

## ELOGIO DE LA TEORÍA: EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

IN PRAISE OF THEORY: THE ROLE OF JUDGES IN DELIBERATIVE DEMOCRACY

Jean-Yves Chérot\*

**RESUMEN.** Este documento tiene objetivo destacar la importancia de la relación entre la actividad de los jueces y la sociedad en el contexto de la democracia deliberativa moderna. Por una parte, en las sociedades democráticas actuales marcadas por el *desacuerdo razonable*, los jueces constitucionales hacen las veces de mediadores entre diferentes posturas antagónicas. Por otra parte, un presupuesto de la actividad judicial es la aceptación voluntaria de la fuerza vinculante de los fallos judiciales por la sociedad. Este artículo busca también presentar la discusión entre Posner, Sunstein y Dworkin a fin de determinar los tipos de responsabilidades que tienen los jueces en las democracias contemporáneas. El autor del texto toma como base epistemológica para desarrollar sus ideas las propuestas de John Rawls y Ronald Dworkin.

**PALABRAS CLAVE.** Democracia deliberativa, John Rawls, Ronald Dworkin.

**ABSTRACT.** This article aims to highlight the importance of the relationship between the role of judges and society in the context of modern deliberative democracy. On one hand, in today's democratic societies marked by reasonable disagreement, constitutional judges act as mediators between antagonistic standpoints. On the other hand, a presupposition of judicial activity is the voluntary acceptance of the binding force of judicial decisions by society. Likewise, this article seeks to present the discussion among Posner, Sunstein and Dworkin in order to determine the types of responsibilities that judges have in contemporary democracies. The author epistemological basis is the ideas of John Rawls and Ronald Dworkin.

**KEYWORDS.** Deliberative democracy, John Rawls, Ronald Dworkin.

**Fecha de recepción:** 30 de mayo de 2020.

**Fecha de aceptación:** 11 de agosto de 2020.

---

\* Profesor emérito en Aix Marseille Université, France. Laboratoire de théorie du droit (LTD). Contacto: [j-y.cherot@univ-amu.fr](mailto:j-y.cherot@univ-amu.fr) Publicado originalmente como "Éloge de la théorie" en *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 30, Revue de la recherche juridique 2016-5, pp. 1891-1907. Traducción del francés al español por Augusto Fernando Carrillo Salgado, Licenciado y Maestro en Derecho por la UNAM. ORCID iD: 0000-0001-6107-4917. El traductor dedica este documento a Don Eduardo Jiménez Díaz Barriga, traductor oficial de la Embajada de Francia en México y Profesor de la UNAM.

**SUMARIO.** I. Introducción; II. El desacuerdo razonable como presupuesto de la actividad de los jueces en el contexto de la democracia deliberativa; III. Relevancia de la función judicial en la democracia deliberativa: el método del derecho como integridad; IV. Responsabilidades de los Jueces en el contexto de la democracia deliberativa moderna, 1. La distinción entre jurisdicción y adjudicación, 2. Distinción entre el contexto de justificación y el contexto de legitimación, 3. Sobre la naturaleza de la argumentación jurídica; V. A manera de conclusión: algunas reflexiones sobre el papel de los jueces en la comunidad política; VI. Referencias.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Podemos defender la idea que las interpretaciones judiciales implican abordar temas de justicia; asimismo que el debate sobre estos valores y la interpretación de los derechos que los institucionalizan es necesario para justificar la solución adoptada en un caso particular. La discusión en torno a los temas de moral y justicia naturalmente puede ser llevada ante los jueces con motivo de una controversia jurídica.

Cuando los jueces se enfrentan a estos temas polémicos sobre la moralidad política, ellos se encaran también al controvertido problema del alcance de su responsabilidad; de manera particular sobre el control que pueden ejercer respecto a las apreciaciones realizadas por el legislador, las posibilidades conferidas por la ponderación de principios respecto al control de proporcionalidad, al margen de apreciación que es conveniente dejar al legislador, y, en el caso de las jurisdicciones internacionales, a los Estados.<sup>1</sup>

De tal suerte que, al final, el debate sobre la justicia y la moralidad de las resoluciones dictadas por los jueces en una sociedad plural se centra o debe centrarse en dos aspectos. Nos falta distinguir de manera analítica aquello que es (i) el razonamiento y la argumentación jurídica, y (ii) la responsabilidad que puede atribuirse a los jueces.

## **II. EL DESACUERDO RAZONABLE COMO PRESUPUESTO DE LA ACTIVIDAD DE LOS JUECES EN EL CONTEXTO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Retomemos el análisis con un poco más de calma. Los temas que se han evocado adquieren una dimensión mayor en las sociedades o democracias plurales. En estas democracias reina el “hecho del desacuerdo” que está tan presente como el “hecho del

---

<sup>1</sup> Ver el razonamiento de la Corte de casación sobre el tema del reconocimiento de un sexo neutro, Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 4 mai 2017, D.c. procureur général près la cour d’appel d’Orléans.

pluralismo”,<sup>2</sup> al igual que el “hecho del pluralismo razonable”,<sup>3</sup> o aún como el “hecho de la diversidad”.<sup>4</sup>

Tomar en consideración el “hecho del desacuerdo” y, más aún, “del desacuerdo razonable” se inscribe en el paradigma del pensamiento de Rawls, quien expresa el tránsito de una aproximación puramente conceptual de la búsqueda de la justicia (a través del velo de la ignorancia) en su célebre *Theory of Justice* de 1971, a una aproximación de filosofía política y moral más orientada hacia los hechos políticos, menos desencarnada y en la cual Rawls no solamente admite que puede haber concepciones diferentes sobre el bien sino que también concepciones distintas y razonables sobre la justicia en donde se requiere el contexto empírico y normativo de estos desacuerdos para que puedan ser tratados y, si bien no superados, cuando menos dar lugar a decisiones aceptables para cada uno; este razonamiento lo condujo a participar en el movimiento de la “democracia deliberativa”, que tendrá una gran importancia en la teoría de la democracia a partir de los años 90.

El tránsito -iniciado por un discípulo de Rawls-, Cohen, entre “el hecho del pluralismo” y el “hecho del pluralismo razonable” tiene, en consecuencia, una gran importancia como lo hace notar Landermore.<sup>5</sup> Si el desacuerdo es razonable, *a mínima*, significa que las partes en disputa buscan informarse sobre las opiniones tanto de unos como de otros y que ellas argumentan a partir de principios y no de sus intereses.

