

LA IMPORTANCIA DE LA DISCUSIÓN METODOLÓGICA ENTRE DWORKIN Y EL POSITIVISMO*

Facundo García Valverde
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN: En este artículo analizo las diferentes estrategias del positivismo jurídico –especialmente, las relacionadas con el *PostScript* de Herbert Hart– para defenderse de los argumentos que Ronald Dworkin ha venido utilizando desde hace más de treinta años. En oposición al abandono de la disputa metodológica que propone Liam Murphy, muestro que la discusión conceptual y metodológica es urgente y vital para los propios intereses teóricos dworkinianos.

PALABRAS CLAVE: Dworkin, Hart, Teoría legal, Metodología, Concepto del derecho

ABSTRACT: In this article I analyse different strategies of defence –derived from *Hart's PostScript*– used by the legal positivists against the numerous objections made by Ronald Dworkin. Against the abandonment of the dispute proposed by Liam Murphy, I show that the methodological and conceptual discussion between Dworkin and legal positivism is vital for the dworkinian theoretical purposes.

KEYWORDS: Dworkin, Hart, Legal theory, Methodology, Concept of law

* Tanto las críticas y comentarios de Graciela Vidiella como las de un referí anónimo de la RLF han logrado mejorar sustancialmente este artículo. Hacia ellos mi más sincero agradecimiento.

Desde hace más de treinta años, Ronald Dworkin ha venido produciendo diversas críticas a algunos aspectos de la teoría del derecho positivista, especialmente a la presentada por Herbert Hart en su texto principal, *The Concept of Law* (TCL). Si bien tales objeciones han intentado ser contestadas por el positivismo, la defensa que pareciera haberse institucionalizado es la que realizó el propio Hart en un escrito publicado póstumamente como *Postscript* (PS) al TCL.

Tal estrategia de defensa consiste en afirmar la no-oposición entre su proyecto y el dworkiniano y que, por lo tanto, el éxito teórico de uno no implica, de manera necesaria, el fracaso del otro. En este artículo intento mostrar cuál es la importancia para la teoría dworkiniana, de que su proyecto sea –tal como ella lo pretende– competitivo con el hartiano. Dado lo anterior, intentaré mostrar la urgencia vital para los objetivos dworkinianos de la discusión metodológica que se ha venido dando desde el PS y que es uno de los núcleos temáticos de su nuevo texto de filosofía del derecho, *Justice in Robes* (JIR). A su vez, esto permitirá demostrar que sostener, como lo hace Liam Murphy,¹ que la discusión metodológica debe ser abandonada y que los proyectos deben ser juzgados de acuerdo con las consecuencias teórico-políticas que se sigan de ellos, es una forma irrazonable de tratar con la polémica, ya que, como veremos, eso implicaría conceder, de antemano, la mayor parte de razón a la teoría metodológica dworkiniana.

Luego de hacer una breve introducción histórica a la polémica centrada sobre lo que denominaré test clásico (1), analizaré las pretensiones descriptivas de TCL y cómo ellas fueron interpretadas por Jules Coleman (2). La aplicación de Dworkin del rechazo del punto de vista arquimedeano a la discusión metodológica en torno a la obra hartiana se mostrará como uno de los argumentos metodológicos más fuertes para rechazar tal autocomprensión del positivismo (3). Por último, al exponer la concepción dworkiniana a una de las críticas centrales que Joseph Raz ha mantenido a lo largo de los años, podremos, en contra de algunos participantes de la polémica, afirmar las razones por las cuales la discusión metodológica es ineludible para sus objetivos. (4)

1. L. Murphy, 2001.

1. Esbozo de la polémica: ¿proyectos distintos?

La primer compilación de Dworkin sobre filosofía del derecho, *Taking Rights Seriously* (TRS) contenía fuertes críticas al positivismo anglosajón expuesto por Hart. Independientemente de su contenido y corrección, buena parte de los comentaristas disenta respecto de cuál era su objetivo último: ¿estaba intentando mostrar las limitaciones de un proyecto meramente descriptivo y reemplazarlo por uno con componentes normativo-morales, al estilo de una concepción iusnaturalista?, o ¿estaba intentando mostrar que el positivismo no podía mostrarse ni siquiera como una teoría descriptiva de la actividad judicial?

En su único texto sistemático de filosofía del derecho, *Law's Empire* (LE), parecía evidente que su objetivo era el segundo; al introducir explícitamente la dimensión de la interpretación en su teoría y afirmar que tanto la teoría como la práctica jurídica implicaban interpretaciones rivales respecto del conjunto de normas positivas de un sistema jurídico, Dworkin rechazaba una de las tesis fundacionales del positivismo, según la cual la descripción de un sistema jurídico puede distinguirse de su evaluación en términos morales. A su vez, gracias al argumento del agujón semántico, según el cual “(las teorías iusfilosóficas clásicas) insistían en que todos los abogados (y los jueces) siguen ciertos principios lingüísticos para juzgar propuestas de ley y tal vez, en forma inconsciente, han elaborado teorías para identificar estos criterios”,² Dworkin podía afirmar que esas teorías clásicas –el positivismo y el derecho natural– no podían comprender el carácter interpretativo del derecho y que, por lo tanto, no podían ofrecer teorías iusfilosóficas interesantes, ni en términos normativos ni en términos descriptivos.

Uno de los ejemplos donde se hace más visible este fracaso de las teorías semánticas es el uso de una de las preguntas básicas que debían ser capaces de responder pero que, sin embargo, no podían hacerlo.

“Durante el apogeo de las teorías semánticas, los filósofos del derecho estaban más preocupados por la insinuación de que los lugares per-

2. R. Dworkin, 1986, p.36

versos en realidad no tenían derecho. [...] Un argumento común contra las teorías del derecho natural es que nuestra práctica lingüística no niega el título de derecho a sistemas políticos obviamente inmorales. Nosotros afirmamos que los nazis tenían jurisprudencia, a pesar de que era muy mala. Se pensó que este hecho de nuestra práctica lingüística apoyaba el positivismo, con su axioma de que la existencia del derecho es independiente del valor de dicho derecho. [...] Si útiles teorías del derecho no son teorías semánticas de este tipo pero en cambio son interpretativas de una etapa particular de una práctica desarrollada a través de la historia, entonces el problema de los sistemas legales inmorales tiene un carácter diferente.”³

La idea central de este argumento es que no hay una regla compartida en la utilización del término “derecho” que haga de al menos una de las afirmaciones “los nazis tenían derecho” y “los nazis no tenían derecho” un sin sentido o supongan un uso incorrecto de los términos; dado esto, ningún análisis semántico del término “derecho” podría ser esencial para la construcción de la teoría legal.

El caso del derecho nazi –en tanto paradigma de un sistema de reglas que es injusto globalmente– es sumamente esclarecedor por dos razones. En primer lugar, porque permite apreciar claramente el cambio de perspectiva que la teoría dworkiniana imprime a la filosofía del derecho lo cual, obviamente, permite distinguirla de las concepciones tradicionales. En segundo lugar, el hecho de que Dworkin haya tomado tal ejemplo en consideración no es para nada azaroso; enfrentar una concepción iusfilosófica con contextos jurídicos injustos era parte de lo que podría denominarse el test clásico, según el cual la vía para mostrar la identidad teórica de una doctrina iusfilosófica consistía en definir cuáles eran las obligaciones judiciales en sistemas jurídicos moralmente perversos. Al mismo tiempo, este test no ha sido ajeno tampoco a los comentaristas de la obra dworkiniana; Mackie, Lyons, Sebok,⁴ entre otros sometieron su teoría a este test con el fin de descubrir cuál era la relación que se sostenía entre el derecho y la moral. Como veremos a continuación, en las distintas respuestas que se sucedieron a

3. *Ibid.*, p.82

4. J. Mackie, 1977; D. Lyons, 1984; A. Sebok, 1991

lo largo de los años, Dworkin no sólo no respondió el test en alguna de las formas tradicionales sino que cada vez que tomó el ejemplo, intentó destruir su relevancia, tanto en términos teóricos como en términos prácticos.

