir, hay que hacer la interpretación más favorable para la persona con la finalidad de lograr su protección plena. De esta forma el principio exige que los juzgadores realicen una interpretación apegándose a la integridad y dignidad de las personas. En este sentido la Corte, así como Dworkin, dan prioridad a los derechos de las persona sobre los poderes públicos.

La Corte Interamericana interpretó la convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada atendiendo a la estructura política y legal que es y debería ser en una comunidad, consideró el contexto político mexicano de los años 70's y siguientes. En términos de Dworkin, la historia legal del Estado Mexicano la analizaron y la interpretaron para continuarla basándose en un conjunto de principios coherentes sobre los derechos humanos y los deberes de los Estado contemplados en los instrumentos internacionales. La Corte mostró que la legislación, las diligencias, las investigaciones y los procedimientos judiciales del Estado Mexicano adolecían de

impunidad, e incumplió la obligación de modificar sus normas internas de acuerdo a los criterios de los instrumentos jurídicos internacionales. Por lo que le exige al Estado tomar las diligencias necesarias para modificar su derecho interno de acuerdo a lo establecido en las convenciones.

Cabe mencionar que la Convención Americana establece como debe ser interpretado, entre los aspectos que nos atañen y son relevantes para el presente trabajo es que la Convención debe interpretarse sin excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, por lo que su interpretación se rige por los principios de una comunidad política.

La sentencia de la Corte Interamericana tuvo un gran impacto en el sistema Jurídico Mexicano ya que fue uno de los primeros casos donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos condena al Estado Mexicano y le ordena realizar cambios estructurales. Además le dictaminó llevar a cabo una serie de medidas de reparación en concordancia con la gravedad de las violaciones. El gobierno Mexicano se vio forzado a implementar criterios para el cumplimiento de la sentencia y de las que posteriormente se emitan por parte de esta Corte.

Después de la sentencia del caso Radilla la Suprema Corte de Justicia de la Nación acató las recomendaciones de la Corte Interamericana y estableció las formas de dilucidar las obligaciones y la forma de instrumentarlas. En primer lugar, la Suprema Corte estableció que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que México es parte son obligatorias, las demás sentencias solo tienen el carácter de orientadoras. En segundo lugar, la Suprema Corte instauró la obligación a los jueces mexicanos de hacer un control de convencionalidad, es decir, de aplicar los tratados internacionales de derechos humanos en los casos que conocen, aun contraviniendo la legislación nacional. En tercer lugar, la Corte estableció que los jueces militares no son competentes para juzgar militares trasgresores de derechos humanos, por lo que en este supuesto

se deben turnar los casos a la justicia ordinaria federal. En cuarto lugar, la Corte instituyó que una averiguación previa que denuncie violaciones graves a derechos humanos no puede ser enviada a reserva.

Otro impacto que tuvo el caso Radilla para el sistema Jurídico Mexicano es que se vio obligado a establecer estándares de derecho internacional en relación a la investigación y sanción de la desaparición forzada, para ello tienen que considerar los criterios que se establecieron en la sentencia del caso Radilla para enjuiciar a los responsables de desaparición forzada.

La resolución de la Corte Interamericana está fundada en los diversos instrumentos jurídicos internacionales, en razonamientos políticos y morales e inclusive en otras sentencias que salvaguardan los derechos humanos de tal forma que resulta ser una herramienta interpretativa para comprender la naturaleza y alcance de los derechos humanos, sobre todo para el ejercicio del control de convencionalidad, pues la Corte define el contenido de ciertos derechos establecidos en la Convención América, al definirlos les da contenido a modo que son una extensión de la Convención.

Los juzgadores de la Corte Interamericana consideraron el contexto político y social de la época para argumentar y fundamentar su resolución, misma que no eximia al gobierno Mexicano, al contrario le imputaba más responsabilidad. Y pese a que el gobierno Mexicano trato de librarse de su responsabilidad oponiendo cuatro excepciones relativas a la competencia temporal y material del Tribunal Internacional fueron refutadas por el mismo órgano.

Los asuntos en materia penal por lo regular trasgreden los derechos humanos, por ello vale la pena analizar otro caso en materia distinta. En el siguiente apartado se plantea una contradicción de tesis resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para analizar la forma interpretativa y compararla con la que ofrece Dworkin.

3.4 Análisis de la interpretación esgrimida en la contradicción de tesis 88/2015.

El 30 de junio del 2014 apareció publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el Segundo Semestre del año 2014 emitido por la Secretaria del Medio Ambiente. El objetivo de este programa era establecer el calendario y los lineamientos de verificación conforme a los cuales los vehículos automotores de combustión interna circularían en el Distrito Federal. El Programa básicamente daba mayor importancia al año del vehículo para poder asignar un holograma. El fundamento con el que promovieron este Programa versa sobre un derecho humano consagrado en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual contempla que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar.

Este programa causó furor por contener, entre otras cosas, que los autos del año 2014 y posteriores podían obtener el holograma doble cero y circular diario por un lapso de dos años, siempre y cuando no excedieran los límites contaminantes. El holograma cero se otorgaba para los automóviles particulares 2006 y posteriores, y éstos podían circular a diario. Los vehículos particulares de 1999 a 2005 tendrían el holograma uno, y no podrían circular un día a la semana y dos sábados al mes. El resto de los vehículos les fue asignado el holograma dos y no circularían un día a la semana y todos los sábados.

El programa desencadenó un descontento social debido a que la mayor parte de la población no posee un automóvil del año. Además de las protestas sociales hubo personas que se ampararon del Programa. Los Jueces de Distrito fueron los primeros en conocer los amparos, algunos fueron revisados por los Tribunales Colegiados quienes emitieron tesis jurisprudenciales al respecto. Los ciudadanos fundamentaban la suspensión del acto reclamado en el artículo primero constitucional, específicamente en el derecho fundamental de igualdad,

pues el Programa establecía un razonamiento de distinción no justificable respecto a personas que se encuentran en idénticas condiciones.

Entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito se dio una contradicción de tesis, por lo que el presidente de la Corte turnó los autos a la ponencia del señor Ministro Eduardo Medina Moral, suscrito a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para dirimir la contradicción de tesis 88/2015.

El primero de julio del 2015 la Segunda Sala resolvió la contradicción de tesis 88/2015. En su resolución suspendió el Programa para poder verificar los vehículos y obtener el holograma de acuerdo al año del automóvil, dado que el holograma debe otorgarse en función del nivel de contaminantes que emita un automóvil, de acuerdo con los niveles que establece el Programa. En otras palabras, los resultados del examen técnico de verificación son los que determinan el tipo de holograma y no el año del vehículo. De esta forma se da cumplimiento al objetivo del Programa de Verificación, el cual regula la emisión de contaminantes para la protección del medio ambiente.

El Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, conoció el recurso de revisión R.I. 261/2014 en contra de la determinación del juez de Distrito del juicio de garantías que la parte quejosa promovió en contra del Secretario del Medio Ambiente y Secretario de Seguridad Ciudadana del Estado de México, así como del Jefe de Gobierno y Secretario de Seguridad Pública del Distrito Federal; a los cuales reclamó el Acuerdo que establece las medidas para limitar la circulación de los vehículos automotores en los municipios conurbados del Estado de México de la zona metropolitana del Valle de México y el Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el segundo semestre del año dos mil catorce para el Distrito Federal y el Programa Hoy no Circula en el Distrito Federal, específicamente les

reclamaba el establecimiento del año modelo del vehículo para determinar el holograma del automóvil, así como sus efectos y consecuencias.