Lo razonable deriva de una primera virtud, en primer término, una disposición de ofrecer principios o pautas como condiciones equitativas de la cooperación y; posteriormente, una segunda virtud, aquella de respetar estos principios en virtud de la certeza que los demás también los respetarán. Lo razonable, a diferencia de lo racional, es una “noción intersubjetiva”,<sup>6</sup> que implica la reciprocidad y la voluntad de justificar sus razones a los otros. En la definición de una persona razonable, falta agregar de acuerdo con Rawls “que ella reconoce las dificultades de juzgar (*burden of judgements* o *burden of reasons*) y acepta sus consecuencias.”

Landermore subraya que Rawls:

[...] asimila el papel de lo razonable como un patrón equivalente a la

---

<sup>2</sup> Rawls, J. “The Domain of the Political and Overlapping Consensus”, en D. Coop, J. Hampton, J. Roemer (eds) *The idea of Democracy*. CUP, 1993.

<sup>3</sup> Cohen J. “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en J. Bohman y W. Regh. *Deliberative Democracy*. The MIT Press, 1997, p. 407 y ss.

<sup>4</sup> Ver Knight, J, Johnson, J. *The Priority of Democracy*. Princeton UP, 2011.

<sup>5</sup> Ver Landermore, H. “Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy”, 2006, *Journal of Social Epistemology*, 2017.

<sup>6</sup> Landermore, H, *ibídem*.

verdad en una aproximación constructivista. Sin embargo, él insiste en el hecho que lo razonable no tiene nada que ver con la verdad. A diferencia del intuicionismo racional, el constructivismo político ni utiliza ni niega el concepto de verdad.<sup>7</sup>

De esta forma la democracia puede ser una simple democracia procedimental, pero a condición de comprenderla como una democracia deliberativa o de principios y valores también implícitos en el reconocimiento de la libertad de voto y participación (reciprocidad, modestia en aquello que las personas creen no equivocarse sin por ello ser escépticos, etc.). En una democracia deliberativa como tal, los parlamentos o las legislaturas no son los únicos foros para los principios, la prensa y los medios de comunicación, las escuelas de derecho, sobre todo los tribunales de justicia son también o pueden ser también tales foros.<sup>8</sup>

Es en este contexto que nos situamos para analizar las propuestas de Dworkin, considerando también aquellos planteamientos realizados sobre el particular por Rawls,<sup>9</sup> acerca del papel del juez en una democracia en donde los tribunales pueden ser un “foro” para los principios en un contexto polémico sobre los temas de justicia. Además, nos gustaría traer de nueva cuenta el llamado de Dworkin a un “elogio de la teoría” en la argumentación en derecho, como una suerte de las cualidades de una teoría basada en principios en la argumentación y razonamiento jurídico.

Dworkin propone que el pueblo se someta a las decisiones de los jueces. Sin embargo, esta afirmación ha contribuido a preguntarse cómo los jueces pueden insertarse en la democracia y por ello él mismo ha cooperado -aunque sea modestamente-, a la *teoría de la democracia deliberativa en el contexto de una democracia constitucional*. Dworkin pone en evidencia el papel pedagógico de los tribunales de justicia en beneficio de una democracia deliberativa a la medida; los límites de la capacidad de las legislaturas a deliberar en tanto foro de principios, y el respeto de la supremacía legislativa.

### III. RELEVANCIA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: EL MÉTODO DEL DERECHO COMO INTEGRIDAD

El título de esta comunicación recupera el de un artículo publicado por Dworkin en 1977 en el *Arizona State Law Journal*, en el que hace frente a aquello que él llama las tesis antiteóricas de Posner y Sunstein.<sup>10</sup> De acuerdo con Dworkin, la finalidad principal de su

---

<sup>7</sup> Landermore, H, *ibídem*.

<sup>8</sup> Ver también el lugar que Rawls otorga a la Corte Suprema en su *Liberalisme politique*, traducción francesa, Le Seuil, p. 280.

<sup>9</sup> Dworkin, R. “The Forum of Principle”, *New York University Law Review*, 56, 1981, p. 489.

<sup>10</sup> Dworkin, R. “In Praise of Theory”, *Arizona Law Review*, 29, 1997, pp. 353-376, reeditado en Dworkin, R.

artículo era dar respuesta al reclamo hecho por Sunstein el cual consistía en que en una sociedad marcada por el “hecho del desacuerdo” sobre las grandes temas morales de justicia y de moralidad política, los jueces deberían tratar de no agravar este desacuerdo y, sobre todo, a tratar el caso, según los términos de Sunstein, “parcialmente teorizado”.<sup>11</sup> Era por parte de Sunstein una crítica dirigida a la teoría de la argumentación judicial. Dworkin presenta la crítica de Sunstein como una objeción de tipo “profesionalista” inspirándose en la diferencia existente entre un filósofo y un jurista o juez; reivindicando la frase: “[n]osotros somos únicamente juristas”.<sup>12</sup>

Para Dworkin este debate constituye una buena ocasión para defender aquello que él llama *Derecho como integridad* en el cual los tribunales de justicia representan el insigne papel de un “foro de principios” (*forum of principles*) al servicio de una comunidad política por medio del cual cada persona tiene derecho a la misma consideración y respeto. El *derecho como integridad* reivindica de esta manera, en la aplicación del derecho a un nuevo caso, la búsqueda en las decisiones pasadas de los principios que lo presenten en su mejor forma. Aquello consiste en buscar los principios que corresponden a estas decisiones, pero que les justifican también de la mejor manera desde el punto de vista de la justicia y la moralidad política. Los principios poseen una fuerza justificatoria en aquellos aspectos en donde deben garantizar el desarrollo y promoción de una “comunidad de principios” así como asegurar el mismo respeto a cada uno en dicha comunidad y brindan también su sentido al concepto de participación en una democracia.

El derecho como integridad no está asociado a un método puramente técnico de razonamiento jurídico que sería la búsqueda de una simple coherencia (*bare consistency*). Se trata de una reivindicación en nombre de un valor sustancial de moral política, la “integridad” de una comunidad de principios, en la cual deben contribuir y participar los jueces. La teoría de la cual habla Dworkin se enraza en una argumentación filosófica moral y política, así como en las exigencias de una filosofía moral que, en el pensamiento de Dworkin, rechaza el escepticismo interno a la moral y que reivindica, en una lógica de la verdad como coherencia, la unidad axiológica.

El método del derecho como integridad es, de esta manera, aquella búsqueda o investigación “ascendente” (*argumentative ascent*) en el sentido que ella puede estar orientada, cuando menos en ciertos casos, *hacia la búsqueda de principios* y de ser necesario, particularmente en los casos donde los principios de referencia podrían

---

*Justice in Rules*. HUP, 2006, pp. 49-74.

<sup>11</sup> Sunstein, C. *Legal Reasoning and Political Conflic*. OUP, 1996. Ver el capítulo 2: “Incompletely Theorized Agreements”, p. 35 y ss.