“Es un error dirigirse, como muchos filósofos del derecho hacen a menudo, hacia la Alemania Nazi y otras tiranías como un test crucial para cualquier teoría acerca de la conexión entre derechos morales y legales. Esto asume que es algo pre-analíticamente dado el hecho de que la gente en la Alemania Nazi tuviera o no derechos y obligaciones legales, de modo tal que podamos rechazar cualquier teoría que dé una respuesta contraria a la que “sabemos” correcta acerca de la situación.(...) Los sistemas legales perversos deben ser considerados como casos difíciles que preguntan qué concepción de derecho es mejor y no como casos fáciles cuya resolución apropiada ya conocemos, y que podemos utilizar como test para una particular concepción de adecuación.”⁵

A pesar de ello, la publicación póstuma de lo que se dio en conocer como el *Postscript* (PS), una serie de borradores de Hart que, aparentemente, pensaba publicar como epílogo a una nueva edición de TCL, volvió a colocar en la polémica la aplicación del test clásico. Allí Hart intenta contestar tanto las críticas puntuales que Dworkin realizara en TRS y LE como las generales y metodológicas que su discípulo había venido realizándole desde hacía casi veinte años.

Uno de los objetivos centrales del PS era mostrar que el proyecto de Dworkin y el suyo no eran rivales sino que eran diferentes y, por lo tanto, podían coexistir. Hart afirmaba en el prólogo de TCL que su teoría debía ser comprendida como un ejercicio de sociología descriptiva;⁶ en PS Hart parece justificar esto al afirmar que su teoría es general y descriptiva: es general porque “no se encuentra atada a ningún sistema o cultura jurídica en particular” y es descriptiva porque “es moralmente neutra y sus objetivos no buscan justificar ni recomendar, con base en un fundamento moral o de otra índole, las formas y estructuras que aparecen en la descripción general que hago del Derecho.”⁷

5. R. Dworkin, 1984, p.260

6. H. Hart, 1961, p. xi

7. *Ibid.*, p. 81-82

En cambio, dado que la teoría dworkiniana era, en su interpretación, particular –se aplicaba sólo al derecho anglosajón– y valorativa –intentaba justificar el conjunto de materiales jurídicos–, los objetivos de ambas concepciones eran distintos y establecerlas como rivales era omitir una importante diferencia. La respuesta de LE al test clásico que acabamos de considerar le brinda a Hart una vía para señalar tal diferencia de objetivos teóricos.

“Al introducir la distinción entre derecho interpretativo y preinterpretativo, Dworkin admite que puede haber sistemas jurídicos tan perversos que ninguna interpretación de sus leyes que pudiéramos encontrar moralmente aceptable es posible. Cuando esto sucede podríamos, como él lo explica, recurrir a lo que llama escepticismo interno y negar que tales sistemas sean jurídicos. Sin embargo, dado que los recursos de que disponemos para describir situaciones de esta índole son altamente flexibles, no es necesario llegar a esta conclusión cuando podemos decir más bien que los sistemas jurídicos, independientemente de cuán perversos sean, son Derecho en un sentido preinterpretativo. Por consiguiente, no estamos obligados a afirmar siquiera de las peores leyes de los nazis que no son leyes puesto que pueden diferir de las leyes de regímenes moralmente aceptables sólo en su inícuo contenido moral, mientras que comparten con ella muchos de los rasgos distintivos del derecho. (...) Esto fortalece los argumentos positivistas. Pues hace poco más que transmitir el mensaje de que las cosas son diferentes en una filosofía del Derecho descriptiva donde el Derecho puede ser identificado sin hacer referencia a la moral y una filosofía del derecho justificatoria interpretativa para la cual la identificación del Derecho implica siempre un juicio moral acerca de qué es lo mejor que justifica el derecho establecido.”⁸

En esta cita, Hart pretende mostrar que su proyecto sólo podía ser considerado como un intento de explicitar lo que se denominaba en TCL como punto de vista externo: toda regla social posee un aspecto interno y uno externo; mientras que el primero implica que los participantes aceptan y usan esa regla como guía de conducta y de crítica hacia quienes no la siguen, el segundo supone la perspectiva de un observador externo, como la sostenida por un sociólogo o por un historiador del derecho, que describe las conductas obser-

8. H. Hart, 1994, p. 134

vables de aquellos que siguen la regla.⁹ Sobre esta distinción entre perspectivas, el PS intenta mostrar la frontera entre su proyecto y el dworkiniano: mientras que éste supondría que una teoría del derecho debe asumir el punto de vista interno, el primero muestra que es posible construir una teoría del derecho que describa ese punto de vista interno pero que, sin embargo, no se vea obligado a asumir el papel de participante de una práctica social. “Un teórico descriptivo del Derecho no comparte él mismo la aceptación de los participantes, pero puede y debe describirla, como en efecto he intentado hacerlo. Es cierto que, para tal fin, el teórico descriptivo del Derecho debe “comprender” lo que significa adoptar el punto de vista interno y, en este sentido restringido, debe estar en condiciones de ponerse en el lugar de un participante: pero esto no equivale a compartir o suscribir el punto de vista interno del participante ni a renunciar en manera alguna a su posición descriptiva.”¹⁰

En esta lectura que Hart hace de la respuesta de LE al test clásico, la afirmación de una postura escéptica interna respecto al sistema jurídico en cuestión, es decir, sostener que no hay una justificación posible para el derecho nazi, no es equivalente a negar que sea considerado “derecho”.¹¹ Si esto es así, Dworkin tendría que aceptar, bajo sus propios términos, la posibilidad de una teoría del derecho construida sobre objetivos puramente descriptivos y que no exija una justificación moral del derecho. Esto mismo pareciera

9. H. Hart, 1961, p. 69-74

10. H. Hart, 1994, p.95

11. De lo anterior, parecería desprenderse que, de acuerdo a Hart, lo único que podría mostrar la imposibilidad de la tarea sería que un sistema de leyes inicuas no sea considerado derecho ya que ello significaría que la teoría necesita desarrollar criterios morales que le permitan decidir cuando un conjunto de normas es derecho o cuando no lo es; por ejemplo, una teoría iusnaturalista tradicional podría afirmar que existen ciertas condiciones morales suficientes que deben satisfacerse para que un sistema de reglas sea considerado derecho. De esta forma, Hart parecería seguir insistiendo en que el único rival posible e incompatible de su versión del positivismo es el iusnaturalismo. Es importante prestar atención sobre esto porque termina por generar un argumento adicional para la tesis dworkiniana de agrupar tanto a la teoría positivista como a la iusnaturalista bajo el mismo rótulo de teorías semánticas.

sostener Jules Coleman¹² cuando afirma que la autocomprensión hartiana como proyecto descriptivo debería ser entendida como un no-compromiso con la inferencia de la legalidad a la legitimidad de un sistema jurídico; vale decir, sería posible describir la legalidad de un orden jurídico sin tener que poner en juego su legitimidad moral. Por el contrario, la posición dworkiniana impondría a la teoría legal no sólo la exigencia de formular los requisitos de la legalidad sino también los de la legitimidad.