El juez de Distrito no otorgó la suspensión por los efectos y consecuencias de los actos reclamados, es decir no suspendió que el año modelo del vehículo de la quejosa no obtuviera la calcomanía cero, consecuentemente no circula un día a la semana y todos los sábados tal como lo expresa el nuevo Programa de Verificación. Expreso que si se otorgará la suspensión del acto reclamado “se estarían dando efectos restitutorios a los actos reclamados además de que se contravendrían cuestiones de orden público en perjuicio del interés social, transgrediendo lo dispuesto en el artículo 128, fracción II, de la Ley de Amparo.”³³⁶

El Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito que conoció la revisión del amparo nuevamente no autorizó la suspensión definitiva de los efectos y consecuencias de los actos reclamados, “puesto que dichos actos no son susceptibles de paralización; ya que de otorgarse la suspensión se contravendrían disposiciones de orden público y se afectaría el interés social.”³³⁷ Las razones que estimó versan sobre los motivos y fundamentos legales de los ordenamientos públicos en pugna, pues los mismos tienen la finalidad de garantizar el derecho de toda persona a tener un buen ambiente y nivel de vida adecuado, implementar medidas para proteger la salud, abatir el cambio climático, tomar medidas de prevención y control de la contaminación atmosférica, disminuir las emisiones de vehículos en circulación, instrumentar políticas públicas para limitar el uso del automóvil particular, mejorar la calidad del aire, entre otras.

El Primer Tribunal valoró más el derecho a un medio ambiente adecuado, que asegure la salud, el desarrollo y el bienestar, y consideró con mayor interés la protección al equilibrio de los ecosistemas del país frente a los efectos adversos

³³⁶Engrose de la contradicción de tesis 88/2015, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=178885> (Fecha de consulta 9 de marzo de 2016). p. 7.

³³⁷*Ibidem*, p. 8.

del cambio climático, reduciendo las emisiones de los gases de efecto invernadero. Fundamento su fallo dándole prioridad a los derechos humanos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; específicamente los artículos 2, 25 numeral 1 y 28; así como de lo establecido en los Protocolos de Montreal relativos a sustancias agotadoras de la capa de ozono y en el Protocolo de Kyoto sobre cambio climático, así como diversas disposiciones de derecho interno.

Otro argumento que dio el Tribunal versa sobre el interés colectivo por encima del interés particular, y es un interés colectivo preservar y proteger el equilibrio ecológico, si se concede la suspensión se produciría un daño al medio ambiente o se afectaría la salud de las personas y “sería constitutiva de derechos al conceder un beneficio que la ley no otorga, al soslayar un requisito referente al año modelo del vehículo automotor.”³³⁸ El criterio del Primer Tribunal enfatiza y concede mayor peso al derecho de garantizar y preservar el derecho a un medio ambiente adecuado.

El fallo del recurso de revisión 261/2014 del Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito estableció una tesis jurisprudencial, la cual se contradecía con la tesis del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la que concedió la suspensión definitiva solicitada por el quejoso para el efecto de que pudiera verificar su vehículo y en su caso, se le otorgará la constancia de verificación vehicular u holograma tipo “0”, siempre y cuando cumpliera con los estándares de calidad establecidos en el Programa de Verificación Vehicular Obligatoria. Si el vehículo del quejoso no cumple con los estándares de la normatividad entonces la autoridad “otorgará el holograma que corresponda de acuerdo con las emisiones de contaminantes que se registren en el momento de la verificación, ya sea el “1” o el “2”.”³³⁹ Por lo que dejaría de circular un día entre semana de acuerdo a su holograma.

³³⁸*Ibidem*, p. 10.

³³⁹*Ibidem*, p. 11.

Las razones que tuvo el Segundo Tribunal para suspender el acto reclamado tienden a la protección del derecho a la salud y a un medio ambiente sano y libre de contaminantes, toda vez que el otorgamiento de la suspensión ésta supeditado a no rebasar las normas de calidad del aire, por lo que no se afectan los anteriores derechos. Además, la suspensión del acto reclamado concilia apropiadamente el derecho e interés colectivo de un medio ambiente sano, al exigir que el vehículo del quejoso se someta a los controles de contaminación y restricciones establecidas para cualquier otro, sin atender al año de su modelo. De esta forma no se violan disposiciones de orden público, no se afecta al interés social ni tampoco el medio ambiente. Asimismo, consideró que su decisión respeta el derecho al libre tránsito y al libre uso de sus bienes materiales del quejoso, además “el daño que sufriría la sociedad con la suspensión no es mayor que el que resentiría el quejoso en caso de negársela.”³⁴⁰

La contradicción de tesis entre el Primer Tribunal y el Segundo ponen en evidencia que hay diferentes interpretaciones de la ley por los juzgadores, y cómo sus juicios de valor son trascendentes para los fallos, para ambos tribunales el texto legal es claro al referirse el derecho fundamental de tener un medio ambiente sano, sin embargo el interés social y el orden público lo interpretan desde valoraciones morales diferentes. El Segundo Tribunal interpreta la ley dándole coherencia con la realidad social e institucional, en vista de que su fallo contempla derechos ambientales y derechos a la libertad de uso sobre los bienes, toma en cuenta los motivos legislativos y recurre a principios para suspender una aplicación del Programa vehicular a una persona. Al contrario del fallo del Primer Tribunal quien se apegó estrictamente a las consideraciones del Programa Vehicular y a la normatividad nacional e internacional que contempla el derecho a tener un medio ambiente adecuado para la salud y bienestar.

La tesis que establecieron ambos fallos implica una contradicción porque versan sobre la misma ley y derecho. La Segunda Sala de la Corte resolvió está

³⁴⁰*Ibidem.* p. 13.

contradicción, la cual versó sobre si es posible otorgar la suspensión definitiva del Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el Distrito Federal, sin afectar el interés social ni contravenir disposiciones de orden público. La aplicación del Programa no es la cuestión de la contradicción, pero si lo es el requisito que contempla el año del modelo del automotor y la limitación de la circulación del vehículo, y no los niveles de contaminación que emita.

La Segunda Sala consideró que la suspensión del acto reclamado no contraviene disposiciones de orden público ni se sigue perjuicio al interés social. Los quejosos argumentaron que el Programa de Verificación Vehicular viola el derecho a la no discriminación e igualdad contemplados en el artículo primero constitucional, al limitar la circulación de los vehículos con base en el año del modelo y no con base en la emisión de contaminantes, este Programa causa “un criterio de distinción que no es objetivamente razonable y justificable respecto a sujetos que se encuentran en idénticas condiciones y circunstancias frente a la norma, pues no se atiende al daño efectivo al medio ambiente.”³⁴¹

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresó que los conceptos de orden público e interés social les compete al legislador al crear una ley, sin embargo dichos conceptos no son ajenos a la función del juzgador dado que debe apreciar la existencia en los casos concretos que se les sometan para su fallo, “lo que revela que se puede razonablemente colegir, en términos generales, que se producen esas situaciones cuando con la suspensión se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiere un daño que de otra manera no resentiría.”³⁴²

Al analizar las disposiciones de orden público hay que tomar en cuenta que la ley tenga ese carácter, muchas de las leyes que rigen las relaciones del Estado con los particulares tienen la característica de mantener el orden público, cada

³⁴¹ *Ibidem*, p. 23.