<sup>12</sup> Resumiendo el pensamiento de Sunstein, Dworkin escribe: “We are not philosopher. Law as its own discipline, its own special craft. When you go to law school, you are taught what it is to think like a lawyer, not a philosopher. Lawyers do not try to decide vast theoretical issues of moral or political theory”. *Op cit*, p. 367.

aparecer como entrando en contradicción en su aplicación a un caso, *hacia principios más elevados y abstractos*.

Para Dworkin la contribución de los jueces a esta comunidad de principios es esencial. Él ha puesto en evidencia el contraste entre el alcance de la deliberación y argumentación sobre los principios frente a los tribunales y la rica debilidad de aquello que acontece en los Estados Unidos ante las legislaturas y el Congreso. Sin embargo, por lo general el autor destaca simplemente el carácter esencial de este foro judicial en una democracia para señalar -junto a otros foros como son los periódicos, medios de comunicación y también las *School of Law*- las directrices de una comunidad de principios como tal.

Este *elogio de la teoría* es una alabanza de las cualidades de la teoría de la argumentación judicial en el trabajo de los jueces y frente a ellos, así como también del trabajo de los partidos y de la sociedad, la cual llama Perelman auditorio universal; los jueces se dirigen al conjunto de ciudadanos y, en ocasiones, aún más allá de ellos recibiendo o pudiendo recibir como la Corte Suprema de los Estados Unidos o la CEDH la invitación de *amici curiae*.<sup>13</sup>

#### IV. RESPONSABILIDADES DE LOS JUECES EN EL CONTEXTO DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA CONTEMPORÁNEA

El número 2 de la edición de 1997 del *Arizona State Law Review* contiene especialmente, además del artículo de apertura de Dworkin intitulado *In Praise of Theory*, las respuestas de Posner, Sunstein y la réplica de Dworkin.<sup>14</sup> Estos textos forman un conjunto de argumentos y contrargumentos. El objeto de esta comunicación no es dar cuenta de estas discusiones de manera puntual, sino más bien de aprender los análisis y argumentos que Dworkin proporcionó, así como la ocasión de desarrollar cuatro o cinco puntos importantes sobre el debate de la construcción de acuerdos y desacuerdos en una democracia plural y destacar el papel que los jueces pueden jugar en ella.

La teoría dworkiniana encuentra sus raíces en un país de common law, la cual,

---

<sup>13</sup> Ver por ejemplo, los 78 *briefs* entre ellos las observaciones de los Senadores de los Estados Unidos, académicos, así como historiadores, profesores de derecho, y grupos de presión en el asunto *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey* del 29 de junio de 1992; una decisión que Dworkin ha visto particularmente como ilustrativa del método del derecho como integridad. Ver de igual forma el célebre *Philosophers' brief* en el caso de suicidio asistido firmado por Dworkin junto con Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Judith Jarvis Thomson, *The New York Review of Books* del 27 de marzo de 1997, con una introducción de Dworkin, "Assisted Suicide: The Philosophers' Brief".

<sup>14</sup> Posner, R. "Conceptions of Legal Theories. A Reply to Dworkin", p. 379-388; Cass Sunstein, "From Theory to Practice", pp. 389-404; Dworkin, "Reply", 431-456.

también nació de su pasión por la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La teoría dworkiniana se encuentra profundamente anclada en este universo.

Si bien es cierto la teoría dworkiniana se encuentra vinculada al diálogo sobre la *Judicial Review* en los Estados Unidos,<sup>15</sup> y que conviene sobre todo estar atentos a los contextos históricos y políticos existentes en nuestras diferentes democracias, su propuesta aclara la discusión que puede tener lugar sobre el papel de los jueces en la construcción de acuerdos y desacuerdos así como su responsabilidad en todas las democracias y en todos los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte de Justicia de la Unión Europea.

El intercambio entre Dworkin y Sunstein me parece, en efecto, muy inspirador tanto en la discusión sobre la argumentación judicial como en la discusión sobre las responsabilidades de los jueces y, especialmente, de los jueces constitucionales en sentido amplio para las democracias plurales. A fin de situar con claridad los temas de la naturaleza de la argumentación judicial y el papel de los jueces constitucionales en la democracia plural, Dworkin ha realizado dos distinciones de gran alcance, la primera que separa analíticamente el tema de la jurisdicción y adjudicación; la segunda, que distingue entre las responsabilidades de los jueces, su responsabilidad en la argumentación y sus responsabilidades en la búsqueda de una coordinación de su acción colectiva.

### **1. La distinción entre jurisdicción y adjudicación**

Dworkin mantiene separados los temas de la responsabilidad de los jueces en la democracia; de la naturaleza y alcances de la argumentación, y la deliberación judicial. De acuerdo con Dworkin, querer debilitar la teoría de la argumentación judicial en la controversia constitucional sobre los principios a costa de interrogantes sobre la legitimidad de los jueces en la *Judicial Review* conduce a teorías falsas sobre la naturaleza de la argumentación y a la búsqueda sin fin -como lo ilustra una parte de la historia de la doctrina constitucional de los Estados Unidos- de pruebas pertinentes de control de constitucionalidad.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Hace poco Dworkin hizo referencia a otros sistemas jurídicos y lo hizo más que nada, como todos los abogados del *common law*, para reafirmar su adhesión a ejemplos provenientes de los tribunales ingleses. Esto subraya la relatividad de su doctrina. "My view -reconoce Dworkin- have been sufficiently controversial to suggest that I escaped vacuity, but it is unclear how far I escaped parochialism. It is a frequent objection among critics that my project is either parochial in inspiration -that it aims at no more than explaining the legal practice of my own country- or obviously parochial in result because we can somehow see, without much thought or research, that it fits that one legal practice". Ver "Hart's Postscript", en *Justice in Robes*, HUP, 2006, p. 185.

<sup>16</sup> Sobre el trabajo doctrinal acerca de la búsqueda de estas pruebas, ver Fassassi, I. La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. *Étude critique de l'argument contre-majoritaire*,

Dworkin destaca, por decirlo de alguna manera, que en su teoría a favor de una argumentación “parcialmente teorizada”,<sup>17</sup> Sunstein pueda tener en mente una crítica de la utilización de la Constitución a través de la cual los jueces, guiados por la lectura moral de ella, podrían tratar de imponer sus propias teorías a gran escala sobre un público que quizá las rechazaría. Sin embargo, este argumento -escribe Dworkin- confunde la adjudicación y la jurisdicción: quizá los jueces no deberían tener la responsabilidad de interpretar los límites que impone la Constitución al Congreso; este poder debería probablemente dejarse de alguna forma al pueblo. Sin embargo, aún permanece en pie la pregunta acerca de la lectura moral de la Constitución.

