

EL PROBLEMA DEL METODO DE LA TEORIA JURIDICA CONTEMPORANEA Y LA DISPUTA HART VS. DWORKIN

RODRIGO SÁNCHEZ BRIGIDO

I. Introducción

Se ha sostenido que uno de los puntos centrales en el debate entre H. L. A. Hart y Ronald Dworkin discurre en torno al rol y al método de la teoría jurídica. En particular, y a partir de *Law's Empire*¹, se mantiene que Dworkin ha propuesto un auténtico giro metodológico².

Puede afirmarse que, desde un punto de vista conceptual, una hipótesis metodológica responde a tres cuestiones: (a) cuál es el objeto al que se enfrenta una teoría del derecho; (b) cuál es el propósito de una teoría de ese tipo en relación al objeto; (c) cuál es el enfoque apropiado para llevar a cabo el objetivo.

Para poner en tela de juicio una hipótesis metodológica concreta debe mostrarse cómo la doctrina objetada responde a las tres cuestiones. Y luego puede optarse por varios caminos. Quizá el más interesante consista en mostrar que la teoría criticada está en lo cierto en torno a los puntos (a) y (b), pero que el enfoque elegido (c) para satisfacer (b) es efectivamente inapropiado, porque es poco útil, inconveniente o, peor aún, imposible de llevar a cabo. También pueden cuestionarse los presupuestos en que la tesis se basa para afirmar (c).

Intentaré mostrar que Dworkin ha seguido ambas vías para criticar al positivismo jurídico y que los argumentos contruidos a ese efecto son inconsistentes. Para ello, ofrece-

¹ Dworkin, Ronald. (1995). *Law's Empire*. Harvard University Press, Cambridge, (en adelante *LE*).

² Marmor, Andrei. (1994). *Interpretation and Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford, p. 2.

ré una caracterización condensada del enfoque adoptado por el positivismo jurídico en relación al método de la teoría jurídica (II). Reconstruiré luego los dos argumentos específicos elaborados por Dworkin para cuestionarlo y señalaré sus defectos (III y IV). Incluiré finalmente dos observaciones breves a modo de conclusión (V).

II. Positivismo metodológico

El enfoque adoptado por el positivismo jurídico y por Hart es el que tradicionalmente se denomina, en la presentación de Bobbio, "positivismo metodológico"³. El autor italiano sostuvo al respecto que el positivismo se acerca al estudio del derecho mediante un enfoque básicamente descriptivo y explicativo⁴. Se distingue entre el derecho que es y el derecho que debe ser, y el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica es el primero (derecho vigente)⁵. Esto último importa una visión objetiva, en el sentido de que hay una abstención de toda toma de posición frente a la realidad observada, una visión éticamente neutral⁶. Se acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no-jurídica la derivación de hechos verificables. El enfoque se asienta en un juicio de conveniencia u oportunidad (partir del derecho tal como es, es el único modo de hacer ciencia jurídica)⁷.

³ Hay coincidencia en que la propuesta de Bobbio es una buena caracterización de la hipótesis metodológica positivista. Cfr. Nino, Carlos, (1985). *La validez del derecho*. Astrea, Bs. As., p. 148; Bulygin, Eugenio. (1991). "Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos", en *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 184; Carrió, Genaro. (1990). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 325.

⁴ Bobbio, Norberto. (1945). *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, p. 42.

⁵ *Ibíd.*, pp. 41-43.

⁶ *Ibíd.*, p. 42.

⁷ *Ibíd.*, p. 49.

Las notas enunciadas por Bobbio pueden condensarse en una única fórmula que respete las condiciones conceptuales enunciadas, y tal fórmula es de hecho atribuible a Hart y al positivismo jurídico. Consiste en afirmar que la teoría debe dar cuenta del derecho desde la perspectiva de un observador externo⁸.

La tesis presupone que el punto de vista externo se diferencia de alguna otra perspectiva teóricamente indeseable. La visión del teórico debe ser neutral en la medida en que se trata de describir y explicar, no de justificar en sentido valorativo. Se presupone que un enfoque teórico es de carácter diferente de uno comprometido, pues no hay toma de posición respecto de si es correcto, adecuado, bueno, conveniente o útil que el objeto tenga los rasgos descritos⁹. En otro sentido, la distinción supone que puede diferenciarse entre proposiciones acerca del derecho y proposiciones propiamente jurídicas¹⁰.