³⁴² *Ibidem*, p. 24.

asunto debe estudiarse con base en el contenido del acto reclamado, y a partir de la normatividad que le sea aplicable; pues la ley positiva es la base del buen derecho, es decir, hay que verificar, sólo para efectos de la suspensión, si el acto reclamado es conforme o no con la normatividad que lo rige.

El artículo 107 de la Constitución Federal fracción X, párrafo primero, dispone que para resolver la suspensión del acto reclamado se debe de ponderar entre el derecho vigente y el interés social, además se deben adoptar las medidas eficaces para la preservación del derecho vulnerado, sin lastimar intereses, principios y valores colectivos jurídicamente preponderantes, “por lo que la discrecionalidad que en ese sentido se confiere al juez, representa la encomienda de adoptar la decisión más adecuada a la maximización de esos propósitos en cada caso concreto.”³⁴³

La Segunda Sala consideró que es necesario analizar los grados de afectación al interés social y al orden público aludidos en el juicio para evaluar el daño y perjuicios de difícil reparación al quejoso, puesto que se le restringe el tiempo de uso de su vehículo. De esta forma se verifica la suspensión definitiva y se precisa que el alcance de la suspensión debe regularse y restringirse por la emisión de contaminantes.

Para la Segunda Sala, restringir la circulación de un vehículo por la emisión de los contaminantes no es contraria al interés colectivo, pues está condicionada al resultado del examen técnico de verificación. La emisión de contaminantes permitidos repercute en la calidad del aire y es acorde a los instrumentos internacionales suscritos por el Estado Mexicano como lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Convenio de Estocolmo de 1974 y el Convenio de Estocolmo sobre los Contaminantes Orgánicos Persistentes.

³⁴³*Ibidem*, p. 25.

La suspensión provisional de la medida del Programa Vehicular no afecta el orden público ni el interés social, pues el fin del Programa es reducir las emisiones contaminantes de los vehículos automotores en circulación para asegurar una mejor calidad del aire; dicho fin “no se afecta por la suspensión temporal del requisito consistente en el año de los vehículos para determinar las limitaciones a su circulación; en tanto se estudia su constitucionalidad.”³⁴⁴

Otorgar la suspensión atiende el deber del Estado de mantener las cosas en el estado que se encontraban antes de la alegada violación; en otras palabras, el año modelo del vehículo no impide obtener el holograma que corresponde a la emisión de contaminantes que emana. De esta forma el quejoso puede acudir al centro de verificación y obtener el holograma que corresponda según el nivel de contaminantes que expida su vehículo, sin considerar su antigüedad. Conceder la suspensión es acorde a las reformas del artículo primero constitucional, que tiene como propósito otorgar una protección amplia e integral a los derechos de las personas.

La Segunda Sala resolvió la contradicción de tesis y dictó la tesis jurisprudencial de rubro: “Suspensión definitiva. Procede concederla contra los efectos y consecuencias de establecer el año modelo del vehículo como factor para determinar las limitaciones a la circulación a que estará sujeto, que impone el programa de verificación vehicular obligatoria para el Distrito Federal.”³⁴⁵

Al igual que el Segundo Tribunal, la Segunda Sala de la Suprema Corte consideró el texto legal coherente con el derecho a tener un medio ambiente adecuado y con la moralidad política de la población de la ciudad de México, en vista de que es injusto otorgar un holograma por la antigüedad del automóvil y no por las emisiones contaminantes que emite. Además el parámetro del año modelo

³⁴⁴*Ibidem*, p. 29.

³⁴⁵Número de tesis 25894, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Décima Época, Segunda Sala, Tomo II , página 2011.

del vehículo no es equitativo y atenta contra la igualdad de condiciones de los ciudadanos.

El fallo de la Segunda Sala se apegó a la naturaleza o al objetivo del Programa, esté dio como resultado la modificación del sentido de la normatividad para el bien de la comunidad en dos sentidos. El primero es que la igualdad de condiciones se protegió jurídicamente, y el segundo es que el medio ambiente se resguardó otorgando el holograma por los niveles de contaminación que emite un automóvil y no por el año modelo del automotor.

La forma de interpretar el derecho vigente de la Segunda Sala es equiparable al convencionalismo en mayor medida que al derecho como integridad, en vista de que no alude a otros derechos fundamentales, salvo el derecho a un medio ambiente adecuado, para justificar su decisión, por ejemplo no el derecho a la no discriminación por su condición social o el derecho a la igualdad, el derecho a la propiedad. Sin embargo su posición respecto de que es injusto asignar un holograma por el año modelo del automotor y no por el grado de contaminantes que emana es de un estilo dworkiniano, en vista de que hay una posición de moralidad política que es acorde con la de la sociedad. La sentencia de la Segunda Sala tuvo un justo impacto en tanto que beneficio a la sociedad y fue acorde a la moralidad política.

El Segundo Tribunal Colegiado si hace una interpretación del derecho que se apega al derecho como integridad ya que desarrolla una argumentación que se funda en lo legal y se razona desde la moralidad política. Aluce al derecho de tener un medio ambiente adecuado, al derecho de igualdad, al derecho de uso de los bienes, la igualdad de condiciones. Jerarquiza los derechos de acuerdo a valoraciones morales que son acordes a la comunidad y las actuaciones del Estado.

Es importante resaltar que ni la Suprema Corte ni los tribunales inferiores hicieron un análisis del tipo económico en relación a las consecuencias de si se otorga o no la suspensión del acto reclamado. Manipulaban la ley de acuerdo al interés que expresó el legislador en el considerando del Programa. El Segundo Tribunal de alguna forma interpreto la ley bajo el esquema de igualdad contemplado en los instrumentos jurídicos y cito un principio jurídico para fundar su fallo.

Entender el derecho desde la perspectiva del derecho como integridad hace que la aplicación de la ley sea acorde a los ideales de un Estado frente a su comunidad política. Los derechos humanos contemplados en el derecho vigente requieren de razonamientos morales para garantizarlos y protegerlos. La teoría del derecho como integridad de Dworkin contribuye una metodología interpretativa para los organismos judiciales como se verá en el siguiente apartado.

3.5 ¿Las concepciones de Dworkin pueden contribuir como metodología interpretativa para los Organismos Judiciales Mexicanos?

La metodología interpretativa que describe el filósofo norteamericano ofrece herramientas interpretativas y argumentativas para operar el derecho y hacer frente a la toma de decisiones e interpretaciones difíciles en una sociedad como la nuestra, sobre todo cuestiones que engloben dilemas morales y derechos humanos. El derecho visto como un instrumento que constituye y regula al Estado mismo, da origen y regulariza cualquier institución sea de carácter gubernamental, económico, social o político. En un Estado Constitucional de Derecho no sólo es necesario preservar lo que el máximo ordenamiento exige sino también el deber ser al que aspira cualquier régimen jurídico.