Al respecto, cabe distinguir entre dos tipos de preguntas diferentes; aquellas sobre los métodos de interpretación de la Constitución (tanto para el Juez, como para el legislador y los ciudadanos), y la pregunta sobre el alcance del control que los jueces están legitimados para ejercer sobre el legislador. Este último aspecto conduce a la distinción entre interrogantes sobre el fondo, por ejemplo, aquella relativa a saber si el suicidio asistido es la expresión de la libertad personal de decidir sobre su propia vida, si el médico debe ser considerado como un asesino, así como determinar el papel del juez en el sistema político y democracia. Lo anterior lleva a cuestionar bajo qué condiciones la *Judicial Review* es compatible con la democracia y si el Juez cuenta con todos los elementos necesarios para adoptar una decisión de fondo.<sup>18</sup>

De acuerdo con Dworkin, una cosa es saber si la aproximación teórica ascendente es una buena teoría del razonamiento jurídico y judicial; otra cosa es determinar si es justo confiar el poder de decidir en todas las circunstancias a los Jueces en lugar del legislador. De esta manera es “una seria confusión disimular la aversión a que los jueces tengan un gran poder, lo que puede ser corregido en teoría modificando su poder jurisdiccional, bajo la máscara de una falsa teoría del razonamiento judicial”<sup>19</sup>. Dworkin escribe:

La aproximación teórica del razonamiento jurídico no es necesaria y automáticamente un argumento sobre las responsabilidades de los jueces en los casos ordinarios y más aún en los casos constitucionales.

---

Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 165, 2017.

<sup>17</sup> Ver la referencia al libro de Sunstein.

<sup>18</sup> Acerca de esta distinción ver el comentario de Dworkin en *Philosophers Brief*.

<sup>19</sup> Esta confusión es denunciada por Dworkin entre otros aspectos en la presentación de la teoría de la interpretación por Sunstein y Vermeule. De acuerdo con estos autores, “the central question is not “How, in principle, should a text be interpreted?” The question instead should be, “how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts? My conclusions are that judges acting under uncertainty should strive, above all, to minimize the costs of mistaken decisions and the costs of decision -aking, and to maximize the predictability of their decisions.” Sunstein, C, Vermeule, A. “Interpretation and Institutions”, 101, *Michigan Law Review*, 2002-2003, p. 886.

Debo precisarlo, aunque sea evidente, porque muchas personas se han resistido a esta aproximación sobre la base que ella permitiría a los jueces comprometerse en vastas escapadas teóricas. Sin embargo, ello no conduce automáticamente al hecho sobre el cual yo he puesto el acento -que la identificación correcta de un derecho cualquiera implica un ejercicio interpretativo y que, en consecuencia, se está a expensas de una justificación ascendente- y que a una persona cualquiera deberá confiársele la responsabilidad de conducir este tipo de ejercicio sin importar las circunstancias. Si una comunidad dice a un Juez: “la Constitución es el derecho más elevado y su trabajo es decir aquello que significa la Constitución”, entonces, como yo he tratado de decir, esta instrucción conduce hacia al dominio de la moralidad política. Sin embargo, nosotros no tenemos necesariamente que delegar esta responsabilidad a nuestros jueces. Es perfectamente comprensible insistir sobre el hecho que nuestros jueces no deberían estar a cargo de una interpretación final y autoritaria de la Constitución.

Si se teme a un poder judicial fuerte, debería decirse en forma abierta. No obstante, hay una seria confusión en disimular la aversión al hecho que los jueces tuvieran un gran poder, lo que en teoría podría ser corregido modificando su poder jurisdiccional, en tanto falsa teoría del razonamiento judicial.<sup>20</sup>

## 2. Distinción entre el contexto de justificación y el contexto de legitimación

Aún falta afrontar las interesantes justificaciones dadas por Sunstein a la utilización por parte de los jueces de una argumentación “parcialmente teorizada”,<sup>21</sup> que sería necesaria en el tratamiento de conflictos políticos y que no puede ser otra cosa que la comparación de opiniones alrededor de soluciones específicas, alrededor de principios de nivel medio sobre los cuales podría hallarse un acuerdo.

Una teoría de comparación, inspirada en Rawls, posee como tal una evidente parte de verdad en una sociedad plural donde reina el “hecho del desacuerdo”.<sup>22</sup>

Sin embargo, la teoría de Sunstein constituye una ocasión para Dworkin de precisar y complementar su análisis. Dworkin demuestra que es posible distinguir tres tipos de responsabilidades -lo que no hace explícitamente Sunstein-, él distingue (i) las responsabilidades que tenemos en el ejercicio de juzgar -por ejemplo, cuándo debe

---

<sup>20</sup> Ver “In Praise of Theory”, *op cit.*

<sup>21</sup> Particularmente en su excelente libro *Legal Reasoning and Political Conflict*, OUP, 1996, *op cit.*

<sup>22</sup> No obstante, Shapiro observa que recurrir a razones parcialmente teorizadas no está necesariamente ligado a tratar los desacuerdos sobre valores en una democracia plural. Ver Shapiro, S. “Fear of Theory”. *The University of Chicago Law Review*. 64, 1997, n° 1, p. 389 y ss.

decidirse, desde nuestro punto de vista qué posiciones políticas y decisiones sostener- (ii) de las responsabilidades de coordinación, y (iii) aquellas que Dworkin llama de “presentación”.

Las responsabilidades de coordinación se ejercen cuando decidimos si debemos cooperar, por ejemplo, para el legislador si debe formar una alianza legislativa, para los ciudadanos si deben unirse a un grupo de presión y, para los jueces, si es necesario buscar una mayoría para producir una decisión. Las responsabilidades de presentación conducen a proporcionar una razón formal para que una decisión sea adoptada; la forma de esta motivación se asemeja al papel de presentación de responsabilidades que le son asociadas: cuando adquiere la forma de la motivación de un documento común, como lo son un informe parlamentario o una decisión judicial adoptada por más de un juez, la motivación “habla” a nombre de las personas cuyos razonamientos pueden tener fundamentos diferentes.

Dworkin no observa ningún obstáculo en que el método de la argumentación “teóricamente incompleta” sea perfectamente pertinente en el ejercicio de “responsabilidades de coordinación”. Es posible decidir actuar sin mayor problema con aquellos que se encuentran a favor de la misma decisión que nosotros, aunque la sostengan por razones diferentes y hacer uso del consenso. “En las circunstancias normales de la política, el consenso sensato queda comprendido en la elaboración de una decisión judicial”, subraya Dworkin.

