

CONTRA DWORKIN. EL NOBLE SUEÑO Y LA NUEVA PESADILLA*

ESTEBAN PEREIRA FREDES**
Universidad Adolfo Ibáñez, Chile
esteban.pereira@uai.cl

RESUMEN: A partir de la célebre tensión mostrada por H.L.A. Hart entre el noble sueño y la pesadilla, que enfrentaría la teoría del derecho norteamericana de la segunda mitad del siglo XX, se examina en forma crítica la propuesta de Ronald Dworkin. Los parámetros de integridad y corrección bajo los cuales se despliega la aproximación dworkiniana, junto a su influencia para generar el debate metodológico ocurrido en el seno de la teoría jurídica analítica, transparentan su noble sueño. A su vez, la *nueva* pesadilla en que incurre el soñador más noble de todos se ajustaría a la insuficiencia de su tesis para insertarse en el segundo momento de auto-comprensión de la filosofía analítica del derecho. De igual modo, en su defensa de una comprensión pre-moderna del fenómeno jurídico bajo condiciones modernas, que transgrediría los postulados fundantes de la tradición jurídica de la cual se supone la obra de Dworkin es parte, sin develar la especificidad de las prácticas jurídicas. Se cuestiona la tesis según la cual el legado dworkiniano puede situarse en la reflexión jurídica y no así en la filosofía de la política contemporánea.

Palabras clave: *Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, teoría del derecho, teoría jurídica analítica, positivismo jurídico.*

* Texto presentado en el VI Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, entre los días 16 y 18 de octubre de 2013.

** Profesor Instructor, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Diagonal Las Torres No. 2640, Peñalolén, Santiago de Chile.

AGAINST DWORKIN. THE NOBLE DREAM AND THE NEW NIGHTMARE

ABSTRACT: From HLA Hart's famous tension between the noble dream and nightmare of the second half of the twentieth century's American legal theory, Ronald Dworkin's proposal is examined critically. Dworkin's noble dream is deployed through his parameters of integrity and correction, along with its influence to generate the methodological debate occurred within analytical legal theory. By the same token, the *new* nightmare incurred by the noblest dreamer of all would be consistent with the failure of his thesis to be inserted into the second moment of self-understanding of the analytic philosophy of law. Similarly, in his defense of a pre-modern understanding of the legal phenomenon under modern conditions, which would violate the founding principles of the legal tradition which the work of Dworkin is supposed to be part of, without revealing the specificity of legal practices. The argument that Dworkin's legacy may be in legal analysis and not on the philosophy of contemporary politics is questioned.

Keywords: *Ronald Dworkin, H.L.A. Hart, legal theory, analytical legal theory, legal positivism.*

1. INTRODUCCIÓN

Según se nos invitó en la Convocatoria de esta ya VI versión del Congreso Estudiantil de Teoría Constitucional, el objetivo de este panel radica en tematizar el legado de Ronald Dworkin, presuponiendo que tal legado efectivamente existe. El problema radica en evaluar en qué sentido la contribución de la obra de este filósofo del derecho, no puede simplemente situarse en la tradición de teoría jurídica a la cual aquella debería pertenecer, en el evento de genuinamente existir. En lo que sigue, reconstruiré parte de las observaciones más decisivas de la teoría del derecho dworkiniana y, a continuación, evaluaré críticamente su desempeño bajo el contexto de la teoría jurídica analítica. Emplearé las nociones de sueño y pesadilla para dar cuenta de la tensión que, a mi juicio, se encuentra presente en la empresa desplegada por Dworkin.

2. ENTRE SUEÑOS Y PESADILLAS

Como sabemos, Hart empleó la tensión entre la pesadilla y el noble sueño para referirse a la teoría del derecho norteamericana y, en particular, a la actividad judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr., bajo el contexto del realismo jurídico americano. La *pesadilla* se expresa porque cuando los litigantes presentan un juicio ante los jueces, estiman razonable obtener una aplicación del derecho existente y no así una creación de

derecho por parte de la judicatura, quienes a diferencia de los legisladores, representan una imagen de experiencia e imparcialidad. Pero tal expectativa se defrauda al enfrentar la pesadilla de la adjudicación. Pues a pesar de pretender lo contrario, “[...] los jueces crean el derecho que aplican a los litigantes y no son imparciales y objetivos promulgadores del derecho existente”.¹ Así, la actividad judicial se interpretó como un acto legalmente incontrolado de creación de derecho. La demarcación entre las funciones legislativa y judicial fue asumida como una mera ilusión, transparentándose en la historia constitucional norteamericana que Hart críticamente observó.

En el marco de esta pesadilla convivían ciertas variantes, sugiriendo incluso que los jueces continuamente creaban derecho y no solo cuando se presentaban casos difíciles, en que los términos clasificadores generales utilizados por las reglas jurídicas debían aplicarse a casos particulares.² De modo tal que la aplicación del derecho devenía esencialmente en una forma de creación. Por supuesto, Holmes no suscribió tales consideraciones en el ejercicio de su judicatura. Su potestad legislativa del arbitrio judicial fue siempre restringida respecto de ciertos y determinados casos. No tuvo inconvenientes en sostener que la función creadora de derecho que desarrollaban los jueces era solo intersticial, reconociendo amplias zonas de derecho legislado y doctrinas consolidadas en el *common law*, como ocurre con la *consideration* en el derecho de los contratos.

Pero un argumento central en la corriente realista, sobre el cual sí Hart puso su acento, fue indicar que los jueces no siempre resuelven los casos en virtud de las reglas jurídicas, ya que en ocasiones estos resuelven en base a consideraciones extrajurídicas, distintas a normas jurídicas o precedentes judiciales. De una forma u otra, el realismo jurídico advirtió que el derecho legislado o los precedentes judiciales no constituían razones suficientemente fuertes para la actuación de un juez. De ahí que sus decisiones no podían *solo* justificarse a partir de la aplicación de alguna de tales reglas jurídicas. La indeterminación del derecho, bajo la óptica realista, no provenía tanto del lenguaje como de los distintos cánones interpretativos que disponen los jueces para extraer

¹ HART, H.L.A. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. En su: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 127.

² Con todo, persisten dudas acerca de la correcta lectura que debemos adoptar sobre la textura abierta presente en estos casos difíciles. De acuerdo a Fernando Atria, es posible identificar dos tesis en el argumento esgrimido durante el capítulo VII de *The Concept of Law*. Mientras la primera tesis interpreta a la textura abierta en términos de un problema lingüístico insalvable, la segunda versa sobre un desafío jurídico sobre la ponderación entre las exigencias de certeza y apertura de las reglas jurídicas. Véase, ATRIA LEMAITRE, Fernando. Del derecho y el razonamiento jurídico, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (22), 1999: 79-119.

distintas reglas de un determinado texto legal o precedente judicial.³ Este tipo de escepticismo realista fue el que Brian Leiter denominó ‘escepticismo empírico ante las reglas’, y constituía, a diferencia del ‘escepticismo conceptual ante las reglas’, una tesis efectivamente imputable al realismo jurídico. El desacuerdo entre el realismo y el positivismo era de carácter empírico antes que conceptual, pues “[...] las reglas que están en los documentos jurídicos o bien juegan o bien no juegan un papel causal en las decisiones tomadas por los tribunales en la mayoría de (en todas, en algunas, en la mitad de) las veces”.⁴

Desde la vereda contraria, tenemos el *noble sueño* de esta explicación acerca de lo jurídico. Se entiende que pese a la verificación del anterior estado de cosas, esto es, que la creación judicial de derecho existe incluso más allá de los casos difíciles, los litigantes cuentan con justificaciones para sostener su expectativa común, de acuerdo a la cual los jueces buscan aplicar a sus casos el derecho existente, sin crear nuevas reglas o disposiciones jurídicas. Tal apelación apuntaba a reafirmar la escisión que debía existir entre los oficios destinados a la creación de reglas jurídicas y su aplicación. Los tribunales no debieron estimarse libres para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, mirando con desconfianza la eventual aplicación de sus propias concepciones sobre lo justo en el marco de esta actuación discrecional.