El derecho permea cualquier aspecto de la vida tanto de las personas como del Estado, por ello es necesario verlo como una totalidad que tiene un sentido de coherencia, particularmente con la justicia y la equidad. Los problemas de la

interpretación judicial no sólo surgen por el lenguaje vago o ambiguo sino también porque la literalidad de la norma aplicada a lo fáctico puede constituir un problema. Dworkin ejemplificó como puede ser interpretada y luego argumentada una ley, un precedente y la constitución, en todo momento su idea es que a través de la interpretación se puede hacer de la norma o de la institución lo mejor posible en la historia jurídica de una nación. Correspondientemente, interpretar constructivamente equivale "a reconstruir el orden jurídico en su totalidad para cada caso, de tal forma que el sistema jurídico pueda justificarse con base en un conjunto de principios y mostrarse para el caso concreto como ejemplar del derecho en general."³⁴⁶

Interpretar y argumentar el derecho para hacer de el lo mejor posible exige comprender su naturaleza y su finalidad, a través de la comprensión es posible llegar a la transformación de conceptos que nos auto determinan y se institucionalizan. Además interpretar es entender y ocuparse de los propósitos impuestos a una práctica social. El papel creativo del juzgador al argumentar el derecho consiste en incluir factores de legalidad, de moralidad política, de objetivos sociales que sean benéficos para una comunidad, es decir de directrices y de principios como la equidad y la justicia.

En la práctica legal estamos inmersos en una visión que a veces no considera los ideales o virtudes de una sociedad política como son la justicia o la equidad, por lo que es necesario tener un modo interpretativo que unifique la práctica legal y su justificación política, pues de esta forma las decisiones judiciales no sólo son legales sino también legítimas. Consecuentemente de la unión del derecho y su justificación política surge el ideal de la integridad, la cual exige una coherencia lógica en la ley.

³⁴⁶Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, 6ª edición, traductores Pere Fabra y Luis Díez, España, Trotta, 2010, Colección Estructuras y procesos. p. 258.

El ideal de la integridad auxilia la interpretación en vista de que considera que la ley no se agota en su contenido explícito, sino que recurre a lo implícito y al esquema de principios necesarios para justificarla. Además, toma en cuenta que la historia legal debe organizarse y justificarse con principios para continuarla dignamente en el futuro. Interpretar la historia legal requiere de la interpretación creativa y constructiva para imponer un propósito deseado, sin perder de vista la concordancia en la historia legal.

Es una necesidad de legitimidad política y jurídica que un juzgador interprete la ley bajo el esquema de la totalidad del derecho, no tiene que caer en el error de crear reglas *ex post facto*, pues no es legislador y tampoco está facultado para trasgredir la división de poderes contemplados en la constitución, pues atenta contra el sistema Democrático Constitucional.

En el sistema jurídico mexicano sigue imperando el criterio de que cuando una ley requiere ser interpretada se considera la intención del legislador y no la intención del congreso o los contextos socio-políticos por los que se crea la norma, por lo que es necesario que se implementen metodologías de interpretación en la que se tome en cuenta la equidad política de la sociedad y no la particularidad del legislador, además si se quiere hacer de la historia jurídica y legislativa lo mejor posible entonces se tiene que ser coherente respecto a lo que dice y hace el Estado.

Hace falta que el derecho lo interpreten los operadores jurídicos, hasta donde sea posible, como una visión de un sistema de justicia coherente, pues la legalidad en sí misma no produce la legitimidad, además hay que considerar que gran parte de la decadencia del sistema jurídico mexicano es por la falta de credibilidad por parte de la población, esto es reina un escepticismo judicial en vista de que los fallos aspiran a la legalidad sin tomar el derecho en serio, de hecho la opinión popular de los juzgadores es separar la justicia del derecho aun cuando están contempladas en el sistema jurídico.

El derecho como integridad es una visión que incluye principios que proporcionan la mejor justificación posible de los instrumentos legales en vista de que obliga a ver el derecho como un conjunto coherente y estructurado. Si un juzgador interpreta la ley no de acuerdo a su juicio sino a lo que mejor compete a una comunidad política se reafirma el imperio de la ley y no el del juzgador.

Los jueces que resuelven los casos difíciles aplicando el ideal del derecho como integridad tratan de hallar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y legal de una comunidad, basándose en un conjunto de principios coherentes sobre el derecho y los deberes de las personas. El juzgador debe de tener una actitud constructiva, en vista de que la labor interpretativa que emprende debe encontrar y demostrar el mejor camino hacia el futuro cumpliendo con el pasado.

Finalmente para concluir el presente trabajo vale la pena enfatizar que la teoría del jurista norteamericano no es que sea la mejor, pero si representa una alternativa argumentativa que no excluye a la moral para operar el derecho en una sociedad pluricultural y democrática, como la nuestra, en la que impera un positivismo jurídico que se contrapone, hasta cierto punto, a lo que la sociedad necesita y exige. La teoría del derecho como integridad considera el derecho en serio al tratar de impactar lo más justo y equitativo posible en una comunidad política. Además la teoría dworkiana es compatible con los derechos humanos y su interpretación, pues las razones para argumentar los derechos humanos no solamente son jurídicas, sino morales e históricas, dado que comparten los mismos objetivos ya que ambos apuntan a la seguridad jurídica y al desarrollo pleno de la persona.

Conclusiones

Primero. La discusión Hart-Dworkin versa sobre la legalidad y la moralidad. Para Hart la legalidad se restringe en los hechos sociales, para Dworkin además de los hechos sociales están los hechos morales. Para ambos autores un sistema jurídico debe de contemplar y basarse en aspectos de moralidad y justicia. Para Hart el argumento moral no es determinante para la construcción del argumento ni razonamiento jurídico. Desde mi perspectiva el razonamiento jurídico es parte de la racionalidad del ser humano, por lo que no se puede desligar tan fácilmente de otros tipos de racionamiento como el moral, el práctico o el instrumental. Hay asuntos jurídicos en los que se deciden cuestiones éticas, morales y jurídicas, como la reciente decisión de la Suprema Corte en relación al consumo recreativo de la marihuana. Las decisiones del alto tribunal que versan sobre cuestiones de moralidad política y no solo legales, por lo tanto deben de de considerar la moralidad política como parte del derecho, pues la simple legalidad no es suficiente para ser legítima y justa.

Segundo. La regla de reconocimiento propuesta por Hart determina el derecho aplicable, pues establece los criterios de validez y delimita las fuentes de las normas jurídicas. Al delimitar no deja de lado los principios o razones morales, simplemente Hart considera que las reglas jurídicas deben construirse en un lenguaje general y evitar que las normas sean controvertibles, por ello pueden tener un halo de vaguedad o de textura abierta para que el juzgador delibere discrecionalmente. Dworkin rechaza la discrecionalidad, un juzgador tiene que ingeniárselas por medio de la interpretación y valerse de principios o de directrices políticas, dado que no está facultado para crear derecho, sus facultades restringen su actividad a la aplicación y vigilancia de la ejecución, si excede de sus facultades atentan contra el Estado Constitucional de Derecho y consecuentemente contra el sistema democrático.

La vaguedad en el derecho es consecuencia de la vaguedad en el lenguaje, es cierto que no se pueden determinar casos particulares, por ello nos valemos de proposiciones generales. Le doy la razón a Dworkin de que ante la vaguedad el juez no tiene discrecionalidad, pues finalmente su actividad está regulada por la regla de reconocimiento y por fundamentos o principios políticos y de derecho, los cuales le exigen resolver con forme a derecho y no bajo su discrecionalidad.