III. El argumento de *Law's Empire* (LE)

Reconstrucción y análisis preliminar

Dworkin ha afirmado que no es el caso que la teoría pueda dar cuenta del derecho desde el punto de vista externo. Construyó para ello un argumento general que fue presentado en LE.

La tesis que el argumento pretende apoyar es que la teoría no puede dar cuenta del derecho como práctica social

⁸ Tanto Carrió como Nino, en los textos precitados, coinciden en este punto.

⁹ Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law*, 2nd. Ed., Clarendon Press, Oxford, "Postscript" ed. por P. A. Bulloch y J. Raz, p. 240 (en adelante PC); *El concepto de derecho*. (1995). Abeledo-Perrot, 2nd. Ed., Bs. As. p. 111 (en adelante CL); "Comment (on Dworkin, 'Legal Theory and the Problem of Sense')", in Ruth Gavison, ed., (1987). *Issues in contemporary legal Philosophy*. Oxford, Clarendon Press, p. 39 (en adelante C).

¹⁰ Hart, H. L. A. (1982). *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Clarendon Press, Oxford, p. 144. PC, p. 245.

sino mediante la adopción del punto de vista del participante, y que no existe una línea divisoria firme entre teoría y práctica. Se cuestiona así la pretensión positivista de que la teoría puede cumplir la misión aludida desde un punto de vista externo o de modo neutral y, concretamente, la idea de que la teoría debe dar cuenta del modo en que los participantes enfrentan la práctica sin que ello implique adoptar su punto de vista¹¹.

Para reconstruir el argumento presentaré las premisas en el orden en que fueron expuestas en *LE* para luego examinarlas por separado. Mostraré así que Dworkin suele sugerir la conclusión antes de desarrollar el argumento completo y que el paso de (4) a (5) es injustificado, llevando a admitir aquello que se pretende negar.

Dworkin sostiene que: (1) el derecho, como práctica social, tiene un rasgo central que consiste en que los participantes despliegan una actitud argumentativa (creen que las proposiciones normativas son verdaderas o justificadas en ciertas condiciones); (2) algunas teorías (como el positivismo de Hart) intentan explicar ese rasgo desde un punto de vista externo, i.e., identificando criterios comunes para la aplicación correcta del concepto-palabra "derecho" en las proposiciones normativas; (3) sin embargo, la manera adecuada de dar cuenta del rasgo consiste en mostrar que "derecho" funciona como concepto interpretativo (los participantes asignan un propósito a la práctica para determinar qué es lo que ésta requiere); (4) la teoría debe mostrar cuál es ese concepto y ello sólo es posible interpretativamente, es decir, estableciendo el propósito de la práctica; (5) por lo tanto, no es posible dar cuenta de la práctica jurídica sino adoptando el punto de vista del participante y no hay límites estrictos entre teoría y *praxis*.

Lo que es realmente llamativo del argumento es que por primera vez, a partir de un enfoque metateórico acerca de los problemas a los que la teoría general del derecho se enfrenta,

¹¹ *CL*, p. 242.

Dworkin intenta mostrar que su doctrina y la de Hart se hallan conectadas.

En efecto, coincide con Hart en cuanto al modo en que aparece *prima facie* el objeto de la teoría (lo que he consignado como componente “a” de la noción de hipótesis metodológica). Se trata de una práctica social y de ciertos datos preanalíticos compartidos¹².

Concede, además, que la teoría tiene un objetivo similar al propuesto por Hart (componente “b”): la teoría debe dar cuenta de esos datos, en el sentido de que debe enunciar los rasgos centrales de la práctica y proponer una hipótesis explicativa y clarificadora de tales rasgos¹³.

Difiere finalmente en la cuestión del enfoque (punto “c”). Lo que está en juego detrás de la cuestión del “observador externo” y del “punto de vista del participante” es el problema de si, para poder ofrecer una explicación de los rasgos centrales de la práctica, es necesario (epistémicamente) y conveniente (metodológicamente) asumir la misma actitud que los participantes. Ambos coinciden, en líneas generales, en torno a esta actitud: algunos actores en la práctica jurídica creen que ciertas conductas tienen un *status* normativo determinado si se dan ciertas condiciones¹⁴.