Parece claro que esta tesis metodológica excluye cualquier componente relacionado con la justificación moral; sin embargo, no es tan claro su contenido propositivo: ¿qué tipo de análisis es necesario para poder afirmar que la teoría legal es descriptiva?, ¿cuáles son los hechos que debe describir la teoría legal?

En la siguiente sección, seguiremos la interpretación que lleva a cabo Coleman respecto de las exigencias metodológicas autoimpuestas por la teoría legal hartiana y cuáles son sus consecuencias para el proyecto de Dworkin.

2. Las pretensiones descriptivas de la teoría legal de Hart

La perspectiva externa que asume TCL pareciera suponer que el encargado de describir un hecho social complejo, como el de las instituciones jurídicas, es un observador desinteresado y que, para llevar a cabo esa función, diseña ciertas categorías o nociones moralmente neutras. Esto implicaría que su objetivo no es generar una teoría normativa que sostenga cómo debe ser el derecho en general o alguna de sus partes, sino intentar lograr una descripción de un fenómeno social. Así, por ejemplo la idea del derecho como un conjunto de reglas primarias y reglas secundarias –según la cual, todo sistema de reglas es jurídico si posee una regla de reconocimiento que otorga validez al resto– debería ser explicada por la teoría legal como un rasgo esencial del derecho; sin embargo, la teoría hartiana no tendría por qué dar cuenta de la justificación moral ni del contenido de la regla.¹³

12. J. Coleman, 2002, p. 312

13. Esto debe distinguirse de la afirmación según la cual la regla de re-

A pesar de la aparente claridad de la autocomprensión hartiana, desde la publicación del PS se ha hecho evidente lo contrario, especialmente al intentar explicar la relación entre sus pretensiones descriptivas y algunas de las aclaraciones del propio Hart respecto de su significado como, por ejemplo, la neutralidad moral y la sociología descriptiva.

En primer lugar, parece claro¹⁴ que esta autocomprensión no está dirigida, al menos de forma voluntaria, a la teoría sustantiva que se presenta en TCL –según la cual, no hay una conexión necesaria entre la moral y el contenido del derecho– sino a una posición metodológica respecto a cómo debería construirse una teoría legal. En segundo término, la vía más natural para comprender esta tesis metodológica pareciera consistir en relacionarla con una forma de análisis conceptual. Las prácticas sociales, como bien lo mostró Hart en contra de Bentham y Austin, no son llevadas a cabo automáticamente sino que son comprendidas de cierta forma por quienes se hallan sujetos a las reglas; ideas tales como la de legislación, autoridad, poder coercitivo, jurisdicción, etc., aparecen ligadas de manera inevitable al intento de comprender al hecho social del derecho. Entendida de esta forma, una teoría legal debe mostrar las relaciones y jerarquías que se establecen entre estas nociones para clarificar el marco conceptual que se aplica para la comprensión de ese hecho social complejo.

Este análisis conceptual, unido al rótulo de sociología descriptiva, podría comprenderse como un mero estudio sociológico del lenguaje utilizado para referirse a ciertas instancias de gobierno; así, el PS impondría a la teoría legal el objetivo de identificar ciertos usos regulares de esos términos. A pesar de que el significado de un concepto no puede diferir radicalmente de su uso común, parece claro que los objetivos hartianos exceden el puro reporte de uniformidades lingüísticas.

conocimiento puede tener contenido moral. De hecho, brevemente, esto es lo que distingue a los positivistas inclusivistas (Hart, Coleman, etc.) de los positivistas exclusivistas (Raz).

14. Aquí sigo tanto a J. Coleman, 2002, como a S. Perry, 2001; este último, no obstante el acuerdo sobre la distinción con Coleman, extrae de esta distinción consecuencias que no serán analizadas aquí.

Como ya hemos mencionado, Jules Coleman brinda una interpretación que se presenta como fiel y defensora, al menos respecto de los ataques dworkinianos, de los objetivos metodológicos del PS. De acuerdo con ella, “analizar el concepto del derecho es racionalizar el concepto a través de la articulación de criterios para su uso que nos permita ser más precisos al utilizar la expresión “derecho”.¹⁵

La tarea del teórico legal consistiría, entonces, en tomar el uso común de las nociones relacionadas habitualmente al derecho como si fuera una materia prima en bruto y, en base a ella, construir un marco conceptual coherente que las ordene y clarifique. Así, la diferencia entre ambas tareas –la del reporte de usos regulares y la de elucidación conceptual– sería equivalente a la identificable entre un hablante común y un experto al utilizar un mismo término; mientras que el primero puede utilizar incorrectamente el término “linfoma” o “sistema operativo” porque asume falsamente un significado que los expertos no dan a esos términos, el segundo dispone del conocimiento y la capacidad necesaria para brindar un marco conceptual que dé cuenta de ese conjunto de hechos lingüísticos.

El teórico legal llevaría a cabo tareas que podrían denominarse, al menos en algún sentido, normativas ya que su intención última es la de regular y estructurar el uso del concepto del derecho. No obstante, tratar de justificar aquí un cargo de inconsistencia en la tesis metodológica hartiana parece desacertado porque, en definitiva, todo proyecto filosófico posee tales ambiciones (el teórico de la justicia, por ejemplo, intenta esclarecer el concepto de justicia, así como el epistemólogo el de conocimiento científico).

El carácter descriptivo de la teoría del derecho viene dado, entonces, por dos elementos principales. En primer lugar, por el continuo que se puede establecer entre los estudios empíricos acerca del derecho y la organización de ese material bruto para formar un esquema conceptual coherente que permita captar el concepto del derecho. En segundo lugar, la teoría hartiana es descriptiva ya que no exige la justificación moral del derecho; siguiendo a Shapiro y en contra de lo que Coleman denomina como “interpretivistas

15. Coleman, 2002, p. 313

dworkinianos” –entre los cuales nombra al ya mencionado Perry– la función que Hart identifica para el derecho, la de actuar como guía eficiente y clara de conducta para los ciudadanos,¹⁶ forma parte de una explicación funcional típica de las ciencias sociales que Hart no desarrolló completamente pero que, no obstante, puede reconocerse como implícita:¹⁷ “(La explicación funcionalista del derecho) refuerza el análisis filosófico del derecho como una unión de reglas primarias y secundarias y hace a la teoría filosófica continua con una explicación estándar de la ciencia social. Sin importar dónde surja el derecho ni las diferencias históricas o culturales ni los fines particulares que pueda seguir, podemos esperar que al alcanzar una forma madura, el derecho adquiera, básicamente, la misma estructura. Este carácter general debería contarse entre las mayores fortalezas de la posición de Hart.”¹⁸

Parece claro que si la interpretación ofrecida por Coleman acerca de la oscura autocomprensión hartiana como “sociología descriptiva” es acertada –no sólo en términos hermenéuticos sino también en términos de plausibilidad teórica– se debería seguir en primer lugar que, en contra de lo sostenido por Dworkin, la tarea del teórico legal es, en buena medida, análoga a la del científico social, y en segundo lugar, y más importante para los propósitos de este artículo, que las concepciones de Hart –en tanto descriptiva– y la de Dworkin –en tanto moralmente normativa– son distintas y, por lo tanto, no pueden postularse como rivales.

En la próxima sección veremos cómo ambas conclusiones son puestas en duda por Dworkin en JIR.

3. El rechazo dworkiniano de las pretensiones descriptivistas de Hart

JIR intenta contestar a la pregunta más extraña que puede realizarse respecto de una polémica que ya lleva treinta años: ¿están Dworkin y Hart realmente discutiendo acerca de lo mismo?

