

CONFLICTOS TRÁGICOS GENUINOS Y RESPUESTA CORRECTA EN TORNO A ALGUNAS IDEAS DE RONALD DWORKIN

Guillermo LARIGUET*

SUMARIO: *Introducción. I. Ronald Dworkin y el rechazo a los dilemas morales genuinos. II. La tesis de una única respuesta correcta. III. Los juicios de empate. IV. En contra de los filósofos arquimedianos. V. Rechazo a los dilemas morales genuinos o de cómo llevarlos a su mínima expresión.*

INTRODUCCIÓN

EXISTEN –se supone– “conflictos trágicos”; conflictos que, en la literatura filosófico-moral, se conocen como “dilemas morales”. Aunque todavía no resulta del todo claro cuándo un conflicto es “genuinamente” trágico, suele aceptarse que tal cosa ocurre cuando: *i*) el conflicto no tiene resolución racional posible, por ejemplo porque los valores o principios contendores son considerados mutuamente inderrotables¹ o incomparables² o *ii*) el conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios, pero esta elección entrañaría sacrificio o pérdida moral.

El punto es que si hay conflictos trágicos genuinos se podría activar una tesis en virtud de la cual se sostenga el carácter *limitado* de la racionalidad.

* CONICET, CIFFYH, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

¹ MCCONNELL, Terrance, “Moral Dilemmas”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 2.

² Véase GOWANS, Christopher, “Introduction. The Debate on Moral Dilemmas”, en *Moral Dilemmas*, editados por Christopher. W. Gowans, Oxford University Press, Oxford, 1987, pp. 25, 29-30. En el ámbito del derecho Joseph Raz examina situaciones en que los requerimientos normativos en pugna son inconmensurables, motivo por el cual ninguno de los requerimientos derrota al otro y, en consecuencia, el conflicto no se puede resolver racionalmente. Ver RAZ, Joseph, “Legal Reasons, Sources, and Gaps”, en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 2002, p. 75.

Precisamente, en *Juicios Salomónicos*, Jon Elster entiende que la racionalidad tiene “límites”, entre otras cosas, cuando “la razón no nos dice qué hacer en ciertos casos”.³ Elster examina varias hipótesis que explican esta incapacidad de la razón: por ejemplo, problemas de indeterminación e inconmensurabilidad. Elster mantiene algo importante y es lo siguiente: que, pese a que la tesis pueda parecer irremediablemente obvia, no lo es en cuanto se advierte la reticencia expresa o tácita de la mayoría de los filósofos a admitir algo así. Sin embargo, no admitir la naturaleza limitada de la razón, le parece a Elster, un compromiso con la *irracionalidad*.

En un trabajo ya célebre Herbert Hart sostenía que hay juristas divididos en dos bandos: los que se embanderan tras un “noble sueño” y los que defienden la “pesadilla”.⁴ Mientras unos creen que el derecho es determinado, aun en casos difíciles, para los otros este carácter es ficticio siempre.⁵

Con la idea de Hart en la cabeza se podría decir que, quienes en el derecho negaran la presencia –y las consecuencias– de conflictos trágicos, *podrían estar* comprometidos con el noble sueño. Éste podría ser el caso de autores como Dworkin que creen que los conflictos trágicos pueden ser reducidos a una mínima expresión si se parte de una concepción interpretativista que ponga en armonía a los valores.⁶ Otro filósofo, como Alexy, aun si admite que hay supuestos-límite para ejercitar una ponderación racional,⁷ apuesta a ella decididamente, incluso desesti-

³ ELSTER, Jon, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, traducción de Carlos Gardini, Barcelona, Gedisa, 1995, p. 9.

⁴ HART, H.L.A., “American Jurisprudence Through English Eyes. The nightmare and the noble dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 132 y ss.

⁵ Ciertamente la afirmación es general y fuerte y el “siempre” necesitaría ser matizado, para lo cual se requiere de una distinción de las diferentes posiciones dentro de las filas de los representantes de la pesadilla. Pero aquí no haré tal cosa. Remito al artículo citado del Profesor H.L.A. Hart.

⁶ DWORKIN, Ronald, “Do liberal values conflict?”, en *The Legacy of Isaiah Berlin*, Editado por Ronald Dworkin, Mark Lilla and Robert B. Silvers, New York Review Books, 2001, p. 89. Ver también de la misma obra “Discussion”, sugerencias de Dworkin sobre esto en p. 126.

⁷ Véase el análisis que de estos límites con relación a la teoría de la ponderación racional de Alexy efectúa BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 26, 2003, pp. 225-238.

mando cuán apremiantes puedan ser las observaciones acerca de inconmensurabilidad entre valores constitucionales.⁸

Precisamente, el objetivo central de mi trabajo es contrastar la suposición de que pueden existir conflictos trágicos genuinos con una concepción como la de Ronald Dworkin según la cual hay respuesta correcta siempre, aun si en ciertos casos difíciles esto no puede ser demostrado.