De las tesis a la conclusión

1. Con “práctica” Dworkin alude a una serie de datos preanalíticos compartidos (hay legislaturas, tribunales, agentes de aplicación, etc.)¹⁵ que son fácilmente identificados como prácticas de carácter jurídico por los miembros de la

¹² *LE*, p. 13; 91; *CL*, pp. 1-3; *C*, p. 37.

¹³ Aunque Hart ha destacado que la teoría no debe responder a una única pregunta (*PC*, 240), creo que resulta absolutamente exacto sostener que, en la propuesta del autor, la teoría debe hacerse cargo de un rasgo central de la práctica.

¹⁴ *LE*, p. 4. *C*, p. 36. *PC*, p. 239.

¹⁵ En rigor, Dworkin explicitó la noción de práctica en secciones posteriores a las examinadas en este apartado (*LE*, p. 91).

comunidad y por el teórico. La actitud con que los participantes la enfrentan consiste en creer que ciertas conductas se vuelven prohibidas, permitidas u obligatorias en virtud de la verdad o justificación de ciertas proposiciones, (del tipo “de acuerdo al derecho debe hacerse x”) que reciben sentido de la práctica misma¹⁶. En un texto posterior, aclaró que “sentido” equivale a las circunstancias en que dichas proposiciones deberían considerarse verdaderas o justificadas, o a las condiciones en que es correcta su aserción¹⁷.

Por un lado, Dworkin atribuyó a la visión del observador externo una inconveniencia metodológica (asumir su punto de vista no es útil para los participantes). Por otro lado, le imputó una imposibilidad epistémica: no puede comprender el carácter argumentativo hasta que no tenga la comprensión del participante, i.e., “hasta que no tenga su propia visión de qué cuenta como un buen o mal argumento en la práctica”¹⁸.

No me detendré en la primera cuestión. El examen de la utilidad para los participantes del método positivista o del método propuesto por Dworkin excede los límites del trabajo y, por ello, no puede ser tenida en cuenta aquí como criterio para efectuar opción metodológica alguna¹⁹. De hecho, la idea

¹⁶ *LE*, p. 13.

¹⁷ Dworkin, Ronald. “Legal Theory and the Problem of Sense”, en Ruth Gavison, ed., *Issues in contemporary legal Philosophy*. Oxford, Clarendon Press. (1987). p. 10.

¹⁸ *LE*, p. 14.

¹⁹ No sólo es el caso que Dworkin cuestione la relevancia práctica del enfoque positivista. Los positivistas, a su vez, han criticado a Dworkin en base a la misma razón. Greenawalt le imputa, por ejemplo, la dificultad de distinguir entre argumentos de principio y argumentos que tengan en cuenta el bienestar de la comunidad. Si la distinción no es conceptualmente clara, será difícilmente utilizable por un juez. Lo mismo en punto a la complejidad del método de Hércules (Greenawalt, Kent. “Policy, Rights and Judicial Decision”, en Marshal Cohen, ed. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Rowman & Allanheld, New Jersey, 1984, en adelante *RDCJ*, pág. 108). En idéntico sentido, Soper, Philip. “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, en *RDCJ*, p. 15-16) y, en general, la idea de Hércules como mito.

según la cual la teoría debe ser útil para los participantes es de por sí cuestionable.

La imposibilidad epistémica, por su parte, no parece tal. Un positivista podría objetar lo siguiente: si conocer el carácter argumentativo consiste en dar cuenta de la actitud de los actores, y si ésta consiste en que tienen ciertas creencias (creen que las proposiciones normativas son correctamente afirmables en ciertas condiciones y que un buen argumento sobre qué requiere el derecho es tal si se dan tales condiciones), bastaría conocer cuál es el contenido de dichas creencias para comprender qué es lo que cuenta como un buen o mal argumento. De hecho, Dworkin hace posible la objeción al utilizar “sentido” ambiguamente, pues no está claro si alude a las circunstancias en que los participantes consideran que una proposición normativa es correcta o a las circunstancias en que debería considerarse correcta independientemente de la opinión de los participantes sobre la cuestión. La necesidad de que la teoría dé cuenta de lo último no ha sido establecida.

2. La segunda premisa mantiene que hay teorías que no dan cuenta de este aspecto de la práctica. Estas teorías “semánticas” sostienen que se utilizan reglas que proveen los criterios fácticos para el significado de “derecho”²⁰, o bien suponen que los juristas usan los mismos criterios para decidir cuándo las proposiciones normativas son verdaderas o justificadas²¹. Parten de un supuesto, según Dworkin, equivocado: que los criterios de aplicación de un concepto deben ser comunes para que haya tal concepto²².