16. H. Hart, 1961, p. 112 y ss.

17. La explicación completa puede encontrarse en S. Shapiro, 1998, “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, 4/4.

18. J. Coleman, 2002, p. 342

A diferencia de lo que ocurría en LE, donde para centrar la atención sobre su propia concepción, Dworkin agrupaba bajo títulos originales diversas posiciones y autores con los cuales discutía, aquí parece bastante más resuelto a afrontar de manera directa las diversas críticas que se le han venido realizando en los últimos veinte años. De esta forma se entiende que aun sin abandonar lo que suele considerarse como su argumento metodológico básico –el del aguijón semántico– Dworkin añade nuevas herramientas teóricas y conceptuales no tanto para defender su teoría sustantiva –que el derecho como integridad es la concepción más adecuada para captar la naturaleza interpretativa del derecho –sino para defender su tesis metodológica– que una teoría legal debe ser interpretativa y que, por lo tanto, debe contener elementos tanto morales-normativos como descriptivos).

Este último objetivo es llevado a cabo en dos pasos argumentativos distintos pero, sin embargo, íntimamente relacionados. El primero de ellos consiste en mostrar que una teoría legal puramente descriptiva, como la defendida por Hart y Coleman, es o bien imposible o bien inútil, tanto filosófica como prácticamente. El segundo intenta mostrar que las teorías hartianas y la suya son efectivamente rivales.

Como intentaremos demostrar, ninguno de estos dos pasos muestran por sí solos ni la importancia de la discusión ni la urgencia teórica que ella tiene para la propia posición dworkiniana. En última instancia, recordemos, el núcleo central del PS hartiano era claramente defensivo, lo cual implicaba la posibilidad de coexistencia entre ambos proyectos y que no podía inferirse de ello, al menos directamente, la incorrección o imposibilidad de una teoría como la dworkiniana.

La interpretación que brinda Coleman de la autocomprensión hartiana es sumamente útil para los objetivos de JIR ya que es lo que justifica –aún dentro de los límites mismos de la concepción positivista– la utilización de un argumento que estaba originalmente diseñado para otra polémica,¹⁹ el rechazo del punto de vis-

19. Esta otra polémica era la que se sostuvo entre Dworkin y Stanley Fish respecto de la tesis del primero según la cual siempre existe una respuesta correcta en los casos difíciles que se presentan en las cortes y sobre

ta arquimedeano (PVA). La estrategia dworkiniana, como veremos, consistirá en aplicar ese mismo argumento para, en primer lugar, rechazar el punto de partida metodológico de la concepción hartiana, y en segundo lugar, para defender su propio punto de partida metodológico.

El punto interpretativo en conflicto que me gustaría anticipar aquí es el siguiente: si Hart estuviera en lo correcto al afirmar que los proyectos son distintos –algo que piensa buena parte del positivismo actual–, los argumentos positivos de Dworkin respecto de su propia posición serían totalmente independientes de los argumentos positivistas; esto es, el hecho de que la concepción hartiana sea correcta o incorrecta no implicaría nada respecto de la dworkiniana; y, por supuesto, esto también valdría a la inversa: que la teoría dworkiniana sea correcta no diría nada respecto de la hartiana. Sin embargo, si los proyectos son incompatibles y competitivos –como se sostiene en JIR– la teoría dworkiniana no puede subsistir a menos que la hartiana sea incorrecta.

Podría pensarse, entonces, que Dworkin elige una estrategia inadecuada al querer postularse como un proyecto rival y en competencia con el positivismo hartiano ya que, en definitiva, de haber consentido la opción de defensa hartiana, eso no diría nada respecto de la corrección de su propia concepción. Sin embargo, como intentaremos mostrar en lo que resta del artículo, esto no es de ninguna forma así sino que, muy por el contrario, es vital para la teoría dworkiniana poder presentarse como incompatible y no como mera alternativa.

Dado esto y puesto que bajo cualquiera de las dos opciones de comprender la disputa, el primer paso de la estrategia dworkiniana pretende rechazar la metodología propuesta por Hart, aquí sólo analizaremos detalladamente el primero de los argumentos de JIR, aunque será inevitable tener que remitirnos a algunos aspectos de su teoría propositiva.

la objetividad en la interpretación; los artículos de Fish se hallan compilados en S. Fish, 1990, *Doing What Comes Naturally*, Durham, Duke University Press; la principal respuesta de Dworkin, y en la que expone el punto de vista arquimedeano es Dworkin, R., 1996

3.A El punto de vista arquimedeano

En numerosas disciplinas filosóficas puede reconocerse la comprensión de la propia actividad como cualitativamente distinta de la analizada; así, por ejemplo, la epistemología analiza la actividad científica, la metaética a la ética, etc.; al realizar esto, sin embargo, los teóricos metaéticos o epistemólogos parecieran no involucrarse como participantes en aquello estudiado sino que, por el contrario, se conciben a sí mismos como construyendo un meta-discurso de segundo nivel que se aplica a un discurso de primer nivel, en el cual los participantes simplemente llevan a cabo la práctica analizada. Las distintas posiciones metaéticas presentan el ejemplo más claro de esto: mientras que en la práctica de la argumentación moral los participantes proponen y critican distintas proposiciones respecto de qué es correcto y qué incorrecto –por ejemplo, “la eutanasia es moralmente incorrecta”–, los teóricos metaéticos construyen un discurso que explora y define de forma precisa los términos y conceptos –en este caso, el de “corrección”– que se utilizan en esa discusión de primer nivel. En la práctica jurídica parecería poder identificarse una distinción análoga entre la argumentación de un abogado o de un juez defendiendo una determinada proposición de derecho²⁰ y la de un teórico legal reflexionando, por ejemplo, sobre las condiciones de verdad de tales proposiciones.

El punto que se mostrará como clave en el argumento de Dworkin será analizar de qué clase es esta distinción de tareas: ¿es de grados de abstracción o, por el contrario, cada uno de esos discursos supone no sólo argumentos distintos sino también criterios y objetivos teóricos completamente disímiles? Como veremos a continuación, éste es, precisamente, uno de los nervios centrales

20. Aquí sigo la definición de proposición de derecho que Dworkin da en LE: “las distintas declaraciones que hace la gente sobre lo que la ley permite, prohíbe o autoriza tener: “la ley prohíbe a los estados negar a cualquier persona igual protección dentro del sentido de la decimocuarta enmienda” o, mucho menos general, “la ley no proporciona compensación por las lesiones causadas por la negligencia de otro compañero de trabajo”. (1986, p. 17)

del debate metodológico entre el positivismo hartiano y la concepción dworkiniana.