De igual modo, esta vertiente de la jurisprudencia norteamericana rechazó la tesis según la cual los jueces al verse enfrentados a reglas jurídicas indeterminadas, en que no pueden efectuar fácilmente la justificación racional de su decisión judicial, se vean situados en la posibilidad de formular una elección jurídicamente incontrolada, resultando pertinente su despliegue legislativo. Un juez sencillamente no puede adoptar la posición de un legislador, aun cuando se le reconociera esta prerrogativa de una manera intersticial. Bajo la lectura de Hart, el yerro de la pesadilla descansaba en suponer que el hecho de que adoptar una decisión judicial importa efectuarla *en el vacío*, sin considerar la estructura general de reglas jurídicas, principios, estándares y valores de la cual es parte. La nobleza del sueño está en afirmar la posibilidad de arribar a un resultado inequívoco e invariable a partir de los insumos que provee el sistema jurídico al juez. De acuerdo a Hart, “[p]or sí misma, la formulación de una determinada disposición jurídica puede no brindar una guía inequívoca, pero en el sistema del cual esta disposición es miembro puede haber principios, ya sean expresados o latentes, los cuales, si son aplicados consistentemente, pueden conducir a un resultado inequívoco”.⁵

³ LEITER, Brian. Una nueva consideración del realismo jurídico y del positivismo jurídico. *En su: Naturalismo y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 117.

⁴ *Ibid.* p. 124.

⁵ Hart, H.L.A., *op cit.* (n.1), p. 134.

Estos dos extremos que acosaban a la teoría del derecho norteamericana, identifican dimensiones bajo las cuales los jueces crean las reglas jurídicas mediante la adjudicación, o bien jamás cuentan con la potestad para crear el derecho que aplican. Si bien para Hart los jueces hacen una cosa y otras veces otra, en tal taxonomía ubicó a Dworkin bajo la visión del noble sueño, calificándolo como “[...] el soñador más noble de todos”.⁶ Su teoría de la aplicación del derecho se interpretaba como holística y particularista. El carácter holístico de su comprensión deviene de sostener que el sistema jurídico no solo está conformado de reglas jurídicas sino también principios normativos. En ciertas ocasiones, estos principios se encuentran explícitamente formulados, mientras en otras tantas, subyacen a las distintas reglas jurídicas consagradas por el legislador. Sin embargo, la operatividad de los principios excedía con creces la mera explicación de estas reglas. Si el juez contaba con reglas indeterminadas, ambiguas o derechamente el sistema jurídico carece de una regla aplicable al caso en concreto, entonces, el principio actúa como una pauta concluyente para la decisión judicial. Gracias a la aplicación de este principio, deviene posible garantizar la obtención de *un* resultado en particular.

Su aproximación es, a su vez, particularista en tanto rechaza que frente a supuestos de indeterminación, los jueces pueden formular el derecho según sus distintas concepciones acerca de lo bueno. Frente a la presencia de principios morales y estándares de corrección normativa en el sistema jurídico, en rigor, un tribunal no puede encontrarse desprovisto de guías para tomar su decisión. Los compromisos del juez expresados en su sentencia se extienden a consideraciones valorativas y políticas, bajo las cuales comulga la comunidad de jueces de la cual el primero forma parte. No obstante ciertas reglas jurídicas particulares adolezcan de zonas de indeterminación, el juez no está autorizado a abandonar los principios que también conforman al fenómeno jurídico y optar por legislar de acuerdo a sus creencias personales o bien sistemas de ideas o valores. Este juez deberá construir su decisión a luz de estos principios que constituyen el derecho preexistente que antecede a su fallo.

El reconocimiento hartiano al soñador de mayor nobleza en la generosa teoría del derecho norteamericana no es gratuito. Pues, como Hart lo advierte, “[p]ara Dworkin, incluso en el más difícil de los casos difíciles, en el cual dos interpretaciones alternativas de una disposición o dos reglas en conflicto parecen ajustarse igualmente bien al derecho establecido previamente, el juez nunca crea derecho”.⁷ La alegación dworkiniana arrojaba luces sobre el error en que habría incurrido el juez Holmes: no existe una prerrogativa soberana del arbitrio judicial en los casos difíciles y esta facultad para crear derecho no tiene un lugar siquiera intersticial. El juez jamás puede ejercer

⁶ *Ibid.*, p. 137.

⁷ *Ibid.*

tales alternativas, porque no es su potestad determinar lo que el derecho debe ser. Su quehacer es declarar lo que él cree que es el derecho previamente vigente a su decisión, aun cuando su declaración fuere equivocada. De modo tal que, al suponer que el derecho nunca puede ser incompleto o indeterminado, podrá alcanzar una solución al caso valiéndose de los principios normativos preexistentes, que gozan de operatividad para justificar y demarcar el curso de su decisión judicial en aras de la mejor solución posible. La integridad del derecho permite afianzar nuestras esperanzas en una correcta resolución por parte del juez.

Ahora bien, cuando recupero las nociones de sueño y pesadilla, originalmente indicadas por Hart en sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy* de 1983, pretendo dar cuenta de otra dimensión de análisis del pensamiento dworkiniano sobre el derecho, en que vuelve a manifestarse el noble sueño inicial y su pesadilla final. No me refiero a su rechazo a la indeterminación del derecho y afirmación de completitud de lo jurídico. Apunto a la identidad de su teoría del derecho como una genuina teoría jurídica analítica, que solo es lo que debiere pretender ser. La pretensión de tematizar al fenómeno jurídico bajo un ideal de integridad ciertamente constituye un noble sueño para un teórico del derecho, porque permite formular un sistema jurídico sujeto a estándares de corrección normativa, expuesto a la crítica de la comunidad política y, asimismo, realza la expectativa de que sus participantes establecerán la mejor interpretación posible sobre sus respectivas declaraciones jurídicas. Desde su obra fundamental, esto es, *Taking Rights Seriously* de 1977, su pensamiento se desplegó como una crítica al positivismo jurídico en general y, a su vez, en contra de los planteamientos del positivismo hartiano en particular.