Aquí basta remarcar que, dejando de lado la cuestión de si el positivismo puede ser considerado semántico y de si el supuesto es equivocado, Dworkin debe descartar que “derecho” pueda funcionar como concepto semántico para mostrar que opera como un concepto interpretativo cuya elucidación exige un método distinto.

²⁰ *LE*, p. 31.

²¹ *LE*, p. 33.

²² *LE*, p. 43; también “Hart’s Posthumous Reply”, 1994, inédito.

3. La tercer premisa mantiene que “derecho” es un concepto interpretativo. Un concepto es de esta clase si, al utilizarlo en cierta categoría de proposiciones, se despliega una actitud interpretativa. Hay tal actitud si los actores asumen que la práctica no sólo existe sino que tiene un valor o propósito, y que los requerimientos de la práctica son sensibles a ese valor²³. El concepto mismo de interpretación es interpretativo: “una teoría de la interpretación es una interpretación de la práctica de segundo orden de usar conceptos interpretativos”²⁴.

El resultado del análisis de Dworkin acerca de cómo interpretan los participantes fue que se trata de una interpretación constructiva. La interpretación concierne a propósitos²⁵ e interpretar la práctica consiste en establecer qué requiere ésta realmente, independientemente de lo que el resto de los actores piense sobre la cuestión²⁶. Un científico social puede dar un informe de las opiniones de los participantes pero, en ese caso y si respeta el *desideratum*, ello no será una interpretación de la práctica misma. Y si intenta comprender la práctica, ello exige unirse a ella. Sus conclusiones serán afirmaciones no-neutrales sobre qué requiere la práctica que compiten con las de los actores²⁷.

El punto es que aún debe mostrarse por qué la interpretación de segundo orden efectuada por un teórico o científico social (interpretación de la práctica de interpretar) exige asumir el mismo punto de vista que los participantes que intervienen en la práctica de primer orden. Aún admitiendo que toda interpretación consiste en determinar el propósito de una práctica, parece que puede mostrarse que no es acertado sostener que una interpretación de segundo orden efectuada por un teórico exija asumir el mismo punto de vista que los participantes.

²³ *LE*, p. 47.

²⁴ *LE*, p. 49.

²⁵ *LE*, p. 58.

²⁶ *LE*, p. 63.

²⁷ *LE*, p. 64.

En efecto, supóngase que los ciudadanos norteamericanos asumen una actitud interpretativa frente a una práctica a la que llaman jurídica (datos preanalíticos como la existencia de tribunales, legislaturas, códigos, leyes, a los que identifican como jurídicos). En base a dicha actitud asignan un propósito a esa práctica básica. Sostienen, por ejemplo, que se trata de una institución diseñada para justificar el ejercicio de la coacción por parte del Estado, y luego intentan establecer qué es exactamente lo que esta práctica básica requiere o exige a la luz de ese propósito.

Supóngase ahora que un teórico se enfrenta a esta práctica interpretativa concreta de primer orden que, según se ha visto, consiste en un conjunto de participantes que asignan a la práctica básica un propósito específico.

Si es que el observador quiere dar cuenta de ella debe, según Dworkin, interpretarla, es decir, debe involucrarse él mismo en una práctica interpretativa y asignarle un propósito. Concédase que, en esta interpretación de segundo orden, el teórico concluye que el propósito de esta práctica de primer orden (asignar a la práctica básica el objetivo de justificar el ejercicio de la fuerza) no es otro que el de preservar el *statu quo* y el régimen vigente de distribución del poder.

El ejemplo muestra que la interpretación de segundo orden que efectúa el teórico no exige asumir el mismo punto de vista que los participantes, pues cada uno (el teórico, el participante) se enfrenta a cosas distintas (prácticas de diferente nivel): el participante pretende dar cuenta de ciertos datos preanalíticos; el observador, por su parte, intentará dar cuenta de la actitud asumida por los participantes frente a ese material. No hay por lo tanto conclusiones competitivas. Las conclusiones competirían entre sí sólo si el teórico y el participante pretendiesen dar cuenta de los mismos datos pero, como se ha visto, ese no es el caso.