Dworkin denomina “punto de vista arquimedeano” (PVA) al que sostiene dos tesis fundamentales con respecto a esta distinción: la primera, según la cual los objetivos de ambos niveles son cualitativamente distintos; la segunda afirma que mientras los participantes de una práctica social como, por ejemplo, la argumentación moral afirman juicios morales controvertibles, los teóricos de segundo nivel no ofrecen juicios morales sino que sus juicios son –o, al menos, tienen esa pretensión– neutrales o no comprometidos moralmente con esa práctica analizada. De acuerdo con Dworkin, Hart comparte esta visión para explicar la tarea de la teoría legal:

“La distinción clave es entre niveles del discurso: en este caso entre los “juicios de valor” sustantivos de primer orden que realizan los individuos comunes acerca de la libertad, la igualdad, la democracia, la justicia, la legalidad y otros ideales políticos, y el análisis filosófico y neutral de segundo nivel que llevan a cabo los filósofos políticos. Los ciudadanos comunes discuten acerca de la importancia relativa de tales ideales; debaten si la legalidad debería ser comprometida para asegurar la justicia (...) Los filósofos, por el contrario, tratan de brindar teorías acerca de qué es realmente la legalidad o la libertad o la igualdad, es decir, acerca de aquello sobre lo cual están en desacuerdo los individuos comunes. Una vez más, el trabajo de los filósofos, en su opinión (la de los teóricos arquimedeanos), es neutral entre esas controversias.”²¹

La aplicación del PVA para comprender la metodología hartiana parece adecuada dada la interpretación de Coleman que ya consideramos. En primer lugar, el hecho de relacionar la investigación conceptual del derecho con una explicación funcional propia de las ciencias sociales pareciera abonar la idea de una empresa científica con objetivos neutros moralmente. En segundo término, dada la tesis positivista de la invalidez de la inferencia de la legitimidad a partir de la legalidad, la investigación acerca de esta última no requeriría tener que juzgar la primera y, por lo tanto, no debería conducir a la utilización de argumentos morales, con lo cual

21. R. Dworkin, 2006, p. 142

la neutralidad del proyecto parecería garantizada. Por último, si la tarea del teórico legal es análoga a la de un experto que brinda criterios para la utilización y elucidación correcta de un concepto, el positivismo hartiano parecería participar de este PVA, ya que tal experto sería el encargado de analizar el discurso común acerca del derecho para formular tales criterios desde una posición distinta a la del participante.

3. B. Ambigüedad de las pretensiones descriptivas

El primer paso que Dworkin da para rechazar el PVA y, por consiguiente, la tesis metodológica hartiana, consiste en poner en duda el carácter descriptivo que ella se autoasigna. Como vimos, su teoría general sostenía que una parte indispensable del concepto del derecho consistía en lo que suele denominarse la tesis de las fuentes, de acuerdo con la cual la existencia de una regla de reconocimiento es quien otorga validez al resto de las reglas sociales constitutivas de un sistema jurídico (legislación, costumbre, etc.); en otros términos, independientemente del contenido de las condiciones propias que establece tal regla, ella debe existir para poder afirmar que tal sistema de reglas puede ser conceptualizado como un ejemplo de derecho. La teoría general, como lo muestra Coleman y el ejemplo del test clásico, debería ser comprendida como descriptiva ya que no desarrolla una justificación moral de ese hecho social de la regla de reconocimiento.

De acuerdo con Dworkin, el carácter descriptivo aplicado al proyecto de Hart es sumamente ambiguo ya que ello podría tener, al menos, tres significados distintos. El primero de ellos afirmarí­a que la tesis de las fuentes es descriptiva porque es una tesis semántica respecto de los criterios que utilizan los hablantes de la práctica para referirse a esa institución. Sin embargo, como vimos, es claro que los objetivos hartianos trascienden la mera constatación de una regularidad lingüística.

La segunda sostiene algo similar a lo que consideramos con Coleman: podría catalogarse como descriptivo un proyecto que intenta descubrir la “verdadera” esencia del objeto o hecho que es descrito por un usuario común bajo un mismo término. Si el concepto del derecho tiene algo así como un ADN o una esencia inmutable, entonces deberíamos defender que sea considerado de la

misma forma que los conceptos de clase natural, como los de agua, tigre, etc.

El tercer argumento intenta defender la descriptividad de la teoría hartiana asimilándola a una generalización empírica. De una forma profundamente irónica, Dworkin imagina cuál debería haber sido el procedimiento utilizada si éste hubiera sido el sentido de descriptivo utilizado. “Es concebible que algún ejército de antropólogos legales sea capaz de recoger toda la información que la historia puede ofrecer acerca de las numerosas y variadas ocasiones en las cuales la gente ha hecho, aceptado, o rechazado proposiciones de derecho. Algún sociólogo con una computadora del tamaño de una habitación y un presupuesto gigantesco podría tener la esperanza de analizar ese Everest de información, no para hallar la esencia o la naturaleza del derecho, sino simplemente para descubrir patrones de conducta y reiteraciones en esa larga historia. (...) ¿Deberíamos entender el arquimedeanismo de Hart en este sentido? Hay una objeción insuperable para ello: ni Hart ni sus discípulos han siquiera comenzado con los estudios empíricos que ello requeriría. No han producido, dejando de lado al Everest, ni un hormiguero de información.”²²

De esta forma, incluso si la interpretación de Shapiro y de Coleman acerca de la explicación funcional del derecho fuese adecuada, deberíamos concluir que ella es, en la interpretación más benévola, una hipótesis funcional no contrastada, con lo cual su carácter “propio de las ciencias sociales” debería quedar, por lo menos, bajo tela de juicio.

Si esto es así, la única forma en que la tesis de las fuentes –en tanto elemento indispensable del concepto del derecho– podría considerarse como descriptiva es en el segundo de los sentidos, es decir, tratándola como un concepto de clase natural. Como Dworkin señala, este tipo de conceptos son aquellos que tienen como ejemplo una estructura natural o una determinada composición física; así, el concepto de tigre puede funcionar como natural ya que entre todos sus ejemplos podemos encontrar una estructura genética –su “esencia”– compartida por todos ellos. Aunque es claro que no todos los hablantes de un lenguaje conocen esta estructura

22. R. Dworkin, 2006, p. 166-7

resulta plausible pensar que ellos suponen que existe algo así y que hay expertos que están encargados de descubrirla.

De esta forma, si el proyecto fuera descriptivo en este sentido, tendríamos que afirmar que “nada es derecho a menos que se conforme con la tesis de las fuentes”. A pesar de que debemos adelantarnos en el razonamiento de JIR, es conveniente anticipar que Dworkin rechazará de plano esta posibilidad ya que considera que la investigación conceptual acerca del derecho debe tomar la misma forma que el análisis de conceptos políticos como los de libertad o de democracia; esto es, como un concepto que exige un análisis que es interpretativo por naturaleza, en el cual se presentan distintas y competitivas formas de entender su significado y sus implicancias; así, por ejemplo, los conceptos de “ganar un round” en boxeo o de “tocar el balón intencionadamente con la mano” en fútbol funcionan sobre una base de desacuerdo respecto de los criterios que deben utilizarse para aplicar correctamente el concepto, exigiendo distintas interpretaciones de su significado y aplicación.²³

El razonamiento que conduce al rechazo de este carácter descriptivo se revelaría incompleto si no tomáramos en cuenta qué concepto es el que estamos tratando de analizar; de acuerdo con Dworkin, no hay un único concepto del derecho, sino que pueden distinguirse tres, cada uno de los cuales soporta diferentes instancias de refutación y comprobación. Como veremos en la siguiente sección, esta distinción es una de las razones que, paradójicamente, al mismo tiempo que diferencian al proyecto hartiano del dworkiniano, también los asemeja y pone al nivel de rivales.

3. C. Conceptos del derecho

El segundo argumento que se halla en JIR para rechazar la posibilidad de una teoría legal descriptiva, y que también está íntimamente relacionado con la refutación del PVA, consiste en afirmar que la naturaleza del objeto de estudio de un análisis conceptual en el ámbito de la filosofía práctica no puede ser un hecho o un fenómeno pasible de describirse de manera moralmente neutra.