Sabemos que Dworkin acuñó la noción de ‘naturalismo’ para dar cuenta de sus postulados. El naturalismo dworkiniano, muy distinto al naturalismo jurídico sugerido para la teoría del derecho contemporánea por Leiter, se articula en base a una reformulación metodológica de la teoría del derecho. La principal cuestión discutida en *The Concept of Law*; a saber, la explicación acerca de qué es el derecho debía sustituirse en términos de una teoría de la adjudicación. Una temática que no fue analizada con la debida atención, según lo manifestara ulteriormente Hart en su *Post Scriptum*. En sus palabras, “[h]ay que agradecerle a Dworkin que nos haya demostrado e ilustrado su importancia [de los principios] y la función que cumplen en el razonamiento jurídico, y reconozco que cometí un gran error en no hacer hincapié en su fuerza no concluyente”.⁸ Esto develaba la necesidad de centrar los esfuerzos de la jurisprudencia en explicar la complejidad de la adjudicación, donde cobran relevancia estos principios

⁸ HART, H.L.A. Post Scriptum, en: *Estudios Públicos*, (65), 1997: 250.

no concluyentes. Es decir, la pregunta sobre ¿qué es el derecho? fue sustituida por otra distinta relativa a ¿cómo se aplica el derecho?

Tal estrategia no solo implicaba una valiosa advertencia sobre la necesidad de rediseñar la imagen desarrollada por la filosofía del derecho con anterioridad a las críticas observaciones de Dworkin. También significaron cuestionar que la disputa constituida entre el positivismo jurídico, robustecido por el análisis conceptual hartiano, y las distintas versiones del derecho natural que parecían abandonadas, efectivamente haya desaparecido del todo. De un modo u otro, Dworkin permitió repensar ciertas dimensiones explicativas del derecho natural que fueron desaprovechadas por el planteamiento hartiano de mediados del siglo XX.

Este retorno a parámetros identificativos del derecho natural permitió conciliar la validez de las reglas con su contenido. La tesis dworkiniana llama nuestra atención en la adjudicación. Como lo adelanté, su invitación es a disolver a la teoría del derecho en una teoría de la adjudicación, esgrimiendo una teoría acerca de cómo los jueces deben resolver los casos. Según Dworkin, la versión del naturalismo que él defendió se trataba de una teoría sobre cómo deberían formularse las decisiones judiciales. De modo que el ser del derecho depende de lo que este debiere ser.⁹ Quizás una expresión significativa para intentar transparentar por qué Dworkin ya fue calificado como el más noble de los soñadores, lo encontremos en la relación metafórica que él sugiere existir entre la novela en cadena y cadena del derecho. En su célebre artículo de 1982, 'Natural Law Revisited', sugirió que las tareas judiciales pueden interpretarse en términos de la elaboración conjunta de una novela, en que cada escritor tiene una conexión con el material que le antecede, intentando mejorarla sobre la base del material ya existente. Así, la decisión que cada novelista debe efectuar, radica en que, sobre la base de las directrices recibidas, qué decisiones hacen que la novela que se continúa sea mejor como novela.¹⁰

Detengámonos en el recurso explicativo ofrecido por Dworkin. Si un grupo de novelistas se dividen la articulación de una novela, cada uno va a trabajar mediante el material previamente proporcionado por su compañero, quien trabajó sobre la parte anterior. Al pensar en una novela con una introducción, tres capítulos y una conclusión, obtenemos una empresa colectiva entre los novelistas. Pero la ejecución progresiva de tal empresa conlleva ajustarse a la pretensión de corregir el material literario suministrado por el respectivo compañero. Al autor del primer capítulo no le corresponde solo desarrollar el capítulo inicial de una forma satisfactoria, sino que

⁹ DWORKIN, Ronald. Retorno al Derecho 'natural'. EN: Betegón, Jerónimo y De Páramo, Juan Ramón (dir. y coord.). *Derecho y Moral: ensayos analíticos*. Barcelona: Ariel, 1990, p. 23.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 25-27.

además le compete hacerlo *en atención* a la introducción ya escrita. Su tarea es de refinar lo que antes se ha hecho. El autor de la conclusión, por su parte, tendrá que robustecer todo el material que le antecede, realizando una clausura de la obra adecuada para completar el proceso literario y, asimismo, otorgando el significado más excelso posible tanto a la introducción como a los capítulos sobre los cuales centró sus esfuerzos.

Por supuesto, Dworkin no consideró que su teoría del derecho fuere una posición acerca de la interpretación de novelas. No obstante lo cual, la analogía es reveladora para conocer sus propósitos teóricos. Para nuestro autor, “[...] el naturalismo supone que la adjudicación en el *common law* es una empresa en cadena que comparte muchas de las características de la historia que hemos inventado”.¹¹ Los jueces adoptan decisiones creativas conservando lo anterior, formándose una opinión sobre el proceso colectivo y, fundamentalmente, mejorando tanto los insumos proporcionados por los intérpretes previos, como la obra en su conjunto. Tal tarea interpretativa no es tanto estética como política, pues vincula a la moral política de los jueces partícipes del proceso. De modo tal que, al depender las decisiones judiciales de las concepciones políticas de los jueces, estos pueden arribar a diferentes interpretaciones de las decisiones pasadas, porque pueden diferir tanto de cuál cuenta como mejor adecuación de la regla a los hechos, como por la legitimidad sustantiva de la misma regla. Las reglas y las decisiones jurídicas participan de dicha evaluación posterior, desarrollando así una empresa heurística. Los ideales sustantivos de la moral política de la comunidad de jueces devela la pertinencia que existan controversias interpretativas. Después de todo, el desacuerdo entre sus integrantes es más bien teórico que empírico, ya que aun cuando pudiera sostenerse que aquellos discuten sobre las distintas declaraciones de ley, lo hacen sobre cuál es la mejor interpretación posible de tal declaración.¹²

Regresemos a su *Taking*. Dworkin advirtió que el modelo de las reglas construido sobre la base de regla de reconocimiento hartiana, no era capaz de reconocer principios jurídicos cuya identidad lógica, dimensión de peso y menor estabilidad eran sustantivamente distintos a las reglas jurídicas y, en consecuencia, ofrecían dificultades irremediables para la regla de reconocimiento. Esta fue formulada como la regla maestra encargada de garantizar la validez del sistema jurídico en su conjunto, mas limitada por la propia configuración del modelo hartiano de las normas, es decir, un modelo *de* reglas y *para* reglas. Y nada más que para ellas. Dworkin se preguntó si dada la relevancia y características de los principios, tendríamos que abandonar la tesis de las fuentes sociales o los criterios institucionales para el surgimiento del derecho, del modo en que operaban

¹¹ *Ibíd.*, p. 26.

¹² Sobre el contraste entre desacuerdos empíricos y teóricos en el derecho, véase DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1988, pp. 15-43.

los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Su conclusión fue categórica, “[...] no podemos adaptar la versión que da Hart del positivismo modificando su regla de reconocimiento para que abarque los principios”.¹³ Paradójicamente, la regla encargada de la identificación de los componentes de lo jurídico, no se encuentra en condiciones de identificar a principios morales no concluyentes, cuya relevancia devenía incuestionable en el ámbito de la adjudicación.