4. En la cuarta premisa Dworkin muestra un caso de interpretación de prácticas sociales (la cortesía) para trasladar el resultado del análisis al derecho. Supone que, si los participantes solicitaban un estudio conceptual sobre su

práctica, el teórico podría mostrar que éstos realizan afirmaciones concretas sobre qué requiere ésta. Y podría poner de manifiesto que, si bien desacuerdan en muchas ocasiones sobre esto último (algunos piensan que la cortesía consiste en el respeto a personas por el sólo hecho de ostentar cierto rango, otros creen que consiste en el respeto de acuerdo a los méritos obtenidos), acuerdan sobre proposiciones más generales (todos piensan que la cortesía es, en última instancia, una cuestión de respeto). Las primeras funcionan como subinterpretaciones de las proposiciones abstractas y éstas últimas como la plataforma sobre las que se construyen aquellas²⁸. El filósofo, afirma Dworkin, logra aumentar la comprensión de la comunidad si aísla esta conexión "conceptual" obtenida mediante un proceso de abstracción: en un primer nivel, muestra que hay un acuerdo que recolecta ideas discretas, utilizadas sin controversia en las interpretaciones de los actores; en un segundo nivel, la controversia latente en esta abstracción es identificada. Aquí interviene, según Dworkin, la distinción entre concepto y concepción. El filósofo proveyó el concepto interpretativamente, ya que impuso una estructura a la práctica mostrando que teorías particulares (respeto en base al rango, respeto en base al mérito) pueden ser identificadas y comprendidas como subinterpretaciones de una idea abstracta (el respeto)²⁹.

5. En la conclusión Dworkin pretende mostrar que lo mismo sucede con las teorías jurídicas: son abstractas porque apuntan a interpretar el propósito o estructura de la práctica, no una parte de la misma. Y lo hacen constructivamente porque intentan mostrarla bajo su mejor luz (buscan un equilibrio entre la práctica tal como la encuentran y su mejor justificación). No hay, para Dworkin, una línea divisoria clara entre teoría y práctica: los filósofos debaten sobre la parte general o fundamento que todo argumento debe tener y, reci-

²⁸ *LE*, p. 70.

²⁹ *LE*, p. 71.

procamente, todo argumento práctico asume ese fundamento provisto por la teoría³⁰.

La tesis es compleja. Por un lado, gira alrededor de la necesidad de que la teoría provea el concepto de la práctica. Por otro, en torno a la idea de que proveer un concepto implica asumir el punto de vista del participante (con lo que no habría diferencias entre teoría y *praxis*).

Dos son las razones para apoyar la primera idea, y concederé, *arguendo*, que son válidas. Explícitamente, se menciona el hecho de que los participantes fundamenten sus argumentos en base a un concepto provisto por la teoría y que proveer un concepto aumenta la comprensión de un fenómeno. Implícitamente, se supone que si no se establece cuál es el concepto utilizado no puede comprenderse el rasgo central de la práctica.

Creo que la segunda idea es cuestionable. Aún si se admite que la teoría debe proveer el concepto de la práctica (en el sentido de propósito general o abstracto que permite comprender las afirmaciones más concretas de los actores sobre qué es lo que la práctica requiere), no tiene por qué aceptarse que dicha tarea deba acometerse desde el punto de vista del participante.

El paso de la tesis (4) a (5) es, en consecuencia, injustificado. Si se analiza el modo en que Dworkin alude a la noción de "concepto" y su descripción del análisis conceptual, se verá que determinar el propósito de la práctica no implica asumir el punto de vista del participante.

Como se mostró en el ejemplo de la cortesía, el concepto de una práctica social aparece como una idea abstracta sobre su propósito o valor. Según se hizo presente, se obtiene mediante un proceso de abstracción. Se determina primero cómo justifican los participantes sus afirmaciones o qué propósitos atribuyen a la práctica (algunos afirman que la cortesía consiste en el respeto a personas de rango, otras creen que consiste en el respeto persona a persona). Luego se establece

³⁰ *LE*, p. 91.

un propósito más general que permita incluir en él las afirmaciones discordantes y las muestre, entonces, como subinterpretaciones o concepciones de un mismo concepto (el respeto).

En los casos en que los propósitos atribuidos por los actores no puedan ser incluidos en un propósito más general, la tarea puede ser de dos clases: o se reformulan las concepciones de modo que se tornen consistentes con el concepto o se consideran algunas como correctas y las restantes como equivocadas. En los dos casos el teórico debe tener en cuenta los propósitos atribuidos por los actores, no imponer un propósito a la práctica independientemente de la opinión de éstos.