23. *Ibid.*, p 10-12

Dworkin diseña un largo y complejo argumento para rechazar que el concepto del derecho consista únicamente en un conjunto de hechos sociales, una de las tesis fuertes de buen número de positivistas legales. Este rechazo no es novedoso en la obra dworkiniana, sino que ya desde TRS se intentaba mostrar que el positivismo no sólo fallaba al no captar como elementos jurídicos ciertos estándares provenientes de la normatividad moral –como los principios– sino porque tampoco podía captar el carácter interpretativo de la práctica jurídica, con lo cual ni siquiera podía establecerse como una buena descripción de ella. Como veremos a continuación, este segundo argumento tiene como objetivo central brindar los fundamentos metodológicos para poder afirmar este carácter interpretativo del derecho.

De acuerdo con Dworkin, referirse al concepto del derecho, como lo hacen los positivistas, implica asumir una ambigüedad inevitable. Ella es expuesta –o instalada, según cual sea nuestra posición en la polémica– por Dworkin al distinguir entre tres conceptos de derecho según las distintas instancias de confirmación o de refutación que cada una de ellas implique. Esto generará que cada uno de esos conceptos exija comprender la investigación conceptual acerca del derecho de una forma distinta.

En primer lugar, podemos reconocer un concepto sociológico que nos permite identificar una forma particular de organización social como derecho; éste es el sentido que atribuimos al término cuando preguntamos por el derecho romano o cuando afirmamos que los nazis poseían derecho (en términos de LE, que los nazis tenían derecho en un sentido interpretativo).²⁴ En segundo término, podemos investigar un concepto doctrinal que recoja distintas proposiciones válidas del sistema jurídico y por medio de las cuales se desarrolle la argumentación jurídica; así, las proposiciones “el derecho requiere la presencia de dos testigos para que un casamiento sea válido” o “el derecho constitucional estadounidense permite instituciones discriminatorias racialmente” son las que

24. Este concepto sociológico se halla, de acuerdo con JIR, íntimamente relacionado con un concepto taxonómico, según el cual sólo hay derecho en el sentido sociológico cuando hay una serie de normas y reglas distintas de las morales

afirman que un determinado sistema jurídico permite o prohíbe algo. Por último, puede reconocerse un concepto aspiracional que intente dar cuenta de un valor intrínseco al derecho, como el de la legalidad; cuando se afirma que la “democracia es la única garantía para el mantenimiento de la legalidad constitucional” hacemos uso de tal concepto.

Estos tres conceptos son distintos porque suponen distintos ejemplos: mientras que el concepto sociológico selecciona hechos sociales –como instituciones o comportamientos–, el concepto doctrinal selecciona proposiciones normativas con pretensiones de validez. Si esto es así, parecería claro que el concepto de derecho no es unívoco y que, por lo tanto, deberían distinguirse tales sentidos, de acuerdo con el análisis pertinente.

Para el propio Dworkin, la naturaleza política y controvertida del concepto del derecho no permite una investigación moralmente neutra como propondría el PVA “asumido” por Hart, sino que exige la postulación de diferentes y competitivas interpretaciones de lo que *realmente* exige tal concepto. Continuando la analogía entre las doctrinas metaéticas y la teoría general hartiana, Dworkin sostiene que así como los investigadores metaéticos no ofrecen, a pesar de sus intenciones explícitas, formulaciones neutrales de los conceptos claves de la filosofía práctica como igualdad o libertad, sino que ellas mismas dependen de posiciones sustantivas respecto de esos mismos conceptos, lo mismo ocurriría con los teóricos legales. El PVA sería incapaz, entonces, de comprender que los desacuerdos genuinos respecto del derecho se deben a la naturaleza controvertida y política de los conceptos que se analizan y no a una mera controversia respecto de los hechos que componen el derecho: “Los conceptos interpretativos requieren que la gente comparta una práctica(...) pero eso no significa que converjan en la aplicación de ese concepto. La gente puede compartir tal concepto aún si están en un dramático desacuerdo acerca de sus ejemplos. (...) Una teoría útil de un concepto interpretativo debe ser, ella misma, una interpretación, muy probablemente controvertida, de la práctica en la cuál tal concepto figura.”²⁵

Esto permite a Dworkin afirmar que la investigación concep-

25. *Ibid.*, p.11-2

tual llevada a cabo por el positivismo siempre ha intentado sacar ventaja de la confusión²⁶ entre estos distintos conceptos de derecho que, aunque relacionados, deben ser distinguidos. Una vez que el concepto del derecho se muestra como un concepto político que exige una interpretación, la teoría legal no tiene más remedio que ocuparse del concepto doctrinal ya que éste es el único que permite comprender tal naturaleza política e interpretativa.

Esta posición metodológica adoptada por JIR genera una serie de consecuencias contrapuestas al positivismo legal que serán examinadas en la última sección de este artículo. Sin embargo, esto aún no es suficiente para mostrar que los proyectos son rivales; de hecho, parecería posible inferir exactamente lo opuesto: mientras que el proyecto de Dworkin investiga el concepto doctrinal del derecho, el proyecto hartiano podría, *prima facie*, defenderse sosteniendo que su objeto de estudio no es ése sino el concepto sociológico del derecho. Dado que es claro que la intención dworkiniana es postularse como rival directo de la teoría positivista, JIR deberá mostrar la imposibilidad de tal defensa, es decir, deberá demostrar la imposibilidad de fundar la teoría general del derecho en el concepto sociológico del derecho. De esta forma, lo que pretende mostrar Dworkin es que si la teoría legal es interpretada de una forma fiel a la letra del texto hartiano, ella se convierte en una especie de quimera.

El argumento de Dworkin afirma que si se siguiesen las pautas metodológicas del PS, la teoría general del derecho debería intentar desentrañar o bien los criterios de aplicación del concepto sociológico del derecho o bien su esencia. Ahora bien, esto es imposible porque tal concepto es impreciso, lo cual genera, a su vez, que una teoría general fundada sobre él también lo sea. Tal imprecisión puede observarse en que él no puede cumplir ni las funciones criteriales ni las esencialistas que se le podrían exigir: por un lado, como lo muestra la interpretación dworkiniana del test clásico

26. Como evidencia de esta confusión podría mencionarse el siguiente breve párrafo de Joseph Raz: “utilizo “derecho”, como suele usarse, para referirse algunas veces a un sistema legal y algunas a una regla del derecho o a una proposición respecto de cómo debe ser el derecho en algún punto particular.”, (J. Raz, 2005, p. 341)

co, no hay criterios compartidos que hagan que un conjunto de hechos sociales deba considerarse como considerados derecho; si es así, el concepto sociológico no dispone de criterios suficientes como para poder afirmar de manera indiscutible que nos hallamos frente a un caso de derecho. De acuerdo con Dworkin, tenemos una comprensión vaga del concepto sociológico del derecho que nos permite diferenciar instancias de derecho de otros conjuntos de reglas –como, por ejemplo, los juegos– pero, sin embargo, frente a casos límite, los criterios de aplicación se hacen controvertibles. Por otro lado, el concepto sociológico no puede funcionar como si captara una esencia, al estilo de los conceptos naturales, ya que descubrir las propiedades esenciales de una institución social a través de sus manifestaciones a lo largo del tiempo no podría traspasar nunca la categoría de generalizaciones inductivas.