Ya en 1986, con la publicación de *Law's Empire*, Dworkin mantuvo consistentemente sus críticas hacia el positivismo jurídico. Sostuvo que el positivismo jurídico no era capaz de dar cuenta de los genuinos desacuerdos entre juristas, es decir, los desacuerdos teóricos y no así los empíricos, en que las partes acuerdan sobre cuál es el criterio de validez jurídica, como superficialmente se sostenía. El positivismo, más que una teoría constituía una omisión, al ocultarnos el verdadero desacuerdo sobre el derecho mediante criterios lingüísticos que se estimaban aceptados, aun cuando hubieren conflictos sobre los fundamentos del derecho que el positivismo no permitía develar. Las teorías semánticas del derecho, asociadas al análisis conceptual hartiano, determinaban los criterios jurídicos únicamente a partir de principios lingüísticos, lo cual acarrearía adoptar una suposición sobre un acuerdo acerca de los fundamentos del derecho. La semántica atacaba a estas aproximaciones mediante el influjo del agujón semántico, siendo los juristas sus presas. Estos “[...] aceptan a grandes rasgos los mismos criterios [lingüísticos] para decidir cuándo un postulado sobre el derecho es verdadero o no puede haber un acuerdo o desacuerdo genuino sobre el derecho, sino solo el absurdo de la gente que cree que disiente porque otorga significados diferentes al mismo sonido”.¹⁴

De ahí que solo mediante un abandono de los postulados positivistas sobre el examen del fenómeno jurídico, podría evidenciarse el tipo de desacuerdo sustantivo que justifica la relación adversarial entre los participantes de la práctica jurídica, quienes formulan sus distintas propuestas de ley. Bajo estas coordenadas de análisis, como sugiere Dworkin, “[p]or increíble que parezca, la jurisprudencia norteamericana no tiene ninguna teoría plausible sobre el desacuerdo teórico en derecho”.¹⁵ Pese a mantenerse ocultos tras la superficie, estos desacuerdos son los verdaderos desacuerdos que deben resolver los juristas. Tales consideraciones han sido refutadas con acierto, por Timothy A. O. Endicott y Brian Leiter.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel, 1997, p. 99.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *El imperio...* (n.12), p 44. He modificado ligeramente la traducción de Claudia Ferrari.

¹⁵ *Ibid.*, p 19.

Endicott indicó que la tesis de Dworkin según la cual la teoría del derecho de Hart no puede dar cuenta de los desacuerdos jurídicos, porque el núcleo del desacuerdo constituye un puñado de criterios compartidos para la aplicación de conceptos jurídicos, no es sencillamente adscribible a Hart. La profundidad de los desacuerdos puede abarcar no solo competencias entre concepciones rivales sino también acerca de los conceptos, tal como el de derecho. En efecto, Hart y Dworkin, discrepaban no tanto de las concepciones como acerca del concepto de derecho. La crítica dworkiniana afecta indudablemente a una semántica basada en criterios, pero el problema es que, a juicio de Endicott, Hart “[...] no estaba ofreciendo una teoría semántica basada en criterios”.¹⁶ Hart habría empleado una aproximación semántica muchísimo más básica y modesta de lo que Dworkin supuso al declararla en víctima del agujón semántico. El enfoque hartiano sí podría dar cuenta del desacuerdo sobre el concepto de derecho, pues solo sugiere que la extensión de un concepto se devela en sus distintas instancias de aplicación, relacionados mediante casos centrales o nociones paradigmáticas. Sobre semántica, en realidad, Hart habría dicho muy poco para ser el blanco del argumento del agujón semántico.

Leiter, en tanto, nos muestra que la relevancia de los desacuerdos teóricos entre los juristas se encuentra, bajo el prisma dworkiniano, sobreestimada. Los desacuerdos teóricos constituyen un fenómeno relativamente marginal en una teoría general del derecho y, a juicio de Leiter, “[...] surgen, sobre todo, en la cima de la pirámide de las cuestiones jurídicas que se plantean. El acuerdo masivo acerca del derecho es el fenómeno más común y del que una teoría debe ocuparse”.¹⁷ Más allá del hecho que el positivismo jurídico ofrece mejores explicaciones sobre el significado de las opiniones de las partes del acuerdo general acerca del derecho, que la teoría articulada por Dworkin, resulta conveniente para dimensionar la crítica de este último sobre los desacuerdos teóricos, clarificar el lugar que estos *realmente* juegan en las prácticas jurídicas. Desde un punto de vista cuantitativo y neorrealista, Leiter propone imaginarnos una pirámide de las cuestiones jurídicas que requieren una decisión judicial, en que bajo su pináculo se ubiquen los juicios del tribunal de justicia de mayor jerarquía, donde se supone que los desacuerdos teóricos en el sentido dworkiniano son crecientes, y, a su vez, su base estuviere conformada por la totalidad de las disputas jurídicas que ingresan al despacho de los abogados. De acuerdo a Leiter, “[h]ay que admitir que esta es una

¹⁶ ENDICOTT, Timothy A. O. Herbert Hart y el agujón semántico. En: NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, María Cristina (comps.). *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 53.

¹⁷ LEITER, Brian. Cómo explicar los desacuerdos entre juristas. En: LUQUE SÁNCHEZ, Pau y BATTISTA RATTI, Giovanni (eds.), *Acordes y Desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp.107.

pirámide bien extraña, ya que la ratio de la base a la cima es algo así como de un millón a uno”.¹⁸ No existe un colapso de los sistemas jurídicos, porque existe un acuerdo masivo y dominante en todos los estratos del sistema sobre el derecho. Ello explica por qué la *mayoría* de los casos no salen del despacho de los abogados; la mayoría de los litigios aceptados no derivan en un mecanismo de heterocomposición, pues la *mayoría* se resuelven gracias a formas de autocomposición extrajudicial; la *mayoría* de las sentencias judiciales no son apeladas; y, finalmente, porque la *mayoría* de los casos que son apelados no llegan al tribunal superior jerárquico. Precisamente, el escenario en que debieren tener lugar los desacuerdos teóricos que sustentan la tesis de Dworkin.

Como se podrá apreciar existe una evidente fractura en el despliegue argumentativo de Dworkin en ambas obras. No es de extrañar que dos influyentes evaluaciones sobre el debate entre Hart y Dworkin, como son las esgrimidas por Scott Shapiro y Brian Leiter, observen que el argumento defendido en 1977 es distinto al ofrecido en 1986.¹⁹ De hecho, el énfasis que Dworkin otorgó al caso *Riggs v. Palmer*, en que la adjudicación en base al principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propia injusticia, no podía ser identificada por la regla de reconocimiento hartiana, se desplazó hacia el tipo de desacuerdo que el positivismo no lo logra adecuadamente explicar. Dado que el positivismo jurídico no ofrece alguna explicación adecuada para el desacuerdo teórico en el derecho, distorsionando la práctica jurídica, resulta ser una omisión antes que una teoría robusta. El caso del nieto que envenenó a su abuelo en Nueva York durante 1882, para heredar sus asignaciones testamentarias, pasó a denominarse modestamente como *el caso Elmer*.²⁰

Pues bien, ¿cuál es el real mérito epistémico de la propuesta de Dworkin? Me interesa determinar este punto bajo el contexto de la reflexión jurídica en la cual su obra se debería situar, es decir, la tradición analítica de la filosofía del derecho. Entiendo que del mismo modo en que ocurre con la filosofía analítica surgida a comienzos del siglo XX, su proyección hacia los asuntos jurídicos se encuentra caracterizada por su continua disputa encaminada a alcanzar una identidad temática que la identifique. Las sensibilidades monistas se expresan en esquemas de comprensión formalistas o

¹⁸ *Ibid.*, p. 85.