Tercero. Para Hart el derecho es un sistema complejo de reglas sociales en las que se funda la normatividad del derecho. Las reglas sociales determinan la conducta humana en la sociedad. El aspecto normativo de la regla social es consecuencia de su aspecto interno, de ahí que la génesis y permanencia de las reglas se ubique en las prácticas sociales. Para Dworkin, además de considerar las reglas sociales como la fuente de la normatividad legal, también considera las razones morales, las directrices y principios políticos. Los principios expresan razones que hacen referencia a la justicia y equidad, son equiparables a los principios generales del derecho. Las directrices expresan objetivos sociales que se deben alcanzar y que por lo tanto se consideraran socialmente beneficiosos.

La génesis de la normatividad en el derecho desde mi perspectiva no sólo se encuentra en la norma jurídica o en las reglas sociales, también se encuentra en la racionalidad moral, ética, política o práctica. Es apropiado separar la validez jurídica de la moral, pero a veces es necesario considerar las razones morales para argumentar la validez jurídica. Las instituciones judiciales deben de apegarse a cuestiones de legalidad y de legitimidad política y social, de ahí la importancia de considerar la moral.

Cuarto. Dworkin considera que las convenciones políticas del pasado no son las únicas fuentes que generan derechos, pues hay otro tipo de convenciones como la moralidad de la colectividad que pueden fungir como parte del sistema legal, no sólo para existir en el sistema sino para que este progrese. Si no hay convención pero si un acuerdo de convicción entre la mayoría, entonces, si es

pertinente, se debe aplicar como una regla pues la mayoría considera que es lo mejor. La única excepción por la que no se considera la moralidad social como una fuente de interpretación es cuando median derechos individuales.

El pensamiento de Dworkin comparte ideales del iusnaturalismo, pero hay que acotar que éste autor considera que hay derechos que se han vuelto intrínsecos, universales, e intransferibles por luchas sociales y revoluciones. También, se apega y va más allá de algunos ideales del liberalismo, pues considera que hay derechos que no están reconocidos jurídicamente pero la naturaleza humana los posee, a saber, los derechos fundamentales, los cuales considera como elementos básicos y constitutivos de la ley. La exigencia de que el juzgador debe apelar a la moralidad política como una fuente de derecho cuando no peligran derechos individuales, es necesaria y legítima, pues es contraproducente creer que el criterio del juzgador tiene más peso que las exigencias sociales.

Quinto. El tema de la discreción judicial pone en evidencia que la adjudicación judicial tiene una cierta atribución legislativa, sin embargo la teoría del derecho de Dworkin hace frente a este dilema de los Estados Democráticos de Derecho, pues el derecho no se agota ni se define en la legislación sino también en la moralidad política y los principios. La generalidad del lenguaje de la norma jurídica permite hacer una interpretación del derecho acorde a la regla de reconocimiento y otras dimensiones propias de una comunidad política, de esta forma el juzgador posee otros parámetros para interpretar la ley sin recurrir a la discrecionalidad.

Considerar que la labor judicial se enmarca dentro de la actividad del Estado, implica no olvidar las obligaciones y responsabilidades de los funcionarios públicos que lo personifican, consecuentemente el operador jurídico no tiene la atribución de resolver a su discreción sino a los intereses del Estado. Interpretar el derecho sin recurrir a la discrecionalidad es uno de los mayores aportes a la teoría

jurídica y política en vista de que concilia las exigencias de las democracias constitucionales.

Sexto. Dworkin apela a la moral y a la política para interpretar y aterrizar el texto legal, su teoría legal representa la comprensión y legitimación de que el derecho forma y regula al Estado. El Estado lo considera como una persona moral, posee valores y principios que velan su forma de actuar, no importa que los funcionarios públicos que lo personifican no compartan los mismos principios. La responsabilidad de la función pública se construye sobre una base de principios y valores comunes, y no sobre particulares. Su finalidad en la comunidad política es siempre procurar el desarrollo y bienestar de cada persona, desde una perspectiva de ética, de justicia, de debido proceso y de equidad.

Séptimo. La equidad en la política implica encontrar procedimientos que distribuyan el poder político de una forma conveniente. La justicia se ocupa de que las decisiones institucionales protejan las libertades civiles y distribuyan los recursos materiales de forma equitativa. La integridad en la concepción de debido proceso reclama que los procedimientos empleados en los juicios logren un adecuado equilibrio entre exactitud y eficiencia al acatar cualquier ley. Estos principios políticos manifiestan el compromiso con la coherencia y aluden a la integridad como parte del derecho.

Octavo. La teoría jurídica de Dworkin aspira a la integridad legal y política. La integridad es una virtud que exige que los poderes públicos se conduzcan coherentemente respecto de principios de justicia, equidad y debido proceso. El principio de coherencia se refiere a que las nuevas reglas deben ajustarse a las normas ya establecidas, de tal forma que el conjunto de reglas funcione unido y mejore la situación social. La integridad en la legislación exige a los legisladores mantener coherencia en el derecho, es decir, la ley tiene que ser coherente desde el punto de vista moral, el legislador debe procurar los derechos morales y políticos de todos para que las normas expresen un esquema de justicia y equidad

coherente. La integridad en la adjudicación alude a que los aplicadores de la ley lo hagan de forma responsable y con coherencia, además deben concebir las distintas leyes como una totalidad y no considerarlas por separado.

Asimismo, la integridad en la adjudicación respeta los ideales de una comunidad de principios sin recurrir en el argumento perverso de que todos debemos de regularnos por los mismos objetivos y estrategias políticas en todas las situaciones, pues tiene presente que existen derechos individuales y que la legislación que es aplicable hoy, puede ser que mañana no lo sea porque puede tener o considerar otros objetivos que alcanzar. De esta forma, la integridad en la adjudicación exige que el juez tome el conjunto de pautas jurídicas, sobre la suposición de que fueron creados por una persona moral que expresa una adecuada concepción de justicia y equidad, de tal forma que las respete y las exprese como un grupo coherente de principios.

La integridad de la teoría y práctica jurídica y política es una de las propuestas teóricas de Dworkin más importante, pues muchas veces los doctrinarios se enfocan en el derecho sin tomar o incluir postulados políticos o evaluar la aplicación de la ley en lo factico, la integridad no pierde de vista el lado institucional y social. Cabe mencionar que el pensamiento de Dworkin es acertado en cuanto que exige que abandonemos la costumbre de que el gobierno se conduzca contradictoriamente y no coherentemente.

Noveno. La integridad proporciona protección contra la parcialidad, el engaño u otras formas de corrupción, contribuye a la eficiencia del derecho, exhorta a cada ciudadano a aceptar exigencias y tenerlas hacia los otros, compartiendo y extendiendo la dimensión moral de cualquier decisión política explícita.

Décimo. El derecho es un concepto interpretativo, y en la práctica judicial esto se demuestra para cada caso en particular, pues para cada asunto se puede

emplear algún tipo de interpretación idónea, por ejemplo una interpretación económica, igualitaria o buscando las intenciones del congreso. La norma jurídica cuando no es clara hay que interpretarla para hacer de la norma y del derecho una práctica adecuada a la realidad social. Interpretar no es lo mismo que inventar, en este sentido el juzgador está facultado para interpretar las reglas. La base para construir una interpretación del derecho es desde los fundamentos político, prácticos y morales del derecho, a veces estos fundamentos han sido negados o no han sido reconocidos. El derecho no es meramente instrumental sino que es un fin en sí mismo, el cual procura la justicia, la igualdad y la equidad de ese basto poder. Tomarse los derechos en serio implica garantizar la realización de los derechos o si existen buenas razones para no aplicarlos entonces hacer que estos no prevalezcan, debe darse prioridad a los derechos individuales o de las minorías.