“Aunque ahora los positivistas investigan, tal como lo hace Coleman, la forma de poner al descubierto la estructura esencial del derecho mostrando lo que es constante en esa institución a lo largo del tiempo, ellos no dicen nada respecto de cómo defender la misteriosa idea en que todo esto se basa, según la cual el derecho *tiene* una estructura esencial que puede ser expuesta puramente a través de la descripción (...) ¿Dónde deberíamos buscar su “esencia” o naturaleza? ¿Qué hecho histórico, social o físico podría demostrar, por ejemplo, que es parte de la “esencia” o de la “naturaleza” del derecho que sea convencional, como argumenta Coleman, o que sea autoritativo, como estipula la concepción de Raz? (...) Hasta que alguien redima esa afirmación a través de una teoría inteligible acerca de la “naturaleza” o “esencia” del derecho, ella seguirá siendo un *mantra* de consuelo: el flogisto del positivismo.”²⁷

De esta forma, dado que el concepto sociológico del derecho es impreciso criterialmente e ilusoriamente esencialista, la teoría general no lo podría tener como objeto principal de estudio.

Dos conclusiones negativas se pueden extraer fácilmente de aquí. En primer lugar, la teoría general no puede ocuparse del concepto sociológico. En segundo lugar y dado lo anterior, carece de sentido referirnos a un proyecto de teoría legal como descripti-

27. R. Dworkin, 2006, p. 215-6.

vo, puesto que la naturaleza del concepto analizado no es pasible de ser descripta en forma moralmente neutra.

Estas dos conclusiones, si bien son independientes entre sí, poseen el mismo fin: mostrar que la autocomprensión de Hart termina por convertir en quimérico a su proyecto y que, por lo tanto, es necesaria una nueva interpretación del mismo. Al mismo tiempo, este segundo argumento de Dworkin no sólo está reforzando la idea de la arbitrariedad en el punto de partida metodológico de Hart sino que también esta rechazando otra de las tesis del PVA, la de la distinción cualitativa entre las tareas de un juez y de un filósofo del derecho. Dado que una teoría general del derecho no puede ocuparse del concepto sociológico del derecho, debe hacerlo del concepto doctrinal; esto coadyuva a rechazar una diferencia cualitativa entre la teoría de la adjudicación y la teoría legal, la cual, como veremos en la siguiente sección, podría convertirse en otra de las posibles estrategias de defensa positivista. También veremos que es precisamente de este punto de donde puede inferirse una de las razones más fuertes para mostrar la importancia de la discusión metodológica entre las concepciones positivista y la dworkiniana.

4. *¿Proyectos distintos?: La importancia de que no lo sean.*

Como vimos en la sección anterior, una de las posibles estrategias de defensa positivista podía consistir en afirmar que, dada la distinción dworkiniana entre diferentes conceptos del derecho, los proyectos de ambas posiciones eran distintos: mientras que uno (el dworkiniano) se ocupa del concepto doctrinal, el otro (el positivista) lo hace con el sociológico; de aquí podría seguirse que mientras que el primero ofrecía una teoría de la adjudicación –la cual debe responder a la pregunta “¿cómo deciden los casos los jueces?”– que exige la interpretación moral del derecho, el segundo ofrecía una teoría general del derecho –la cual responde, básicamente, a la pregunta “¿qué es el derecho?”– que podría ser llevada a cabo sin una interpretación de tal índole.

Como ya anticipamos, al rechazar el carácter descriptivo del proyecto metodológico hartiano y al sostener la imposibilidad de construir una teoría general del derecho sobre el concepto socioló-

gico, Dworkin está intentando descartar tal estrategia. Sin embargo, esto no logra mostrar aún la urgencia teórica que padece su concepción de contrarrestar ese argumento.

En esta sección intentaremos exhibir el carácter vital y urgente que posee el debate metodológico y conceptual, a través de la discusión de uno de los defensores más constantes de esta última estrategia positivista, Joseph Raz.

A lo largo de los años pero especialmente luego de la publicación de LE, Raz se ha ido convirtiendo en uno de los críticos más agudos y detallados de la teoría legal dworkiniana. Si bien sus críticas fueron múltiples y versaban sobre casi cada uno de los argumentos de Dworkin, una de ellas fue la que se mostró como más fuerte y estable a lo largo de su obra. Ella consiste en afirmar que, aún cuando la concepción dworkiniana se presentaba como una teoría general del derecho, ella debía ser considerada únicamente como una teoría de adjudicación. En uno de los textos contenidos en *Ethics and the Public Domain*, Raz sostenía que

“Los teóricos norteamericanos no sólo han adoptado la perspectiva del abogado sino que se apresuran a llegar a la conclusión de que todas las consideraciones que pueden emplear los tribunales son jurídicas. El representante más sofisticado de esta tradición es Dworkin, quien ha desarrollado una teoría del derecho a partir de una teoría de la adjudicación (...) En realidad, desarrolla una teoría de la adjudicación y la considera, caprichosamente y sin más argumentos, como una teoría del derecho (...) Podemos estar de acuerdo o no con esta teoría de la adjudicación. En ambos casos debemos plantearnos una pregunta separada: ¿cuáles de todas esas consideraciones constituyen el derecho?”²⁸

De acuerdo con Raz, el punto de partida dworkiniano, según el cual el derecho consiste en las prácticas de los tribunales, es sumamente arbitrario pues deja de lado otras características importantes que podrían señalarse respecto de las instituciones sociales del derecho (el concepto de autoridad legal, la distinción entre las etapas de deliberación y de ejecución, etc.). Una vez más, la estrategia haritiana de diferenciar los proyectos pareciera hacerse presente aquí;

28. J. Raz, 1994, p. 219-20.

incluso, en el mismo artículo, Raz pareciera conceder los componentes morales que Dworkin identifica en el derecho, aunque relegándolos a la teoría de la adjudicación y no a la teoría legal.

“Resulta claro que una teoría de la adjudicación constituye una teoría moral. Se ocupa de todas las consideraciones que afectan el razonamiento de los tribunales, tanto jurídicas como no jurídicas (...) Cuando la teoría legal se identifica con la teoría de la adjudicación, se convierte en sí en una teoría moral. La cuestión acerca de cuál es el derecho en Inglaterra se identifica con la cuestión de en cuáles consideraciones deberían basarse los tribunales.”²⁹

Si bien ya era claro en LE que Dworkin asumía la objeción no como un defecto de su teoría sino como una virtud, en JIR la justificación de la “confusión” entre la teoría de la adjudicación y la teoría general del derecho pareciera no sólo justificarse sino también mostrarse como inevitable.

La intersección entre estos campos que el positivismo legal intenta mantener separados es considerada por Dworkin como inevitable una vez que hemos aceptado el rechazo de las pretensiones descriptivistas y de neutralidad moral del PVA. Recordemos que este rechazo implicaba, en el ámbito de la filosofía del derecho, que los argumentos del teórico legal eran distinguibles de los del abogado o los del juez solamente en un punto inocuo (su grado de abstracción) y que, en última instancia no sólo estos últimos realizan juicios morales respecto de qué es del derecho y cómo determinar las obligaciones legales sino que también lo hacen los primeros.

El argumento que Dworkin utilizaba contra la aplicación del test clásico a su concepción es una clara muestra de esto: mientras que el teórico legal podía tratar vanamente –ya que el concepto sociológico es impreciso– de justificar criterios o propiedades esenciales para determinar si ese conjunto de leyes nazis era o no derecho, la pregunta prioritaria para Dworkin era, fundamentalmente, la característica de la adjudicación: ¿cuál es la obligación judicial en ese contexto?, ¿cuáles son los derechos que debería reconocerse allí a los individuos?.

29. *Ibid.*, p. 226

A diferencia de LE,³⁰ en donde se reformulaba la posición positivista como una concepción interpretativa del derecho –el convencionalismo–³¹ para convertirla en competitiva con la defendida por Dworkin –el derecho como integridad–, en JIR Dworkin da un paso previo a esa discusión. Aquí, reconstruye la teoría hartiana de forma tal que se muestre la oposición entre ambas no sólo en lo concerniente a la teoría de adjudicación (ambas posiciones recomiendan resultados opuestos ante casos judiciales concretos) sino que tal desacuerdo es el reflejo de uno más básico: el metodológico.