¹⁹ Al respecto, véase, SHAPIRO, Scott J. El debate □ Hart-Dworkin □: Una breve guía para perplejos. *En*: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (ed.). *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 143-194; y LEITER, Brian. Más allá del debate Hart-Dworkin: El problema de la metodología en la teoría del derecho. *En su*: *Naturalismo y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 209-243.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *El imperio...* (n.12), pp. 25 y ss.

empiristas sobre lo jurídico y, por su parte, la intuición que hace justicia a la diversidad se expresa en el cotidianismo jurídico articulado en clave hartiana.²¹

Tales conflictos se han transparentado, a mi juicio, en dos momentos de inflexión de la reflexión jurídica analítica contemporánea. Denomino a estos momentos, 'estadios de auto-comprensión', que experimenta la tradición analítica de la filosofía del derecho. Sugiero que la jurisprudencia analítica se encuentra en un escenario de tematización formulado a través de consideraciones de segundo orden. Al indicar que son de segundo orden entiendo que esta teoría jurídica ha re-iniciado su pretensión respecto a reflexionar sobre sí misma, procurando determinar tanto su objeto de estudio, como la metodología idónea junto al tipo de explicaciones que de ella cabría esperar, para calificar a su despliegue epistémico como exitoso. El primer momento de auto-reflexión se sitúa en 1994, al publicarse la segunda edición de *The Concept of Law*. Gracias al trabajo de Penélope Bulloch y Joseph Raz salió a la luz el *Post Scriptum*, que Hart formulare ulteriormente a su obra. El propósito de las palabras de Hart decían relación con sus defensas a las críticas que Dworkin plasmó en *Taking*.

Entre el sinnúmero de temas ahí tratados, se problematizó la cuestión del tipo de naturaleza de teoría jurídica que Hart tuvo en mente en 1961, frente a la identidad de la teoría del derecho ofrecida por Dworkin. Hart sostuvo que su teoría del derecho debía ser caracterizada como general y descriptiva, en oposición a la esgrimida por Dworkin, concebida como particular y evaluativa (o interpretativa).²² Mientras su teoría es general porque nos provee de una explicación del fenómeno jurídico en su conjunto con independencia de una cultura o sistema jurídico en particular y, a su vez, descriptiva porque no suscribe compromisos con valores sustantivos, mostrándose moralmente neutra, la obra de Dworkin devenía particular porque se encontraba situada en las prácticas judiciales de la comunidad anglonorteamericana de jueces y, asimismo, evaluativa pues su lectura interpretativa del derecho, afirmaba que el derecho debía identificar los principios que se calzan de mejor manera con el derecho y sus prácticas jurídicas, otorgándoles la mejor justificación moral posible.

El *Post Scriptum* devela el proceso de auto-comprensión de la filosofía analítica del derecho, porque los juristas ubican a su actividad jurisprudencial como el centro de sus preocupaciones. En tanto tradición jurídica, la comprensión del quehacer de la teoría

²¹ La articulación del desarrollo intelectual y las tensiones verificadas en el seno de la filosofía analítica, junto a su proyección a los asuntos jurídicos, que conformaron la identidad de la filosofía analítica del derecho, puede consultarse en PEREIRA FREDES, Esteban. Tradición analítica de la filosofía del derecho. En: VERGARA CEBALLOS, Fabiola. *Problemas Actuales de la Filosofía Jurídica*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2015, pp. 283-322.

²² HART, H.L.A. Post... (n.8), p. 227 y ss.

del derecho deviene en la cuestión decisiva a la cual se encuentra actualmente abocada la jurisprudencia analítica.²³ El mérito de Dworkin se transparenta al pensar en los orígenes de este estadio de reflexión. Indudablemente tal proceso fue detonado por las objeciones de Dworkin a *The Concept of Law*. Y, en efecto, el debate metodológico posterior entre los enfoques descriptivos y evaluativos sobre el fenómeno jurídico, de un modo u otro, es tributario de la influencia de Dworkin.

Hasta aquí su noble sueño. Veamos la *nueva* pesadilla.²⁴

3. UNA NUEVA PESADILLA

Según lo indiqué, la intervención del naturalismo jurídico dworkiniano fue lo suficientemente temerario para generar este primer momento de auto-comprensión de la filosofía analítica del derecho, pero excesivamente modesto para hacerse cargo exitosamente del problema en disputa. Estas deficiencias las analizaré en dos sentidos. Para ello es necesario (i) clarificar el rol de la teoría del derecho dworkiniana, en el contexto del segundo proceso de auto-comprensión de la teoría jurídica analítica; y (ii) evidenciar la perspectiva del derecho defendida por Dworkin, que paradójicamente traiciona postulados fundantes de la tradición analítica del derecho, a la cual debiere pertenecer su obra, en el evento que efectivamente se ubique en los asuntos jurídicos.

Respecto a la primera dimensión de análisis (i), es evidente que los esquemas de comprensión revisionarios diseñados en torno a aproximaciones formalistas así como realistas o vía naturalización del fenómeno jurídico complican la actual elucidación de la filosofía jurídica analítica. Pero la sugerencia de abandonar el proyecto del análisis conceptual hartiano, recientemente sugerido por Joseph Raz, ha acarreado mayores dificultades y disputas a la hora de dar cuenta a esta tradición de reflexiones sobre el derecho. Si antes se estimó evidente que el estudio del fenómeno jurídico estaba asociado a la búsqueda del concepto de derecho, en la actualidad la renuncia a tal pretensión daría cuenta de aquello que efectivamente se podría esperar del quehacer de la jurisprudencia analítica. De manera paradójica, quien ayudó a reconstruir el pensamiento hartiano en términos de un segundo orden de reflexiones, cuestionaría su pertinencia para explicar a aquello que hace ser al derecho lo que es.

²³ En este sentido, véase, DICKSON, Julie. *Evaluación en la teoría del derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 1-36.

²⁴ Diversos estudios críticos sobre la jurisprudencia dworkiniana pueden encontrarse en las compilaciones de HUNT, Alan (ed.). *Reading Dworkin Critically*. New York: Berg, 1992; y HERSHOVITZ, Scott. *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Para Raz son cuestiones distintas la explicación del significado de un término y dar cuenta de la naturaleza del objeto que mediante dicho término lingüístico se designa. De ahí que explicar qué es el derecho constituye una actividad distinta de la mera formulación de su concepto, ya que la explicación sobre la naturaleza del derecho es una tarea diversa del estudio semántico de la noción de derecho, sin que pueda “[...] ser asimilada al análisis del significado de ningún término”.²⁵ Su investigación versa sobre la tipología de una determinada institución social y no sobre un estudio semántico sobre el término bajo el cual se designa a lo jurídico. Bajo tales coordenadas, Raz ha defendido una fractura metodológica entre las labores asociadas al análisis conceptual desplegado a partir del estudio sobre término ‘derecho’ y la explicación de la naturaleza del derecho. Mientras la primera estrategia es adscrita a la teoría del derecho influenciada por el positivismo hartiano, el segundo esquema de comprensión permitiría que la teoría del derecho fuere efectivamente posible, es decir, que lograrse ser lo que pretende ser, brindando explicaciones universales y necesarias acerca del derecho.²⁶