La “responsabilidad de presentación” sugiere, además, que el compromiso pueda observarse en la redacción de la decisión misma. Aún si es posible para los jueces que actúan en favor de una decisión conjunta escribir una opinión separada a través de la cual expresen su propio razonamiento y fundamento en el plano teórico; en algunas ocasiones puede ser preferible, por una multiplicidad de razones, establecer una sola y quizá más superficial opinión a la cual cada uno se adherirá.<sup>23</sup> Tal opción no puede ser descartada.

La teoría del derecho como integridad no está para condenar estos compromisos, estos “consensos para conciliar” en la redacción opiniones mayoritarias o unánimes (con la excepción siempre posible, en ciertos tribunales de justicia, de escribir una opinión separada).

Lo que Dworkin dice es que la aproximación teórica -la cual puede ser de gran amplitud- es válida solamente para la construcción de juicios personales que serán defendidos en la deliberación y que no puede ser encontrada en otras etapas del proceso judicial. Por otra parte, Dworkin observa que el modelo rawlsiano de consensos para

---

<sup>23</sup> Aquí se piensa por supuesto en las razones que motivaron la redacción de una opinión unánime en el caso *Brown v. Board of Education*, US Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

conciliar, a los cuales se remite Sunstein para defender su concepto de “acuerdos parcialmente teorizados”, suponen aún que cada parte en el consenso cuente un juicio individual sobre la base de fundamentos teóricos, los cuales, Rawls llama esquemas éticos comprensivos que difieren entre las partes en controversia.

Sin embargo, Sunstein sugiere que los juristas y jueces deben abstenerse -aún en el ejercicio de su responsabilidad en la construcción de su juicio individual- de aventurarse en las altas esferas de la teoría de la moralidad política. Lo que significa que él defiende no solamente que las alianzas políticas y judiciales pudieran ser formadas a partir de acuerdos concretos cuando existen desacuerdos teóricos, sino que también los juicios individuales que producen estos acuerdos concretos deben ser superficiales.<sup>24</sup>

Este hecho hace eco en una distinción hecha por Estlund,<sup>25</sup> entre el “papel de justificación” frente a diversas personas de la superioridad de un principio de justicia que podemos hacer sin tener que reivindicar la verdad; del papel de legitimar la imposición de un principio que cada uno de nosotros considera como verdad a otros. Él opone de esta manera un papel de justificación frente a uno de legitimación.

El segundo papel, aquel de la legitimación, desplaza la dificultad de la justificación hacia un proceso aceptable por todos los puntos de vista razonables. Este proceso es la verdadera deliberación a través de la cual nosotros intercambiamos reivindicaciones de verdad en la medida que esta deliberación es capaz de producir un resultado consensual.

La distinción de Estlund aclara la reivindicación hecha por Dworkin (lo que no acontece en el caso de Rawls), que las interpretaciones de conceptos controvertidos son reivindicaciones de la verdad de nuestras concepciones aun si no podemos hacer como si fuésemos infalibles y demostrar en forma absoluta el carácter correcto de nuestra interpretación; así como que existe una sola interpretación correcta, la mejor para dar cuenta del derecho en un caso particular.

### 3. Sobre la naturaleza de la argumentación jurídica

Ahora es posible aprender mejor el sentido y papel de la argumentación jurídica

---

<sup>24</sup> Por el contrario, Dworkin defiende: “the Rawlsian model of overlapping consensus supposes that each party to the consensus has made an individual judgment on theoretical grounds drawn from what Rawls calls “comprehensive” ethical schemes that differ from party to party. But Sunstein suggests that lawyers and judges should abstain, even in the exercise of the responsibility of individual judgment, from venturing into the more abstract reaches of political moral theory. He means to claim, that is, not just that political and judicial alliances may be forged out of concrete agreement even in the face of theoretical divergence, but that the individual judgments that produce the concrete agreement should themselves be superficial. He presents this view of “ordinary” legal reasoning as in contrast to my own” Ver “In Praise of Theory”, *op cit.*

<sup>25</sup> Estlund, D. “The Truth in Political Liberalism”, Elkins, J. Norris, A. *Truth and democracy*, University of Pennsylvania Press, 2012, pp. 251-271.

ascendente en el pensamiento de Dworkin. El debate referido aclara especialmente dos puntos importantes de la teoría de la argumentación jurídica en la obra de Dworkin.

La distinción de la aproximación *inside-out* y *outside-in*. Uno de los puntos clarificados de nueva cuenta por Dworkin en *In Praise of Theory* es la distinción de la aproximación ascendente -a través de la cual a partir de un caso presentado en circunstancias no previstas de antemano es posible argumentar y dar respuesta a los principios invocados así como preguntarse si tales principios realmente se oponen o si en realidad no se complementan (por ejemplo, porque cada uno aporte una parte en un campo particular del derecho)- de la aproximación del Juez Hércules la cual ha sido confundida a menudo con esta aproximación ascendente.

Precisamente el Juez Hércules no procede de acuerdo con el método ascendente a partir de un caso. El Juez Hércules no reflexiona, desde el punto de vista de la controversia jurídica, del interior hacia el exterior (*inside-out*) sino desde una perspectiva exterior hacia el interior del caso (es decir, de acuerdo con la expresión elegida por Dworkin, *outside-in*). En este sentido, antes de adoptar una decisión, él será capaz de construir una teoría englobante y gigantesca que será adecuada para todas las situaciones. Él razona de manera distinta a la de los juristas que parten desde los problemas específicos hacia temas más amplios y abstractos. Aquello que Dworkin precisa es que el trabajo de un jurista puede, en ciertos casos, encontrar un apoyo en el trabajo del Juez Hércules.

Este punto encuentra un apoyo en una analogía entre la argumentación jurídica y la epistemología de las ciencias: los juristas razonan de manera general a partir de casos y después buscan una solución, si hay una duda buscan una respuesta análogamente en los precedentes teniendo en cuenta los efectos que su decisión puede tener sin reparar naturalmente en una reflexión general sobre sus paradigmas. De esta manera también funciona la ciencia cotidianamente. Sin embargo, esto no hace inútil la búsqueda de una gran teoría, lo que demostraría que todas las otras ciencias naturales como la química o la psicología no son solamente compatibles con la física, sino que la física se parece a las otras ciencias al hacer teoría. La analogía permite medir aquello que es visto *outside-in* de un dominio intelectual que podría ser útil, aún para aquellos que piensan al interior de un paradigma, desde el punto de vista *inside-out*.