“Hart y yo estamos en desacuerdo acerca de cuánto y en qué forma los abogados y los jueces deben hacer sus propios “juicios de valor” para identificar el derecho en casos particulares. En mi perspectiva, la argumentación jurídica es característicamente una discusión moral (...) De acuerdo con la tesis de las fuentes de Hart, la argumentación legal es normativa sólo si fuentes sociales hicieron a esos estándares morales parte del derecho. (...) Dado que Hart y yo sostenemos opiniones distintas acerca del mismo tema – cómo decidir si Mrs. Sorenson tiene un reclamo válido en el derecho – es difícil dar crédito a la afirmación de que no estamos en desacuerdo o que no estamos tratando de responder la misma pregunta. (...) Quizás mi posición sea la correcta respecto de cómo debe identificarse al derecho. Pero si yo estuviera acertado en eso, insistía Hart, era solamente porque mi explicación de la práctica legal de primer orden es mejor, en tanto descripción de segundo orden, que la suya. De forma que no sólo estamos en desacuerdo respecto de cómo identificar al derecho, sino también acerca de qué clase de teoría debe responder de manera general a esa pregunta.”³²

Esta discusión metodológica es la que hemos estado recorriendo a lo largo de este artículo. Al postular que el proyecto hartiano no podía concebirse a sí mismo como descriptivo, podría decirse que Dworkin ha derribado el cerco metodológico hartiano para postularse como su rival. Dworkin intenta mostrar, de esta forma, que la teoría general del derecho no puede diferenciarse de una

30. Esto no significa que no haya argumento metodológico alguno en LE; el argumento del aguijón semántico cumplía esta función. La diferencia entre ambos textos viene dada por los distintos argumentos utilizados.

31. R. Dworkin, 1986, p. 90-114

32. R. Dworkin, 2006, p. 144-5

teoría de la adjudicación más que de esa forma inocua; lo que esto implica, entre otras cosas, es la primacía teórica que le otorga al concepto doctrinal del derecho sobre el concepto sociológico.

No obstante esto, podríamos seguir preguntando: ¿cuál es la importancia de esta discusión metodológica?, la cual, como hemos tratado de mostrar a lo largo del texto, no es tan distinta de la pregunta acerca de si están realmente en desacuerdo. Creo que buena parte de la respuesta a ambas preguntas viene dada por una afirmación raziana:

“Para mantener que la suya es una teoría del derecho, Dworkin debe mostrar que es incorrecto pensar que puede haber una teoría general de la naturaleza del derecho aún en sistemas legales “desarrollados y que reflejen ideologías políticas de diferentes caracteres”. Debe establecer que el concepto del derecho no señala ni una forma de organización política con características centrales que la hagan un factor importante para entender a todas las sociedades en las cuales se encuentra, sin importar lo que difieran en su ideología política.”³³

Independientemente de si Dworkin ha satisfecho plenamente esta exigencia que le imponía Raz, es evidente que sí trató de hacerlo en JIR. Ahora bien, ¿por qué es importante que su concepción sea considerada una teoría legal? Creo que la razón fundamental para esto es que su teoría de adjudicación difícilmente pueda mantenerse de forma independiente a su versión de la teoría general;³⁴ si fuera posible desarrollar una investigación del concepto sociológico al nivel de la teoría general –como pretende el positivismo–, sería difícil pensar en la justificación para una teoría de la adjudicación que aliente la interpretación moral del derecho. Esto sucedería porque si el concepto del derecho no fuera un concepto interpretativo, la justificación del carácter interpretativo-moral de la adjudicación se vería seriamente cuestionada; es decir, ésta depende de la opción metodológica que se tome al nivel de la teoría general. Al decidir en ese nivel que el concepto del derecho a investigar debe ser el doctrinal, el camino para arribar a una teoría adjudicativa dworkiniana parece allanado.

33. J. Raz, 2001, p. 37

34. R. Dworkin, 2006, p. 19-20

Es por esta razón que la discusión metodológica entre el positivismo y Dworkin es de una importancia vital para los objetivos de este último; en el caso en que su tesis metodológica sea incorrecta, su teoría de la adjudicación –que es, en definitiva, lo que parecería querer defender sobre todas las cosas– difícilmente pudiera defenderse por sí sola. Esto genera que aquellos intentos por superar o declarar estéril la discusión metodológica o conceptual, como lo propone Murphy, no sean la mejor forma de defender la relevancia y la novedad del aporte de Dworkin a la teoría del derecho.

Conclusión

A lo largo de este artículo, he examinado distintas estrategias de defensa que el positivismo jurídico ha venido ensayando frente a los embates de Dworkin. A la luz de los nuevos argumentos contenidos en su último texto de filosofía del derecho, he mostrado que el debate metodológico y conceptual que se ha producido, especialmente luego de la publicación del *Postscript* de Hart, no puede ser abandonado, como propone Liam Murphy, sino que, por el contrario, debe ser continuado. La razón de esto es que es precisamente de esa discusión de donde debería surgir la corrección o incorrección tanto del punto de vista metodológico que Dworkin asume para construir su teoría legal como de su teoría de la adjudicación.

BIBLIOGRAFÍA

- Cohen, M., (edit.); 1984, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, Rowman & Allanheld.
- Coleman, J., (edit.); 2001, *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press.
- Coleman, J.; 2002, *Methodology*, en Coleman, J, Shapiro, S., (eds.); 2002, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Dworkin, R.; 1977, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press; trad. cast., *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-D'agostini, 1993.

- Dworkin, R.; 1984, *A reply by Ronald Dworkin*, en Cohen, M., (edit.), 1984.
- Dworkin, R.; 1985, *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press.
- Dworkin, R.; 1986, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press; trad. cast., *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- Dworkin, R.; 1996, *Objectivity and truth: You'd Better Believe It*, en *Philosophy and Public Affairs* 25, vol.2 (1996), pp. 87-139.
- Dworkin, R.; 2006, *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press.
- Hart, H.; 1961, *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press; trad. cast., *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Hart, H.; 1994, *Postscriptum*, en *The Concept of law*, 2da. edic., Oxford, Clarendon Press, 1994; trad. cast., en Rodríguez, C.; 1997, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre.
- Hart, H.; 1977, *American Jurisprudence through English Eyes: The nightmare and the noble dream*, en *Georgia Law Review* 11, vol.5 (1977), pp. 968-83.
- Mackie, J.; 1977, *The Third Theory of Law*, en Cohen, M., (edit.), 1984.
- Murphy, L.; 2001, *The Political Question of the Concept of Law*, en Coleman, J., (edit.), 2001.
- Lyons, D.; 1984, *Moral Aspects of Legal Theory*, en Cohen, M., (edit.), 1984.
- Perry, S.; 2001, *Hart's Methodological Positivism*, en Coleman, J., (edit.), 2001.
- Raz, J.; 1994, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press; trad. cast., *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- Raz, J.; 2001, *Two views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison*, en Coleman, J., (edit.), 2001.
- Raz, J.; 2005, *Can There be a Theory of Law?*, en Golding, M., Edmunson, W., (eds.); 2005, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing.
- Sebok, A.; 1991, *Judging the Fugitive Slave Acts*, en *Yale Law Journal* 100, vol. 6 (1991), pp. 1835-54.

Recibido el 13-03-07 (versión corregida); aceptado el 18-04-07