De acuerdo a lo anterior, el segundo proceso de auto-reflexión acerca de la teoría jurídica analítica, persigue determinar los objetivos de la teoría del derecho y las condiciones en que sus explicaciones podrían estimarse como exitosas. Este estadio de la filosofía analítica del derecho está protagonizado por el legado hartiano y las observaciones planteadas por Raz a las investigaciones conceptuales. Tal vez es apropiado incluir el ejercicio de naturalización de la teoría del derecho propuesto por Leiter. Así, del mismo modo en que se generó la identidad de la filosofía analítica y, con posterioridad, la teoría analítica del derecho; a saber, en base a las tensiones entre esquemas explicativos contrapuestos, hoy en día presenciamos un escenario similar en la jurisprudencia analítica, en que el debate entre las formas de monismo jurídico, como lo son los esquemas raziano y leiteriano compiten con el cotidianismo jurídico que inspiró al análisis conceptual de Hart, centrado en la diversidad de prácticas sociales que constituyen el fenómeno jurídico.

Según se puede observar, en este segundo y contemporáneo proceso de auto-comprensión, donde precisamente se encuentra en disputa la identidad de la teoría del derecho analítica, Ronald Dworkin se encuentra al margen. Y su exclusión no puede resultarnos trivial. Bajo el *Post Scriptum*, la teoría del derecho hartiana se estableció como general y descriptiva. Como lo expliqué, general porque no buscaba explicar un

²⁵ RAZ, Joseph. Can there be a theory of law?. En: Golding, Martin y Edmundson, William (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2004, p. 330.

²⁶ Sobre la argumentación raziana acerca de la naturaleza del derecho y su evaluación crítica bajo el contexto de la filosofía analítica del derecho, puede consultarse PEREIRA FREDES, Esteban. La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones en torno a la naturaleza y el concepto de derecho, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, (17), 2012: 83-104.

sistema jurídico o arreglo institucional en particular y, en tanto, descriptiva, ya que sus consideraciones descartaban la pertinencia de juicios evaluativos o interpretativos sobre el fenómeno jurídico. Sin embargo, la teoría del derecho dworkiniana devenía particular y evaluativa. Se entendía como particular porque sugiere dar cuenta del derecho a partir de una comunidad de jueces de un contexto determinado y, a su vez, evaluativa, dado que los agentes de las prácticas jurídicas no pueden ofrecer observaciones descriptivas sobre el derecho sin evaluarlo, como se adelantó en la idea de la novela escrita en cadena.

Así, entender que la tensión entre *nuestro* concepto de derecho y la naturaleza universal del derecho, exige agudizar la propiedad de generalidad que revestía la teoría del derecho hartiana en el *Post Scriptum*, arroja luces acerca de por qué los postulados de Ronald Dworkin no son parte del centro de la discusión analítica contemporánea. Su teoría pecó de particular, localista o, en términos de Raz, parroquiana.²⁷ Desde tales coordenadas no se logra satisfacer a las condiciones de posibilidad de la teoría del derecho. Si el foco de discusión en la tradición analítica del derecho consiste en determinar qué tipo de explicaciones debe proveer una teoría del derecho para calificarse adecuadamente de *teoría* jurídica, entonces, el prisma dworkiniano se encuentra correctamente segregado de tal discusión. De lo contrario, necesitamos develar qué genuinamente relevante apunta su obra sobre tales preocupaciones y, además, por qué sería indispensable detenerse en ella para afrontarlas de mejor manera.

De ahí que Scott Shapiro, al tematizar el mapa de teorías jurídicas contemporáneas, distinga entre teorías normativas y teorías analíticas del derecho.²⁸ La primera centra sus preocupaciones en explicar los fundamentos morales o valorativos del fenómeno jurídico y, por su parte, la segunda se ocupa de los fundamentos metafísicos del derecho. Una teoría del derecho analítica, piensa Shapiro, en lugar de estudiar las dimensiones normativas asociadas al derecho, “[...] analiza la naturaleza del derecho y las entidades jurídicas [...]”.²⁹ Shapiro advierte con razón, que la relevancia de la jurisprudencia analítica se sostiene sobre la base de comprender sólidamente a la pregunta ¿qué es el derecho? Toda vez que se trata de preguntas distintas ‘¿qué es el derecho?’ y ‘¿qué es derecho?’ Esta última interrogante formulada por los teóricos analíticos influenciados por Hart aludiría a la determinación del significado de la palabra ‘derecho’, pero no así al objeto referencial al cual sus expresiones lingüísticas intentan explicar. La concesión argumentativa de Shapiro a la propuesta raziana significa que una teoría analítica del

²⁷ RAZ, Joseph, *op cit.* (n.25), pp. 331 y ss.

²⁸ SHAPIRO, Scott J., ¿Qué es el derecho (Y por qué debería importarnos)? En: FERRER BELTRÁN, Jordi *et al.* (ed.). *Neutralidad y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 280.

²⁹ *Ibid.*, p. 281.

derecho es aquella que articula una explicación sobre la naturaleza del derecho y sus propiedades universales. El parroquianismo suscrito por Dworkin, quien desde el comienzo vio a su teoría como una teoría del derecho de los Estados Unidos y del Reino Unido, no está en condiciones de hacer frente a las nuevas ambiciones de la reflexión jurídica.³⁰

Si esto fuere correcto, la obra de Dworkin se encuentra razonablemente desplazada del proceso de auto-reflexión de la filosofía analítica del derecho contemporánea, porque no busca responder a la interrogante '¿qué es 'derecho'?', que él asoció a las teorías semánticas que irremediablemente incurrían en el agujón semántico. Ni tampoco a la pregunta rival, es decir, '¿qué es el derecho?', cuyo compromiso con la generalidad o universalidad de la teoría jurídica descarta su pertinencia explicativa sobre el fenómeno jurídico. Pese a generar el primer estadio de auto-comprensión de la teoría jurídica analítica del derecho, Dworkin es solo un observador del segundo y más crucial: determinar el objetivo de la teoría del derecho y qué tipo de explicaciones cabe de ella esperar. Lo que comenzó como un sueño, concluye en pesadilla.

En relación al segundo punto en cuestión (ii), el autor fallecido a comienzos del año 2013, como se ha sugerido, defiende una versión del derecho natural bajo condiciones modernas.³¹ En efecto, la teoría del derecho dworkiniana constituye una conjunción de los postulados que identifican a una perspectiva pre-moderna sobre el fenómeno jurídico.³² Entre los criterios pre-modernos que pueden adjudicarse a la aproximación de Dworkin, encontramos los siguientes: a. Déficit de diferenciación entre ámbitos de competencia (i) legislativa y (ii) judicial. Superposición de funciones de creación y aplicación del derecho, junto a la comprensión de las reglas como resúmenes y no como prácticas.³³ b. Identificación del derecho con la razón, afirmando una relación intrínseca entre lo jurídico y la razón, bajo la cual la debemos aceptar lo razonable de lo jurídico y no lo que es razonable aceptar.³⁴ c. Concepción del derecho como una manifestación de deberes y estándares de corrección que cuenta con un carácter

³⁰ RAZ, Joseph, *op cit.* (n.25), p. 332.