Décimo primero. La teoría del derecho como integridad de Dworkin acepta la ley y los derechos con franqueza, no es una teoría escéptica de los derechos legales. Considera que el derecho beneficia a la sociedad no sólo en el aspecto de equidad o procesal que la ley contempla, sino que asegura la igualdad entre los miembros de la comunidad y proporciona una justificación moral para ejercitar su poder político. Contempla que los derechos y las responsabilidades están previstos en decisiones del pasado y que los fallos judiciales involucran principios de moralidad y de política que los justifican, consecuentemente, una comunidad posee derechos a partir de los principios que proporciona la más sólida justificación de la práctica legal.

Décimo segundo. Dworkin expone una teoría integral de la práctica legal y política a partir de que considera la constitución como el texto al cual están sometidos los poderes de un Estado. Quien interpreta y le da sentido al texto supremo son los juzgadores, consecuentemente el juzgador debe estar preparado e interpretar el derecho de tal forma que sus fallos sean acordes con la historia

legislativa y con las necesidades sociales que demanda la sociedad y las personas.

La idiosincrasia de un juzgador es diferente de la sus homólogos, sin duda el juzgador de la ciudad posee otras nociones de moralidad y de política del juzgador de provincia. Sin embargo, ambos tienen un sentido de lo humano y de lo políticamente correcto por lo que pueden hacer inferencias de razones morales, prácticas y legales para aplicar el mejor derecho. Dworkin en el *Imperio de la Justicia* hace referencia a las cortes máximas debido a sus facultades, los juzgadores que integran el supremo tribunal es a quienes les exige pensar, interpretar y darle un sentido de integridad al derecho.

Décimo tercero. El concepto de hermenéutica de Gadamer influenció a Dworkin para desarrollar su concepto de interpretación, dado que el trabajo del filósofo norteamericano circunscribe la interpretación jurídica a una tradición jurídico político de una comunidad, la interpretación se realiza por medio del lenguaje y se presenta por medio de la argumentación. En la argumentación esgrimida el lenguaje no hace diferencia entre la normatividad jurídica y moral. De hecho en la argumentación que procede de la interpretación se aprecia con claridad esta relación. Dworkin a través de la interpretación del derecho reformula el sentido o la finalidad que tenga alguna ley para hacer de esta la mejor posible dentro de la historia legal del sistema jurídico. Por medio de la interpretación y reinterpretación se le puede asignar otro significado a la institución y hacerla mejor.

Décimo cuarto. La integridad de la teoría y práctica legal y legislativa que expone Dworkin en *Law's empire* tiene nociones e influencias de una forma especial de liberalismo. Toma como base la igualdad, el valor más importante para cualquier concepción de moralidad política. Asimismo, una comunidad fraternal es una comunidad donde hay igualdad en vista de que hay igual interés y respeto

entre las personas. La distribución de los bienes, las riquezas, las oportunidades y el destino de las personas también son materia del Estado.

Décimo quinto. Consideró que la teoría de Dworkin concibe al Estado como producto del Derecho. Es decir, el Estado es una construcción del derecho, el poder del Estado está determinado y se deriva de la legalidad en el derecho. El Estado de Derecho expresa que el Estado se determina por el derecho como principio anterior de validez. La validez como la considera Dworkin se circunscribe a cuestiones de moralidad política, principios y directrices políticas. El Estado se personifica por medio de los funcionarios públicos que realizan sus fines, a saber, la ley habla por medio del juez, quien en todo momento debe interpretar la ley con el fin que tiene el derecho de proteger la libertad y la dignidad humana.

La constitución positiviza el derecho, tanto el que es como el que debería ser, el cual está contenido en los principios y derechos fundamentales. Si en la constitución se contemplan los derechos humanos, entonces cualquier aplicación de la norma jurídica debe respetarlos y protegerlos. Los fundamentos de los derechos humanos son razones morales, de naturaleza humana e histórica. Sin duda toda controversia moral y jurídica aparea un dilema, pero optar por una interpretación que contemple la dimensión moral y política es mejor que aquella que se restringe en lo jurídico. En este sentido Dworkin se inclina a la legitimidad y normatividad empírica, es decir, debe haber una correspondencia de la ley con las normas morales, sociales y otras concepciones de la sociedad.

Décimo sexto. Dworkin propone una forma de interpretar el derecho que se toma en serio los ideales de un sistema político, tal como la justicia, la equidad y la igualdad. Consideró que la interpretación de la Corte Interamericana en el caso de Rosendo Radilla es un ejemplo de interpretación estilo dworkiniano a causa de que, para emitir su fallo la Corte consideró la naturaleza y el fin de las Convenciones Interamericanas en materia de derechos humanos que fueron controvertidas, analizó el contexto-socio político de la época y la estructura jurídica

del sistema jurídico mexicano, bajo una perspectiva de lo que requiere la constitución y la necesidad de tener mecanismos para llevar a cabo las obligaciones de los instrumentos internacionales. Los diferentes derechos humanos trasgredidos son argumentados con razones: jurídicas, morales y éticas. No pierden de vista que el ser humano se desenvuelve en una dimensión política, legal y social, por lo que no deja de lado los principios políticos y éticos que un ser humano y un Estado debe de tener. El sentido de la sentencia de la Corte aspira a lo que los instrumentos internacionales salvaguardan e idealizan.

Décimo séptimo. Hay juzgadores mexicanos que no tienen el enfoque de Dworkin, un ejemplo es la contradicción de tesis 88/2015 resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En esta contradicción se aprecia que la metodología interpretativa se apega únicamente al Programa de Verificación en pugna. La interpretación que realizan se apega al considerando del Programa y a los criterios para otorgar el holograma, también se preocupan por salvaguardar el derecho consagrado en el artículo 4 constitucional, y el interés social y el orden público al que alude el Programa, a pesar de que llegan a una conclusión legítima y legal, pues fue justa y acorde con la moral y los instrumentos jurídicos de la sociedad, los razonamientos esgrimidos son pobres en el sentido de que no apelan a otras leyes y derechos con los cuales fundar y argumentar su fallo, no analizan el fondo del asunto a la luz de una interpretación económica o de igualdad.

Décimo octavo. La teoría de Dworkin ofrece una visión en la que funda la normatividad y validez del derecho en aspectos de moralidad política, por medio de la interpretación y argumentación se pueden incluir factores que no están determinados explícitamente en las normas jurídicas. La argumentación judicial funge como un vínculo para incluir y justificar cuestiones de moralidad que son importantes en una sociedad y que a veces son necesarios para justificar y dar mayor legitimidad a las decisiones judiciales. La percepción del filósofo

norteamericano acerca del derecho responde a necesidades de legitimidad jurídico político que tienen las sociedades políticas modernas.

Décimo novena. El derecho y la moral aluden al comportamiento humano, ambos comparten términos lingüísticos como; deber, obligación, culpa o responsabilidad. Así como comparten algunas palabras hay derecho que tiene una clara dependencia de la moral social vigente, y hay moral social que pretende contar con el refuerzo coactivo del derecho para así lograr eficacia social. La tesis de que el derecho necesita de la moral para ser legítimo es una tesis peligrosa, pues a veces la moral puede ser retrograda en comparación con la ley. Consideró que es legítimo y válido que el derecho positivo sea argumentado y fundado desde la moral cuando las fuentes del derecho no sean suficientes y peligren los derechos fundamentales.