Como se ve, el argumento es inválido. Aún cuando se admitan sus tesis iniciales (descartando, por supuesto, las conclusiones anticipadas), la conclusión final no se sigue. Si ello es así, es claro que el argumento no puede sustentar un “giro metodológico” en relación al método de la teoría tal como lo concibe el positivismo en general, y Hart en particular. Además, lleva a admitir aquello que se pretende negar: el método es el de un observador externo que tiene en cuenta el punto de vista de los participantes sin adoptar dicho punto de vista.

IV. La distinción teoría-*praxis* y el argumento arquimediano

1. La segunda parte de la estrategia de Dworkin consiste en cuestionar los presupuestos de la tesis metodológica. Por un lado, Dworkin afirma que no puede distinguirse entre teoría y *praxis* (pues ambas son del mismo carácter) y que no puede distinguirse entre afirmaciones teóricas (o acerca del derecho) y afirmaciones no teóricas (afirmaciones de derecho o jurídicas). Por otro lado, sostiene que cualquier afirmación sobre un dominio normativo es interna a dicho dominio.

La versión más elaborada del argumento aparece en un artículo independiente titulado “Objectivity and Truth: you’d

better believe it”³¹. El inconveniente central para abordar el texto anotado es que el autor construye todo el argumento a partir del caso de la moral dejando de lado, como una cuestión casi lateral a la que puede fácilmente trasladarse la conclusión, el problema del derecho. Para evitar el obstáculo, entonces, admitiré la posibilidad de esta traslación y concederé que el positivismo asume frente al problema de la moral un enfoque con pretensiones “arquimedianas” similar al que adopta frente al problema del derecho.

2. El texto apunta a probar que toda afirmación (en especial, las afirmaciones escépticas) sobre un cuerpo de creencias normativo (en particular, la moral, pero también la estética, el derecho, la religión, etc.) es interna a dicho dominio. Lo primero que debe elucidarse, en consecuencia, es qué entiende Dworkin por “interno” y por “moral”.

Aunque el autor alude a lo primero sólo mediante ejemplos, hay un punto en que aparece claro a qué se refiere: “una tesis escéptica acerca del valor es escépticamente interna si presupone la verdad de algún juicio de valor positivo”³².

Dworkin considera que, si bien pueden construirse ejemplos en otros dominios normativos, el caso de la moral es el ejemplo más claro a partir del cual puede elucidarse la noción de “juicio positivo de valor”. Así puede abordarse, entonces, el segundo interrogante planteado aquí (qué entiende Dworkin por moral).

El autor sostiene en ese sentido que nuestro lenguaje y experiencia comunes incluyen afirmaciones que se toman como pertenecientes a una dimensión propiamente moral y que, aunque no intentaría definirla, dicha dimensión incluye la atribución de predicados morales abstractos (como “bueno”, “malo”, “injusto”, etc.) y otros más concretos (que identifican virtudes y vicios morales)³³.

³¹ Dworkin, Ronald. (1996). “Objectivity and Truth: you’d better believe it”, en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, Spring, pp. 87-139 (en adelante OTYBB).

³² OTYBB, p. 3.

³³ *Ibíd.*, p. 90.

A partir de allí, afirma que un juicio positivo moral adscribe un predicado moral a un acto, persona o evento; un juicio negativo niega tal adscripción. La clase de juicios morales positivos incluye también afirmaciones condicionales (v.g., que la equidad es moralmente deseable si no lleva a la indolencia), contrafácticas (v.g., que el aborto sería perverso aún cuando nadie lo sostuviera, o que ciertos actos o eventos tendrían propiedades morales si se satisficieran ciertas condiciones que no se dan), y afirmaciones acerca de la moral como un todo que presuponen adscripciones directas, condicionales o contrafácticas. Cómo determinar si una afirmación es o no interna es, según Dworkin, una cuestión interpretativa. Así, un estudio sociológico de la moral no es interno (pues no presupone un juicio moral). La opinión según la cual la moralidad está vacía sí lo es, pues se apoya usualmente en una convicción moral diferente, i.e., que es injusto culpar a las personas o considerarlas responsables por aquello que no pudieron evitar hacer³⁴.