³¹ Una acaba reconstrucción de su vida intelectual junto a la evaluación de sus contribuciones en los campos de la filosofía jurídica, política y moral, en FALLON, Richard H. *et al.* In Memoriam: Ronald Dworkin, *en: Harvard Law Review*, 127(2), 2013: 489-511.

³² Acerca de la distinción entre una comprensión pre-moderna y otra moderna sobre el derecho, véase PEREIRA FREDES, Esteban. Dos versiones sobre el fenómeno jurídico, *en: Revista de Estudios de la Justicia*, 2014, (21) (en prensa).

³³ RAWLS, John. Dos conceptos de reglas. *En:* FOOT, Philippa (ed.). *Teorías sobre la Ética*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 210-247.

³⁴ DETMOLD, M. J. Law as practical reason, *en: The Cambridge Law Journal*, 48(3), 1989: 436-471.

virtuoso y justo. De manera tal, que sus observaciones promovieron una vinculación necesaria en el derecho y la justicia.

Como una muestra de esto último, solo rescato la teoría interpretativa del derecho sugerida por Dworkin. El derecho constituye un concepto interpretativo y es quizás el más relevante de todos lo que disponemos. De ello se sigue la pertinencia de la actitud interpretativa sobre las prácticas jurídicas, buscando hacer de ellas algo mejor de lo que son.³⁵ La calificación de una propuesta interpretativa como ‘mejor’ proviene de su concordancia con exigencias de justicia correctiva. El fenómeno jurídico está vinculado con ideales de justicia que comparte la comunidad de jueces. De ahí que la “[...] mejor interpretación de las decisiones judiciales pasadas es la interpretación que las muestra con la mayor lucidez, no estética sino política, acercándolas lo más posible a los ideales correctos de un sistema legal *justo*”.³⁶ Cabe preguntarse qué ha dicho Dworkin específicamente acerca del derecho y sus prácticas. Desde luego, las prácticas jurídicas conviven con otras prácticas sociales, como lo son las estéticas, musicales, políticas, entre otras. En todas ellas podría implementarse la actitud interpretativa defendida por Dworkin porque aquellas requieren ser interpretadas por los participantes de la comunidad, en procura de refinarlas y dotarlas de mejores y más robustas justificaciones. No resulta cristalino asociar el mejoramiento de las prácticas sociales mediante su interpretación si ello solo nos reconduce a evaluar la justicia de sus diversas dimensiones. Si bien la nobleza claramente presente en la intuición de Dworkin nos convoca a interpretar al derecho para determinar qué tipo de justificación mostrarían a la práctica jurídica en su mejor perspectiva, nada se ha dicho sobre el fenómeno jurídico que no sea traspalable a otras prácticas. El prisma dworkiniano no logró develar la especificidad de las prácticas jurídicas o, siguiendo a Hart, fue incapaz de definir por qué los participantes de las prácticas sociales aceptan sus reglas como pautas de comportamiento, como ocurre en un sistema jurídico maduro.³⁷

Estas dificultades no solo tensionan la pertinencia del sueño dworkiniano, sino que además traicionan los postulados iniciales de la tradición analítica de la filosofía del derecho, en orden a fracturar las cuestiones del ser de las asociadas al deber ser de las cosas. John Austin y Jeremy Bentham a mediados del siglo XIX inauguraron una tradición jurídica, que diferenciaba tajantemente los juicios descriptivos de los enunciados evaluativos que pueden esgrimirse sobre el derecho.³⁸ La renuncia a tal

³⁵ DWORKIN, Ronald. *El imperio...* (n.12), pp. 44-71.

³⁶ DWORKIN, Ronald. Retorno... (n.9), p. 26. Cursivas mías.

³⁷ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, pp. 99-123.

³⁸ Al respecto, véase, PEREIRA FREDES, Esteban. Reglas primarias y teoría analítica del derecho. En: FIGUEROA RUBIO, Sebastián (ed.). *Hart en la Teoría del Derecho Contemporánea*. A 50 años de *El Concepto de*

ruptura es sugerida por Dworkin, paradójicamente bajo el pensamiento jurídico analítico contemporáneo. Si el estudio del ser del derecho se ajusta a lo que este debiere ser, según las convicciones sustantivas de los jueces y participantes, brindándole a las prácticas jurídicas su mejor versión posible, los problemas para conciliar su perspectiva pre-moderna acerca de lo jurídico, con la tradición jurídica en la cual debiéremos insertar su legado, se incrementan significativamente.

Al respecto, Brian Leiter ha traído a colación que la mayoría de los jueces en *Riggs* consagraron, en realidad, un argumento dual. Por una parte, aplicaron la teoría de la intención contrafáctica del significado de una ley y, por otra, una argumentación iusnaturalista según la cual existe un principio; a saber, ‘nadie puede aprovecharse de sus propios actos incorrectos’, que finalmente venció a la legislación vigente, precluyendo la herencia de Elmer.³⁹ Como sabemos, hace cerca de cuarenta años atrás, Dworkin afianzó su crítica en el “Modelo de las Reglas I”, *únicamente* sobre el argumento de corte iusnaturalista. Y solo con posterioridad, en *Law’s*, centró sus objeciones en la intención contrafactual, abandonado la estrategia naturalista. Permítaseme reproducir lo que realmente dijeron los jueces en *Riggs*, develando el carácter pre-moderno de un argumento empleado por los jueces, sobre cuya base Dworkin basó su objeción germinal al planteamiento hartiano:

“[a]demás, todas las leyes, igual que todos los contratos, pueden estar reguladas en su aplicación por las máximas generales y fundamentales del *common law*. Nadie puede sacar provecho de su propio fraude, ni puede sacar provecho de sus propios actos incorrectos [...] Estas máximas vienen dictadas por la política pública y encuentran su fundamento en el derecho universal administrado en todos los países civilizados, y en ninguno de ellos han sido reemplazados por las leyes”.⁴⁰

Como se podrá apreciar, la estrategia argumentativa dworkiniana se transparenta como una posición pre-moderna sobre el fenómeno jurídico, construida bajo un contexto moderno de consideraciones acerca del derecho. Lo anterior contrasta significativamente con la teoría jurídica analítica a la cual se pretende que pertenecería, la cual se articuló precisamente a través de la escisión moderna entre el ser y deber ser, y que antes aludimos.

Pero, de igual modo, y para concluir esta presentación, hay que admitir que una perspectiva pre-moderna del derecho no necesariamente deviene cuestionable, pero

Derecho. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014, pp. 396-397.

³⁹ LEITER, Brian. *Cómo explicar...* (n.17), pp. 91-96.