El método ascendente no es más que potencial. Dworkin aclara, en segundo lugar, que el método ascendente es potencial en el sentido que no gobierna el trabajo cotidiano de los jueces y juristas aún si siempre se encuentra potencialmente presente. Sunstein considera que los jueces deben adoptar por presunción una reserva respecto a las “teorías a gran escala” sin que éstas sean prohibidas.<sup>26</sup> Empero, esto es exactamente aquello que

---

<sup>26</sup> Sunstein admite no ofrecer una alternativa a la gran teoría, dice: “some cases cannot be decided at all without introducing a fair amount in the way of theory. Moreover, some cases cannot be decided well

la teoría del derecho como integridad recomienda también: que los jueces no argumenten a partir de casos hacia teorías más abstractas sino únicamente cuando tengan una razón especial para hacerlo. De esta manera, Dworkin indica que de hecho no existe contradicción entre los dos puntos de vista, si se desea comprender mejor la teoría del derecho como integridad.<sup>27</sup>

El método ascendente es potencial porque resulta imposible, sin importar el caso de que se trate, prever que la argumentación devendrá ascendente. En la mayor parte de los asuntos que los jueces conocen no se revela necesaria y el derecho funciona, como funciona la ciencia ordinaria o la técnica en un paradigma consensual sin que cada experimento y cada demostración tengan la necesidad de movilizar una gran teoría. La aproximación ascendente no es un requisito en todos los casos, mucho menos en los casos más numerosos, no obstante, está potencialmente presente en cada caso porque es siempre posible, sin saberlo de antemano, que un caso requiera argumentos revolucionarios que impliquen el desarrollo de la teoría. En este punto él se une a las observaciones tan pertinentes de Tushnet,<sup>28</sup> o Kennedy.<sup>29</sup>

De esta manera, las diferencias entre la reivindicación de una aproximación “parcialmente teorizada” de Sunstein y la aproximación ascendente dworkiniana se

---

without introducing theory. If a good theory is available and if judges can be persuaded that the theory is good, there should be no taboo on its judicial acceptance. The claims on behalf of incompletely theorized agreements (he must mean incompletely theorized individuals' judgements) are presumptive rather than conclusive". "Legal Reasoning and Political Conflict", *op cit*, p. 54.

<sup>27</sup> Esto es lo que Sunstein contesta. Para él, Dworkin piensa que los juicios del Juez Hércules son de la misma naturaleza y reposan en los mismos métodos materiales que los juicios de los juristas y jueces; a lo que contesta que es verdad. Dworkin "shows us the hidden structure of "ordinary" judgments and so lays these open to study criticism" Of course Hercules aims at a "comprehensive theory" of each area of law, whereas ordinary judges, unable to consider all lines of inquiry, must aim at a theory that is "partial". But Hercules's "judgments of fit and political morality are made on the same material and have the same character as theirs" It is these pints that I am denying" Sunstein, "From Theory to Practice", *op cit*.

<sup>28</sup> Tushnet, M. "Defending the Indeterminacy Thesis", *Quinnipiac Law Review*, Vol. 16, 1996-1997, pp. 339-356.

<sup>29</sup> Ver Kennedy, D. "Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica" en *Jurisprudence. Revue critique*, 2011, p. 30. Kennedy escribe que: "[e]l material jurídico no determina la solución del caso únicamente en el sentido que es posible en ocasiones desestabilizar las aprehensiones iniciales a través del trabajo jurídico. A decir verdad, nosotros comenzamos a menudo por aprender este material como determinante de la solución del caso particular que nos es dado o, al contrario, como no determinante de ninguna solución (porque el caso resalta de la penumbra o cuadro). Cuando la solución del caso aparece de entrada como determinada por el material jurídico nos es posible predecir el resultado porque anticipamos que la persona no hará el trabajo jurídico requerido para desestabilizar la aprehensión inicial. Además, a menudo será posible predecir qué persona no hará este trabajo porque los proyectos ideológicos que son efectivamente perseguidos por los jueces están en consonancia con la aprehensión inicial o de acuerdo con la idea que el resultado previsible no vale la pena de ser desestabilizado. Se puede pensar que así será si los jueces o juristas influyentes siendo a menudo los actores portadores de proyectos radicales o atípicos".

atenúan. No obstante, Dworkin aún debe hacer a un lado dos diferencias que Sunstein continúa observando entre el derecho como integridad y la aproximación parcialmente teorizada. De acuerdo con Sunstein, en los casos difíciles que emergen del debate, los jueces deben elevar el nivel de abstracción de su argumentación, sin embargo, tienen que hacerlo no conforme a un método filosófico sino de acuerdo al método propio del jurista; esto es, recurriendo a la analogía en la medida que implique acudir (alejándose del método ascendente de Dworkin) a principios de nivel intermedio (*mid-level principles*) y no a principios de la más alta jerarquía que la integridad podría demandar de los jueces.

Por una parte, como finalmente lo reconoce el propio Sunstein, hay un contraste equivocado entre la analogía y el recurrir a niveles teóricos más abstractos, el cual consiste en que la analogía está ciega sin la teoría.<sup>30</sup> Por otra parte, no queda claro cómo comprender la problemática distinción entre los principios intermedios y los llamados de alto nivel; a menos que los juristas descubriesen por ellos mismos en el curso de su investigación el nivel de reflexión que el caso entraña sin que hubiera de antemano un criterio más allá de aquél que el autor de la argumentación pudiera ser detenido.<sup>31</sup>

#### **V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LOS JUECES EN LA COMUNIDAD POLÍTICA**

De esta forma, en el contexto de la distinción entre las responsabilidades de los Jueces, podemos volver al tema inicial evocado en la introducción de este artículo; es decir, a la cuestión de los alcances del papel del Juez en una democracia deliberativa y plural tomando en consideración el “hecho del desacuerdo” y su posición en la construcción de acuerdos y desacuerdos sobre valores.

La defensa de una argumentación teóricamente incompleta sostendría el hecho que el desarrollo de una teoría a gran escala sobre los derechos de una sociedad plural es una misión democrática y no judicial.<sup>32</sup> No obstante, Dworkin responde que sería un

---

<sup>30</sup> “But that is a false contrast because (to paraphrase Kant) analogy without theory is blind. An analogy is a way of stating a conclusion, not a way of reaching one, and theory must do the real work” Dworkin, R. “In Praise of theory”, *op cit*.

<sup>31</sup> “Though “ordinary” lawyers and judges reason about concrete legal issues from the inside-out, like an engineer reasoning about the feasibility of a new structure, they can set no a priori limit to the justificatory ascent into which a problem will draw them. It is the character of the inquiry itself the problems it generates as it unfolds -that dictates the level of theory that must be explored, and this cannot be known or stipulated in advance. Lawyers (like other people) discover the scope of reflection they need to pursue in the course of inquiry, by finding where inquiry leads before a responsible resting place is reached. They do not -cannot- accept a methodology that stipulates in advance where they must stop no matter how inconclusive or unsatisfying their reflection to that point. So Sunstein’s appeal to analogy does not, after all, discriminate his method from the theory-embedded account he means to oppose”. Dworkin, “In Praise of Theory” *op cit*.