Esta es la premisa inicial del argumento de Dworkin. Así expuesta, parece ofrecer un flanco débil importante. En efecto, el único argumento en todo el texto que Dworkin ha ofrecido para justificar su noción de "juicios positivos morales" (concebidos como una clase en la que se incluyen diferentes tipos de afirmaciones) es la existencia de un lenguaje y experiencias comunes que incluyen afirmaciones que se toman como pertenecientes a una dimensión propiamente moral. Y este último no sirve para justificar aquello que se pretende probar, i.e., que la clase de juicios morales positivos incluya el tipo de afirmaciones enunciadas por Dworkin. Ello por la simple razón de que es simplemente absurdo que una afirmación sobre la moral que presuponga lo que Dworkin llama una afirmación "contrafáctica" o "condicional" sea, de acuerdo a nuestra experiencia y lenguaje compartidos, una afirmación calificada como "moral". Así, por retomar el ejemplo propuesto, la opinión según la cual la moral es vacua en

³⁴ *Ibíd.*, p. 91.

tanto los seres humanos están determinados (que es presentada como un juicio incluido en la clase de juicios positivos en la medida en que la segunda porción de la afirmación es un juicio “contrafáctico”) no es, en nuestra experiencia común, una afirmación moral, del mismo modo que, por recurrir a otro dominio normativo, la opinión según la cual la religión carece de contenido porque el universo no ha sido creado por un ser suprasensible no es una afirmación religiosa sino, más bien, una afirmación acerca de la religión.

Por supuesto que una afirmación “contrafáctica” puede ser considerada moral si se la mantiene por razones morales (v.g., porque se cree injusto castigar a un ser determinado). Pero ello es, como lo reconoce Dworkin, contingente.

3. En cualquier caso, admitiré aquí, *arguyendo*, la plausibilidad de la noción de “moral” manejada por Dworkin y me concentraré en la segunda parte de su estrategia. Esta consiste en intentar mostrar que ninguna teoría metaética o teoría sobre la moral puede probar su carácter “externo”, pues todas niegan en algún momento afirmaciones internas y todas presuponen juicios positivos morales (de los diversos tipos).

En esta porción del argumento, sin embargo, puede advertirse un inconveniente. Si las teorías metaéticas son internas (es decir, si son morales), parece haber al menos una clase de teoría sobre la moral que no es interna, i.e. el propio análisis de Dworkin. Ello puede mostrarse de la siguiente manera.

El propio texto consiste en un análisis del modo en que las teorías sobre la moral se refieren a la moral, a los predicados morales y a las propiedades morales, y lleva a la conclusión de que las teorías metaéticas son “internas”. Pero ninguna porción de su argumento (o, al menos, no todas) presupone necesariamente un juicio moral positivo y en consecuencia, por definición, no es interna. Es decir, no presupone un juicio positivo directo ni lo niega (no dice “las teorías metaéticas son inmorales”), ni uno condicional, (no dice “si las teorías metaéticas no presupusieran juicios positivos serían inmorales”), ni uno contrafáctico (“para que las teorías me-

taéticas sean moralmente adecuadas deben satisfacer ciertas condiciones, y éstas no se dan"). Sólo afirma, utilizando de un modo algo heterodoxo una herramienta conceptual habitual (la de presuposición), que cualquier teoría metaética presupone un juicio moral positivo y que por ello es inconsistente.

Si para evitar la objeción Dworkin replicara que su propio análisis presupone un juicio moral positivo (v.g., si sostuviera que ha afirmado que todas las teorías metaéticas son internas porque presupone que una teoría metaética que se pretenda externa sería inmoral), su intento crítico cambiaría de dirección por completo.

Esto último puede probarse así. La tesis de Dworkin contra las teorías que se apoyan en la distinción entre afirmaciones acerca de un dominio *de* ese dominio se agota en el intento por mostrar que todas asumen un juicio positivo o niegan afirmaciones internas, y que ello implica abandonar la distinción que pretendían suscribir. Su tesis crítica consiste, entonces, en adscribir a las teorías atacadas la ausencia de una propiedad lógica o teórica, i.e., la consistencia.