Reflexiones.

La teoría del derecho como integridad de Ronald Dworkin es una visión que parte de la perspectiva de los máximos juzgadores. *El Imperio de la justicia* es una obra que evidencia que por medio de la interpretación y la argumentación es posible incluir factores de moralidad en un fallo judicial. El juzgador interpreta e impone a la ley un sentido, el sentido no se agota en el ámbito judicial, pues los actos judiciales, como actos del Estado trascienden a la sociedad y consecuentemente a ciertas personas, de ahí la importancia de reconsiderar el sentido que le dan al derecho y las implicaciones de tales fallos apelando a otros ámbitos fuera de lo legal por ejemplo en la esfera social y política. Más aún porque sus decisiones son vinculantes para casos futuros, son esenciales a la decisión y tienen un impacto social.

La teoría y práctica legal es un legado importante de la filosofía de Dworkin en virtud de que los filósofos del derecho se han ocupado de estudiar los fundamentos teóricos del derecho sin considerar la dimensión social y práctica. Parte de la decadencia del sistema jurídico mexicano es porque los fallos se circunscriben a ámbitos de legalidad que a veces excluyen la justicia o la equidad, lo cual produce en la sociedad un cierto descontento y escepticismo judicial. Hay muchos juristas que consideran que en el derecho no es correcto hablar de justicia sino de legalidad, pero esta opinión es contraproducente a la concepción de derecho del sentido común.

El análisis de Dworkin nos invita a reflexionar de qué forma entendemos el derecho, pues del concepto de derecho se deriva una práctica que se justifica a sí misma por medio de la noción. En nuestra tradición jurídica domina el legado del positivismo, el cual nos ha funcionado porque desafortunadamente estamos alejados del ideal de una sociedad de principios, la corrupción, la arbitrariedad, la impunidad son prácticas comunes de las instituciones gubernamentales que sin duda alguna se regulan mejor con un apego estricto a la ley.

De la teoría de Dworkin se pueden tomar algunos elementos que contribuyan al mejoramiento de la impartición de justicia en México, por ejemplo en materia civil o administrativa, donde la propia ley reconoce amplias formas de interpretación, un juzgador puede considerar cuestiones de moralidad política y argumentarlas y fundamentarlas con la normatividad para hacer de su decisión un fallo legal y legítimo.

Asimismo, las interpretaciones de la Suprema Corte para hacer jurisprudencia o para hacer una declaración de inconstitucionalidad pueden ser mejores si se replantean las formas de entender e interpretar el derecho. Además al ser la máxima institución judicial tiene que tener presente que en la sociedad actual se requiere que cualquier decisión judicial sea coherente con el sistema legal, y si es el caso con la moralidad política.

Nuestra tradición jurídica nos ha heredado una visión que aparentemente rompe tajantemente la delgada línea entre la moral y el derecho. Dworkin muestra como esa separación se une y se expresa por medio de los principios y su argumentación vertida en un fallo judicial. Habrá juristas que consideren que es mejor separar el derecho tanto teórica y prácticamente de la moral y de la política, sin embargo en la práctica estas divisiones no son claras.

La teoría de Dworkin puede ajustarse muy bien a la interpretación y aplicación de los derechos humanos, pues finalmente la teoría del jurista norteamericano reconoce que hay derechos que anteceden a la creación legislativa, de hecho pone mayor énfasis en los derechos individuales sobre los colectivos. Sus postulados concilian dos necesidades de cualquier sistema jurídico moderno, por un lado prevé el derecho de la colectividad y por otro lado asegura los derechos individuales.

Las ideas del profesor norteamericano son una invitación a la reflexión y al estudio de temas que muchos juristas no consideran con importancia debido al

legado de la tradición, por ejemplo el tema de la adjudicación judicial y su relación con la política. Dworkin puede ser un pensador incómodo para algunos porque es un crítico y heterodoxo de las construcciones sociales; como el derecho. Sin embargo sus ideas funcionan como brújulas para el conocimiento y por lo tanto para la construcción de una mejor realidad social desde el derecho.

Bibliografía

ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*. Traductor Carlos Bernal Pulido, España, Edit. Marcial Pons, 2008.

BIX H., Brian, *Filosofía del derecho: ubicación de los problemas en su contexto*. 3ra edición, traductores; B. Flores Imer, Ortiz Totoricagüena Rodrigo, Vega Gómez Juan, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

BONORINO, Pablo Raúl, *Integridad, derecho y justicia: una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Colombia, Siglo del Hombre Editores y Universidad Nacional de Colombia, 2003.

_____, *Objetividad y verdad en el derecho. Variaciones sobre un tema de Dworkin*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N° 22.

DWORKIN, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, traducción de Claudia Montilla, Barcelona, Paidós, 1993.

_____, *La filosofía del derecho*, traducción de Javier Sáinz de los Terreros, 2da ed., México, FCE, 2014.

_____, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

_____, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, España, Ariel, 1989.

_____, *El imperio de la justicia*, 2° edición, traducción de Claudia Ferrari, España, GEDISA, 1992.

_____, *Justicia para erizos*, traducción de Horacio Pons, México, FCE, 2014.

ENDICOTT, Timothy A.O., *La vaguedad en el derecho*, traductores J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, España, DYKINSON, 2006.

ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 351.

GADAMER, Hans-Georg, *La razón en la época de la ciencia*, traducción Grazón Valdés, España, Edit. Alfa, 1981.

_____, *Verdad y método*, decimosegunda edición, traductores Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Edit. Sígueme, España, 2007.

GAUTHIER, David, *La moral por acuerdo*, traducción de Alcira Bixio, España, GEDISA, 1994.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa, 5ª edición, México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Sexta Edición, traducción de Pere Fabra y Luis Díez, España, TROTTA, 2010, Colección Estructuras y procesos.

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2da edit., traductor Carrió R. Genaro, Argentina, Abeledo-Perrot, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 1992.

_____, *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.

KENNETH, Einar Himma, *Derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente*, traducción de Jorge Fabra, Carolina Guzmán Buelvas y Mattan Shrager, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011.

MALERO DE LA TORRE, Mariano C., *Dworkin y sus críticos*, Tirant lo Blanc, España, 2012.

MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, trad. Marcelo Mendoza Hurtado, España, GEDISA, 2001.

NAVA, Tovar Alejandro, *La institucionalización de la razón*. México, ANTHROPOS y UAM, 2015

RAMÍREZ, García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Edit. Oxford University Prees, 2012.

RICOEUR, Paul. *Lo Justo*, traducción de Carlos Gardini, Chile, Jurídica de Chile, 1997.

GUERVÓS, Santiago Luis, *Hans-Georg Gadamer*, Biblioteca filosófica, Edit. Del Orto, España, 1997.

SCHMITT, Carl, *El valor del estado y el significado del individuo*, traductor Celestino Pardo, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, Clásicos Políticos.

HOBBS, Thomas, *El Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*, décimo sexta reimpresión, traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 2010.

VEGA, Gómez Juan, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, España, DYKINSON, 2014.

WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho natural y justicia material*, traductor F. González Vicent, Aguilar, España, 1971.