⁴⁰ Citado en *ibíd.*, p. 92.

el problema radica en si es razonable asumirla. Sabemos que uno de los argumentos de Dworkin para defender la evaluación y actitud interpretativa en el contexto jurídico consiste en aludir a la alta densidad normativa de algunos conceptos, como justicia, libertad e igualdad, que son empleados por las reglas jurídicas, y que no admitirían un análisis meramente descriptivo o arquimediano por parte de los juristas, como arguye en su respuesta al *Post Scriptum*.⁴¹ Pero si, en última instancia, los conceptos jurídicos son en buena medida conceptos políticos, el compromiso de la concepción moderna de lo jurídico, en términos de voluntad, autonomía, artificialidad y el ideal regulativo del auto-gobierno, debieren estimarse como suficientes para adjudicar la disputa a favor de la perspectiva moderna del derecho. Son también razones normativas o políticas las que inclinan la balanza nuevamente hacia la pesadilla de la teoría del derecho dworkiniana.

No deja de llamar la atención que Dworkin sea un autor indispensable en las discusiones centrales de la reflexión política contemporánea. Sus aportes respecto de nuestra comprensión sobre los conceptos y fundamentos del liberalismo y la democracia son incontrovertibles bajo cualquier panorama.⁴² Tampoco es baladí que su pluma inaugure numerosas compilaciones acerca del movimiento neo-constitucionalista que ha cobrado vigencia en los estudios de teoría constitucional, pese a suscribir compromisos teóricos evidentemente pre-modernos en teoría del derecho.⁴³ Su continua alegación acerca de la naturaleza política de los conceptos jurídicos que debían ser interpretados según nuestras convicciones y acuerdos morales, contribuye a despejar el escenario donde sus intuiciones han desplegado su mayor rendimiento, esto es, el ámbito de la filosofía de la política. Tal como sugirió disolver la escisión entre la teoría del derecho y la adjudicación, las consideraciones descriptivas y evaluativas sobre el fenómeno jurídico, también pudo hacerlo en relación al derecho y la política. Y es en ese terreno donde debemos evaluar lo fructífera de sus intuiciones. Quizás, Ronald Dworkin, no

⁴¹ DWORKIN, Ronald. El Postscriptum de Hart y el sentido de la filosofía política. *En su: La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 159-204. Un cuestionamiento sobre el rendimiento epistémico que tendría la analogía sugerida por Dworkin entre el significado de ciertas clases naturales y los conceptos jurídicos y políticos, en PATTERSON, Dennis M. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts, *en: Oxford Journal of Legal Studies*, 26(3), 2006: 545-557.

⁴² Un examen sobre el primer punto en DWORKIN, Ronald. Por qué necesita fundamentos el liberalismo. *En su: Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993, pp. 49-66. Respecto de los conceptos dworkinianos de liberalismo y democracia, véase RUÍZ SCHNEIDER, Carlos. Democracia y Liberalismo en Ronald Dworkin, *en: Derecho y Humanidades*, (14), 2008: 23-30.

⁴³ Así, DWORKIN, Ronald. Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales. *En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.). El canon neoconstitucionalista*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 117-149. Una interpretación del neo-constitucionalismo como una versión pre-moderna del derecho elaborada bajo condiciones modernas, que ha llevado al positivismo jurídico a una suerte de ironía con sus postulados fundacionales, puede revisarse en ATRIA LEMAITRE, Fernando. La ironía del positivismo jurídico, *en: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 2004, pp. 81-139.

logró efectivamente estructurar una teoría del derecho y, de ahí que no tendrían lugar sus sueños ni pesadillas, y solo intentó formular una filosofía de la política o crítica jurídica, objetivos que el propio Hart desligó de su empresa en el Prefacio de *El Concepto de Derecho*.⁴⁴ Pero esa cuestión la dejaré para otra ocasión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATRIA LEMAITRE, Fernando. Del derecho y el razonamiento jurídico, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (22), 1999: 79-119.

———. La ironía del positivismo jurídico, en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 2004, pp. 81-139.

DICKSON, Julie. *Evaluación en la teoría del derecho*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1988.

———. El Postscriptum de Hart y el sentido de la filosofía política. En su: *La justicia con toga*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 159-204.

———. Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.). *El canon neoconstitucionalista*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 117-149.

———. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel, 1997.

———. Por qué necesita fundamentos el liberalismo. En su: *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós, 1993, pp. 49-66.

———. Retorno al Derecho ‘natural’. En: BETEGÓN, Jerónimo y DE PÁRAMO, Juan Ramón (dir. y coord.). *Derecho y Morak: ensayos analíticos*. Barcelona: Ariel, 1990, pp. 23-45.

DETMOLD, M. J. Law as practical reason, en: *The Cambridge Law Journal*, 48(3), 1989: 436-471.

⁴⁴ De acuerdo a HART, “[e]l jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica (*analytical jurisprudence*), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica”. Véase, HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, xi.

ENDICOTT, Timothy A. O. Herbert Hart y el aguijón semántico. En: Navarro, Pablo E. y Redondo, María Cristina (comps.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 35-55.

FALLON, Richard H. *et al.* In Memoriam: Ronald Dworkin, en: *Harvard Law Review*, 127(2), 2013: 489-511.

HART, H.L.A. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. En su: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 123-144.

———. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

———. Post Scriptum, en: *Estudios Públicos*, (65), 1997: 225-263.

HERSHOVITZ, Scott. *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

HUNT, Alan (ed.). *Reading Dworkin Critically*. New York: Berg, 1992.

LEITER, Brian. Cómo explicar los desacuerdos entre juristas. En: LUQUE SÁNCHEZ, Pau y BATTISTA RATTI, Giovanni (eds.). *Acordes y Desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 75-109.

———. Más allá del debate Hart-Dworkin: El problema de la metodología en la teoría del derecho. En su: *Naturalismo y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 209-243.

———. Una nueva consideración del realismo jurídico y del positivismo jurídico. En su: *Naturalismo y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 99-124.

PATTERSON, Dennis M. Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts, en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(3), 2006: 545-557.

PEREIRA FREDES, Esteban. Dos versiones sobre el fenómeno jurídico, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, 2014, (21) (en prensa).

PEREIRA FREDES, Esteban. La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones en torno a la naturaleza y el concepto de derecho, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, (17), 2012: 83-104.

PEREIRA FREDES, Esteban. Reglas primarias y teoría analítica del derecho. En: FIGUEROA RUBIO, Sebastián (ed.). *Hart en la Teoría del Derecho Contemporánea. A 50 años de El Concepto de Derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014, pp. 391-402.

PEREIRA FREDES, Esteban. Tradición analítica de la filosofía del derecho. En: VERGARA CEBALLOS, Fabiola. *Problemas Actuales de la Filosofía Jurídica*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2015, pp. 283-322.

RAWLS, John. Dos conceptos de reglas. En: FOOT, Philippa (ed.). *Teorías sobre la Ética*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 210-247.

RAZ, Joseph. Can there be a theory of law?. En: GOLDING, Martin y EDMUNDSON, William (eds.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell, 2004, pp. 324-342.

RUÍZ SCHNEIDER, Carlos. Democracia y Liberalismo en Ronald Dworkin, en: *Derecho y Humanidades*, (14), 2008: 23-30.

SHAPIRO, Scott J. El debate 'Hart-Dworkin': Una breve guía para perplejos. En: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (ed.). *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 143-194.

–. ¿Qué es el derecho (Y por qué debería importarnos)?. En: FERRER BELTRÁN, Jordi *et al.* (ed.). *Neutralidad y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 279-311.