Si Dworkin afirma (en la hipotética réplica) que su tesis presupone un juicio moral positivo, se sigue (por definición) que su tesis es interna. Si su tesis contra las teorías metaéticas es interna, entonces pertenece al mismo nivel que estas últimas. Y si se trata de tesis del mismo nivel, la primera (la tesis de Dworkin) no puede reprochar inconsistencia a las segundas (las teorías metaéticas). Ello en la medida en que cualquier intento por mostrar que cierto discurso es lógicamente inconsistente debe ser metalingüístico. Todo intento de hablar acerca de un lenguaje (en el caso, el discurso de la metaética) usando otro (conceptos lógicos elementales) es un intento de distinto nivel. Adscribir inconsistencia a cualquier tesis exige, entonces, que el discurso desde el cual se predica el defecto sea de un nivel distinto al del reprochado.

Como he intentado mostrar, si Dworkin replica que su análisis es interno ya no puede pretender imputar inconsistencia a las teorías metaéticas, pues se trataría de tesis del

mismo nivel. Si las teorías metaéticas son internas (como pretende Dworkin) entonces pertenecen al dominio de la moral. Y si la tesis contra las teorías metaéticas efectuada por Dworkin es interna (como he consignado en la eventual réplica) entonces pertenece también al dominio de la moral. La crítica sería, en consecuencia, moral, no lógica.

Ello no es sino otro modo de afirmar que el análisis conceptual de Dworkin, *qua* análisis, es un enfoque *acerca de* un dominio objeto, destinado a calificarlo, entenderlo, describirlo, criticarlo o explicarlo. En consecuencia, hay al menos una clase de enfoque teórico sobre el discurso moral que es externo, y ello es lo que Dworkin pretendía negar.

Vale la pena hacer notar que un análisis conceptual de este tipo es, posiblemente, el que sostendría un enfoque positivista sobre la moral. Si semejante enfoque sostuviera (por seguir con el ejemplo) que la moral presupone conceptualmente que la asignación de predicados morales es posible si aparecen ciertas condiciones (que haya seres humanos libres), y que estas condiciones no se dan fácticamente, no está afirmando que la predicación en un caso concreto es moralmente inadecuada, sino que es inconsistente. Está predicando, en consecuencia, la ausencia de una propiedad lógica (no moral) del discurso moral.

V. A modo de conclusión

He examinado dos argumentos de Dworkin destinados a cuestionar la hipótesis metodológica positivista y destacar sus inconvenientes. La idea central que los une consiste en mantener que, para dar cuenta de una práctica social normativa, la teoría debe intentar, necesariamente, justificar normativamente la práctica. Hay además una segunda idea, presentada sólo incidentalmente en ambos argumentos, según la cual la teoría debe determinar los requerimientos de la práctica enunciando cuáles son las proposiciones normativas correctas para dar cuenta de la práctica. Esta última cuestión se relaciona con otra que no he podido examinar

aquí, es decir, con el problema de hasta qué punto y en qué sentido la tarea de dar cuenta del derecho está vinculada con su reconstrucción sistemática.

He intentado señalar que no se ha podido probar que cualquiera de estas actividades sea, conjunta o individualmente, necesaria para que la teoría lleve a cabo la tarea de dar cuenta del derecho. El análisis, por supuesto, ha sido restringido y acotado a las tesis de Dworkin a partir de una presentación plausible de sus argumentos. Es notable, sin embargo, que ambas ideas hayan sido adoptadas por muchos autores interesados en la crítica antipositivista.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

ABSTRACT

Dworkin's central argument against positivism casts doubt on its main tenet, viz, that the theory must give an account of Law from an external point of view.

Dworkin claims that Law is a social practice in which participants develop an interpretive attitude, i.e., they assign a purpose to it without considering other participant's opinions on that issue. An account of this practice demands interpretation, by adopting the participants' attitude.

The argument is inconsistent with Dworkin's distinction between levels of interpretation. Participants interpret certain data, and the observer must interpret that social practice. He must therefore consider the participant's opinions. If he adopted the internal attitude, the task would be unpursuable.

Dworkin's second argument attacks what positivism's tenet presupposes: propositions about law are different from propositions of law.

Dworkin maintains that the distinction is insustainable, as with the distinction between ethics and meta-ethics. Meta-ethical theories that claim externality are inconsistent, since every proposition about morality (external) is supported by moral propositions (internal).

However, if meta-ethics is internal to morality, there is at least one external theory about morality: Dworkin's own analysis. Dworkin's criticism is of a logical type, since he claims that meta-ethical theories are inconsistent. It must then be meta-linguistic and, hence, external (non-moral).