Hemerografía

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "La superación de la alternativa entre el derecho natural y el derecho positivo en la teoría y filosofía jurídica contemporánea", *Conocimiento y Cultura jurídica*, revista del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Año 5, Número 8 de la Segunda Época, Julio-Diciembre de 2010, pp. 29-52.

ATIENZA, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, "La regla de reconocimiento y el valor normativo de la constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho)", *Revista Española de derecho constitucional*, España, No 47, 1996, mayo-agosto, p. 34.

CALSAMIGLIA, Albert. "Dworkin y el enfoque de la integridad" en *Revista de Ciencias sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, 1995, pp.45-68.

FERRAJOLI, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", Traducción de Miguel Carbonell, *Cuestiones constitucionales*, México, 2006, Núm. 15, julio-diciembre, pp. 114 - 136.

FIGUEROA, MARCOS. "Reglas y principios en Ronald Dworkin. Una aproximación conceptual a los derechos fundamentales", *Jus Semper Loquitur*, revista del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, núm. 36.

Gaceta Oficial del Distrito Federal, México, décima séptima época, no. 1889 bis 30 de junio de 2014

LOZANO Woolrich, José Doménico. "Integridad: confrontación de las tesis de Ronald Dworkin con la práctica electoral mexicana", México, *Justicia Electoral: Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera Época, 2008, Vol. 1, núm. 2, pp. 135-180.

MELERO de la Torre, Mariano C. "La razón jurídica como modelo de razón pública: Rawls, Dworkin y el Derecho". *Enrahonar* 43, 2009, pp. 83-109.

ROJAS Amandi, Víctor Manuel. "El concepto de derecho de Ronald Dworkin", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 2006, Número 246 Julio-Diciembre, pp. 355-415.

Cibergrafía

AGUILERA Portales, Rafael Enrique. "La función de la filosofía política y jurídica en Ronald Dworkin". México, Página web: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/20/aguilera20.pdf>

ARJONA, César. "Afinidades entre Dworkin y Pound. Un breve estudio sobre influencias y coincidencias". *Doxa*, España, Cuadernos de Filosofía del derecho, No 26. Página web: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD48011823.pdf>

ATRIA, Lemaitre, Fernando, "Del derecho y el razonamiento jurídico". *Doxa*, España, Cuadernos de Filosofía del derecho, N. 22, 1999, Página web <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10293>

BUSTOS, Concha, Ismael. "Una nueva aproximación a la justicia Constitucional: El enfoque de Dworkin", Universidad de Chile. En la página web: [http://Downloads/Dialnet-UnaNuevaAproximacionALaJusticiaConstitucionalElEnf-2649780%20\(1\).pdf](http://Downloads/Dialnet-UnaNuevaAproximacionALaJusticiaConstitucionalElEnf-2649780%20(1).pdf)

CALSAMIGLIA, Albert. "El concepto de integridad de Dworkin". Página web: http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_25.pdf

CARRIÓ, Genaro. "Dworkin y el positivismo Jurídico", Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, página web: revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/.../485

Contradicción de tesis 88/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, página web: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=178885>

DELGADO, Pinto, José. "La noción de integridad en la teoría del derecho de Dworkin: análisis y valoración." *Revista de la Universidad de Salamanca*, España, página web: <http://hdl.handle.net/10016/1520>

DWORKIN, Ronald. "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", traducción: Leonardo García Jaramillo, USA, *Scholar of the Year*, 2000. Página web: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/2523/205>

GARCÍA Amado, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", *Revista jurídica de Castilla y León*. Universidad de León, España, Nº 35, julio-diciembre, 2006. Página web: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/34/34>

_____, "Filosofía hermenéutica y derecho", *Revista jurídica de Castilla y León*, Universidad de León, España, No. 5, 2003, pp. 191-211. Página web: http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/0213-3563/article/viewFile/3775/3790

_____, "Pidiendo el principio. Dworkin y la teoría del derecho en serio", España, marzo, 2014. Página web: <http://www.garciamado.es/2014/03/pidiendo-el-principio-dworkin-y-la-teoria-del-derecho-en-serio/>

MELERO, C, Mariano. "Derecho e interpretación en Ronald Dworkin". Página web: <http://hdl.handle.net/10016/14204>

MORALES, Lizárraga, Miguel Eduardo. "La controversia Hart-Dworkin en torno a la decisión judicial", *Amicus Curiae*, México, Segunda Época, Número 3, Volumen 2. En la página web: <http://revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/40383>

MUÑOZ, González, Antonio José. "Casos difíciles y derecho como integración. (Estudio sobre la teoría jurídico filosófica de Ronald Dworkin)." *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, España, Nº 3, 1999/2000, pp. 57-66. Página web: files.rojaspereira.webnode.com.co/.../CASOS%20DIFÍCILES%20Y%20DERECHO%20COMO%20INTE.

PÉREZ, de la Fuente, Oscar. "¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad."

Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 13, 2010, pp. 141-184. Página web: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/9639>

PLATAS, Martínez, Arnaldo. "Dos aproximaciones a Ronald Myles Dworkin", *Letras Jurídicas*, México, No. 27. Enero-Junio 2013. En la página web: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/27/A10.pdf>

RÍOS, Ruiz, Alma de los Ángeles, "Efectos de la reforma al artículo 1 constitucional, la importancia de los tratados en materia de derechos humanos", *Amicus Curiae*, México, año IV, número 6, p. 1. Página web: <http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/num6/01.pdf>

RODRÍGUEZ, Espinoza, Héctor. "Dworkin, casos difíciles, la novela en cadena, el juez hércules y el derecho como integridad". *Tribuna Sonot*, México, 2013. En la página web: [http://files.rojaspereira.webnode.com.co/200000152-ba1a8bb135/CASOS%20DIF%C3%8DCILES%20Y%20DERECHO%20COMO%20INTEGRACI%C3%93N.%20\(DWORKIN\).pdf](http://files.rojaspereira.webnode.com.co/200000152-ba1a8bb135/CASOS%20DIF%C3%8DCILES%20Y%20DERECHO%20COMO%20INTEGRACI%C3%93N.%20(DWORKIN).pdf)

ROJAS, Amandi, Víctor Manuel. *La teoría de Ronald Dworkin y la aplicación de los principios generales de derecho*, México, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*,
Página web:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/35/pr/pr12.pdf>

RONALD, H. Coase, "El problema del costo social", Página web: <http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf>

SERRANO, Sandra, y Vázquez, Daniel, "*Fundamentos teóricos de los derechos humanos. Características y principios*," México, Curso IV, Página web: http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/serv_prof/pdf/fundamentosteoricosedelosederechos.pdf

SHAPIRO, Scott J., "The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed", University of Michigan Public Law, USA, Working Paper No. 77, 2007, página web: <http://ssrn.com/abstract=968657> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>

STICK, John, "Literary Imperialism: assessing the results of Dworkin's interpretative turn in Law's Empire", *Law Review*, USA, núm. 34, UCLA, 2009. Página web: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=34+UCLA+L.+Rev.+371&srctype=smi&srcid=3B15&key=c071afb3a8e5226c8b032ea820ff923c>

Leyes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Programa de Verificación Vehicular Obligatoria para el Segundo Semestre 2014

Jurisprudencias y sentencias

Engrose de la contradicción de tesis 88/2015, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=178885>

Número de tesis 25894, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 23, Octubre de 2015, Décima Época, Segunda Sala, Tomo II , página 2011.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla
Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>