<sup>32</sup> Sunstein, C. *Legal Reasoning*, *op cit*, p. 53.

misterio saber cómo la “democracia” podría producir o generar teorías a gran escala (*large-scale-theories*) sobre los derechos y el bien, sin que los jueces hubieran contribuido a identificar qué teorías están latentes en la legislación y acontecimientos políticos.

El tema sobre la legitimidad de la *Judicial Review* ha sido objeto, particularmente en los Estados Unidos, de una discusión académica intensa. Sin ser exhaustivos,<sup>33</sup> en este punto es posible destacar que, gracias a la intervención de Dworkin y Rawls,<sup>34</sup> el debate adquirió un nuevo matiz en contraposición a la forma clásica de comprender este problema en el sentido de una oposición inevitable entre la democracia y la *Judicial Review*. En el marco clásico de la discusión, es posible admitir el control de constitucionalidad cuando menos en ciertos casos, pero es necesariamente visto como un mal porque no puede ser considerado democrático.

La nueva aproximación de Rawls, Dworkin o aún de Habermas (con sus diferencias de acuerdo con cada autor) pone en discusión las ventajas e inconvenientes democráticos de los tribunales de justicia y parlamentos. El principal tema debatido es aquél de saber si la democracia está siempre mejor representada por el parlamento debido a que, cuando menos en principio, respeta la misma consideración y respeto a cada ciudadano. Al respecto, consideraciones normativas y reflexiones apoyadas en consideraciones de hecho han dividido a los analistas, juristas y politólogos.<sup>35</sup> El debate ha desbordado las fronteras de los Estados Unidos.<sup>36</sup>

Gutman y Thompson oponen a la aproximación dworkiniana de la discusión ascendente otra opción; la única que les resulta válida en una sociedad plural donde los desacuerdos y los conflictos son profundos, que conduciría a aclimatar los principios en la democracia mayoritaria y que la favorecería, la cual es presentada como un concepto a medio camino entre las tesis procesales de la democracia y las tesis de la democracia constitucional.<sup>37</sup> De acuerdo con los autores, Dworkin está cimentado en un fuerte contraste entre la virtud de un juez y las debilidades de las asambleas parlamentarias en

---

<sup>33</sup> Visto de nuevo en forma brillante por Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, op cit.

<sup>34</sup> Ver Bellamy, R. “The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments”, 49, *Representation*, 2013, n° 3, pp. 333-346.

<sup>35</sup> Ver Dworkin, R. *Introduction to Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. HUP, 1996.

<sup>36</sup> Ver el documento coordinado por Bellamy, R. Parau, “Democracy and Court and the Dilemmas of representation”, *Representation*, 49, 2013, p. 255 y ss, con una extensa introducción de estos editores. Para la discusión en Canadá ver Boulay, C. “La relation changeante entre la Cour suprême du Canada et la société civile: l'apport des acteurs sociaux à la production du droit”, *Revue du Barreau*, 75, 2016, pp. 363-390, Webber, G. The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue, *Canadian Journal of Political Science*, 42, 2009, n° 2, pp. 443-465. Para Francia, ver Rousseau, D. *Sur le Conseil Constitutionnel: la doctrine Badinter et la démocratie*, éditions Descartes & Cie, 1997.

<sup>37</sup> Gutman, A, Thompson, D. *Democracy and Disagreement*. HUP, 1996, pp. 35-36.

los procesos deliberativos sobre principios. Por el contrario, ellos oponen a la democracia constitucional presentada como otorgada por las manos de los Jueces, una deliberativa que debería vivirse en los parlamentos. Resulta criticable mirar a los tribunales constitucionales no solamente como los garantes de los ideales democráticos enraizados en la Constitución, sino también como si ellos mismos fueran los modelos en el proceso democrático de deliberación. Para ellos, si los tribunales pueden jugar un papel democrático es porque se encuentran inscritos en un proceso y control democrático.

Es verdad que Dworkin subraya a menudo que, si bien es cierto los debates que preceden un referéndum o una decisión legislativa acerca de un tema importante vinculado con los principios, pueden ser de gran calidad, ellos raramente acontecen. En un artículo dedicado a Hand, quien funda precisamente su defensa a la *judicial restraint* no sobre un escepticismo respecto a los valores sino sobre la defensa de la democracia parlamentaria, Dworkin destaca en respuesta que:

[...] a menudo infortunadamente y de manera desesperante, como en el debate sobre el control de armas, el proceso (parlamentario) está dominado por alianzas políticas que son formadas sobre un punto común y que utiliza las tácticas habituales de grupos de presión para sobornar o chantajear a los electos. El gran debate moral que Hand pensaba esencial a la democracia no comienza jamás.<sup>38</sup>

De esta manera Dworkin, en la búsqueda de la construcción de una comunidad de principios, contrasta los papeles del juez y legislador. El análisis de la historia de la discusión legislativa en los Estados Unidos mostraría, de acuerdo con él, que el Congreso americano y las legislaturas de los estados, en tanto foro de principios, no han ilustrado mejor la teoría de la democracia deliberativa.

Sin embargo, si Dworkin ha comparado a menudo las respectivas contribuciones de las legislaturas y los tribunales de justicia en tanto foros de principios insistiendo en los malos resultados del parlamento al respecto, el punto medular se encuentra en otra parte. Lo oposición entre los legisladores o Congreso y los tribunales no tiene más que un alcance retórico. El autor, al distinguir la integridad en la legislación y la integridad en la adjudicación, ha defendido de esta manera la idea que no habría más integridad en la adjudicación de la que habría en la legislación;<sup>39</sup> lo que quiere decir en relación con las otras ideas de Dworkin: que el *Derecho como integridad* en la adjudicación debe inscribirse en consonancia con aquello relevante en las decisiones del pasado, especialmente con la ley, que debe respetarse el principio de la supremacía legislativa y

---

<sup>38</sup> Dworkin, R. "Mr Liberty. Review of G. Gunther, *Learned Hand. The man and the Judge*", *New York. Review of Books*, 11 August 1994, reeditado in *Freedom's Law, op cit*, pp. 332-347.

<sup>39</sup> Dworkin, R. *Law's Empire*. HUP, 1986, p. 217.

que el juez no es un legislador.

Si se desea continuar con el análisis dworkiniano está bien mostrar la contribución indispensable de los tribunales de justicia en tanto foros de principios para la democracia deliberativa. Su análisis no apunta, claro está, a hacer de los tribunales los centros de la teoría democrática. Para él se encuentra, en consecuencia, en la correcta comprensión por los Jueces, sustituida por una buena comprensión de la naturaleza de su argumentación por parte de los ciudadanos, políticos y principalmente por los mismos juristas que esta misión podrá ser cumplida; sabiendo, tal y como ha podido observarse en líneas superiores, que Dworkin, por otra parte, defiende sobre todo la responsabilidad de los jueces en sus deliberaciones, sin negar que en la búsqueda de compromisos entre ellos, adquieren otras responsabilidades. Su responsabilidad en la búsqueda de acuerdos y desacuerdos en derecho evidentemente es muy compleja.

Dworkin sobre todo destaca, y es lo que se sostendrá aquí, que el foro del Juez no es comprensible sino como una aportación en una comunidad de principios, una contribución al conjunto de foros de la democracia y, en consecuencia, dentro del contexto de un sistema democrático. Dworkin subraya que, cuando una cuestión constitucional ha sido el objeto de una decisión de la Corte Suprema y que ella es lo suficientemente importante para esperar que su vigencia se prolongue, sea ampliada, restringida o revocada por futuras decisiones, un profundo debate nacional comienza en los diarios y otros medios de comunicación, en las clases de las facultades de derecho, en las reuniones públicas y en las comidas. Estos debates corresponden mejor a la concepción de un gobierno republicano, en tanto que Hand lo concebía aislado del resto de foros sobre los principios, debido a la relevancia que otorgan a los principios más que al sólo proceso legislativo.

En el caso donde los derechos fundamentales están en conflicto, es importante que el público participe en la decisión, no porque la comunidad deba adherirse a la decisión de la mayoría, sino por otra razón diferente: su respeto exige que la población participe de la misma forma en que lo hacen los socios de una empresa en la discusión de los argumentos morales sobre las reglas bajo las cuales deberán vivir.<sup>40</sup> Empero, piensa Dworkin, el papel del ciudadano como un agente moral participante en su propia gobernanza se encuentra a menudo mejor protegido si los mecanismos de decisión hacen

---

<sup>40</sup> Ver el análisis de Hand al cual hace referencia Dworkin: "For myself it would be most irksome to be ruled by a very of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course, I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless, when I go to polls I have a satisfaction in the sense that we are all engaged in a common venture. If you retort that a sheep in the flock may feel something like, I reply following Saint Francis, My brother the Sheep" Ver Hand, L. *The Bill of Rights* (The Oliver Wendell Holmes Lectures) HUP, 1958, pp. 73-74.

intervenir a un Juez.

La sensibilidad al análisis empírico del análisis del papel de la contribución de los tribunales a la democracia. Aunque se presenta como una aproximación normativa y no descriptiva, la teoría de la democracia constitucional dworkiniana reposa también en observaciones de hechos institucionales, sociales o prácticos y en hipótesis sobre estos; por si fuera poco, no deja de invitar a los análisis empíricos. Esta teoría llama, por ejemplo, a dirigir estudios de caso sobre el impacto que ha tenido o pueda tener la existencia de una decisión de un tribunal constitucional y, particularmente, los casos sobre los cuales Dworkin se apoyó para ilustrar su teoría, destacando de entre ellos las decisiones sobre la interrupción voluntaria del embarazo frente a la Corte Suprema (*Roe v. Wade*, 410, US, 113, después *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey*)<sup>41</sup> o aún la decisión sobre el suicidio asistido que ha dado lugar al célebre Brief de filósofos que muestra la diferencia entre la argumentación del *Philosophers's Brief* y el de la Corte Suprema de los Estados Unidos (caso *Washington v. Glucksberg*, S. Ct. 521 US 702 (1997), pronunciado unánimemente, pero con opiniones concurrentes).

## VI. REFERENCIAS

### Bibliográficas

- Dworkin, R. *Law's Empire*. HUP, 1986.  
- *Introduction to Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. HUP, 1996.  
- "Hart's Postscript", en *Justice in Robes*, HUP, 2006.  
Estlund, D. "The Truth in Political Liberalism", Elkins, J. Norris, A. *Truth and democracy*, University of Pennsylvania Press, 2012.  
Hand, L. *The Bill of Rights* (The Oliver Wendell Holmes Lectures) HUP, 1958.  
Gutman, A, Thompson, D. *Democracy and Disagreement*. HUP, 1996.  
Knight, J, Johnson, J. *The Priority of Democracy*. Princeton UP, 2011.  
Rawls, J. "The Domain of the Political and Overlapping Consensus", en D. Coop, J. Hampton, J. Roemer (eds) *The idea of Democracy*. CUP, 1993.  
Rousseau, D. *Sur le Conseil Constitutionnel: la doctrine Badinter et la démocratie*, éditions Descartes & Cie, 1997.  
Sunstein, C. *Legal Reasoning and Political Conflic*. OUP, 1996.

---

<sup>41</sup> 505 US, 833 (1992), una decisión que Dworkin ha considerado particularmente ilustrativa del método del derecho como integridad. Dworkin, R. "Roe was Saved", *The New York Review of Books*, June 29, 1989, reeditado en *Freedom's Law*, *op cit*, p. 117 y ss.

## Hemerográficas

Bellamy, R. "The Democratic Qualities of Courts: A Critical Analysis of Three Arguments", 49, *Representation*, 2013, n° 3.

Bellamy, R, Parau, "Democracy and Court and the Dilemmas of representation", *Representation*, 49, 2013.

Boulay, C. "La relation changeante entre la Cour suprême du Canada et la société civile: l'apport des acteurs sociaux à la production du droit", *Revue du Barreau*, 75, 2016.

Cohen J. "Procedure and Substance in Deliberative Democracy", en J. Bohman y W. Regh. *Deliberative Democracy*. The MIT Press, 1997.

Dworkin, R. "The Forum of Principle", *New York University Law Review*, 56, 1981.

- "In Praise of Theory", *Arizona Law Review*, 29, 1997.

Fassassi, I. La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. *Étude critique de l'argument contre-majoritaire*. Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 165, 2017.

Kennedy, D. "Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica" en *Jurisprudence. Revue critique*, 2011.

Landermore, H. "Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy", 2006, *Journal of Social Epistemology*, 2017.

Shapiro, S. "Fear of Theory". *The University of Chicago Law Review*. 64, n° 1, 1997.

Sustein, C, Vermeule, A. "Interpretation and Institutions", 101, *Michigan Law Review*, 2002-2003.

Tushnet, M. "Defending the Indeterminacy Thesis", *Quinnipiac Law Review*, Vol. 16, 1996-1997.

Webber, G. The Unfulfilled Potential of the Court and Legislature Dialogue, *Canadian Journal of Political Science*, 42, n° 2, 2009.

## Otros documentos relevantes

Sentencia de la Corte de Casación. Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 4 mai 2017, D.c. procureur général près la cour d'appel d'Orléans.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América. *Brown v. Board of Education*, US Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).