Estructuraré el trabajo de la siguiente forma. En primer lugar haré algunas consideraciones muy generales sobre el lugar que podrían tener los dilemas morales genuinos o conflictos trágicos en una obra como la de Dworkin. En segundo lugar, examinaré su tesis acerca de la existencia de una única respuesta correcta. En tercer lugar, la manera en que desestima la cuestión de los empates entre principios. En cuarto lugar veré cómo funciona su rechazo a una concepción arquimediana de la filosofía práctica y cómo esto se conecta con la negación de conflictos trágicos. En la última parte haré algunas observaciones acerca del tipo de ideas que Dworkin tiene en mente cuando repele la existencia de conflictos trágicos genuinos en el ámbito del derecho.

I. RONALD DWORKIN Y EL RECHAZO A LOS DILEMAS MORALES GENUINOS

Herbert Hart ha sostenido en “American Jurisprudence through English Eyes” que Ronald Dworkin encarna la versión más acabada del “noble sueño” en el mundo contemporáneo.

Es más, Hart no duda en calificar a Dworkin como el “más noble de los soñadores” y dotado de una base teórica más amplia y sofisticada que la de sus predecesores.⁹

Los predecesores de Dworkin, en efecto, son muchos y uno puede recorrer la historia de la filosofía jurídica hacia atrás y hallarlos sin problemas. Sin necesidad de ir tan lejos en el tiempo piénsese en un jurista americano como Roscoe Pound quien, según Hart, expresa, al igual que

⁸ ALEXY, Robert, “On balancing and subsumption. A structural comparison”, en *Ratio Juris*, vol.16, núm. 4, 2003, p. 442.

⁹ HART, H.L.A., “American Jurisprudence Through English Eyes. The nightmare and the noble dream”, *op. cit.*, p. 137.

Dworkin, una concepción “holista” del derecho.¹⁰ En virtud de esta concepción se sostiene que el derecho puede ser visto como un sistema holístico compuesto no sólo por reglas sino también por principios latentes que, consistentemente, producirán un resultado determinado.¹¹

Pound también pensaba, como indica Hart, que, además de las reglas, los “principios constituyen guías generales de la decisión allí donde las reglas aparecen como indeterminadas o ambiguas o cuando no se encuentra explícitamente formulada una regla autoritativa relevante”.¹² Dworkin, tiene razón Hart, rechazaría que aun en los llamados “casos difíciles” los jueces ejerzan lo que Holmes llamaba la “soberana prerrogativa de la elección” y “legislaran en forma intersticial”.¹³

Son harto conocidas las objeciones que Hart planteó a Dworkin y por ello aquí no necesito detallarlas. Sólo quiero recordar dos en particular. Una objeción es que, en la opinión de Hart, la concepción de Dworkin bien puede ser vista como “restrictiva” de la discreción judicial pero no “elimina” por completo la posibilidad de legislación intersticial.¹⁴ La segunda objeción es que Hart es escéptico con la idea de que siempre pueda haber una única respuesta correcta. Según él es posible mostrar que un conjunto de reglas pueda ser explicada y justificada con conjuntos alternativos de principios o hipótesis.¹⁵

Pero, ¿por qué empezar con Dworkin a partir de Hart? La respuesta es ésta. A tal punto las contribuciones de Dworkin han sido atractivas que un test para mostrarlo es a través de su principal adversario declarado: un *positivista jurídico*¹⁶ como Hart.¹⁷

¹⁰ *Ibidem*, p. 134.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

¹³ *Ibidem*, p.138.

¹⁴ *Ibidem*, p. 136.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Pongo en cursiva la expresión para señalar algo que es de sobra conocido: que tampoco hoy es claro qué significa ser un “positivista jurídico”. La respuesta de Hart en el *Postscriptum* en el sentido de que él defendería un positivismo “soft” dividió a los seguidores del positivismo jurídico en dos filas: el positivismo duro y el positivismo blando. No voy a discutir estos aspectos que parecen sugerir un problema severo de identidad y continuidad de una tradición filosófico-jurídica.

¹⁷ Como se sabe, reflejo central de las discusiones entre ambos puede encontrarse en el *Postscriptum a The Concept of Law* de Hart.

La calificación hartiana según la cual Dworkin es un emblema del noble sueño me parece correcta. Y las objeciones hartianas expresan las dudas de muchos filósofos. Estas dos objeciones, por oposición, muestran por qué es inteligible el hecho de que Dworkin rechace los dilemas morales genuinos o los reduzca una expresión tan mínima que la amenaza a la racionalidad que ellos plantearían se diluya casi por completo.

Que Dworkin sea uno de los más nobles soñadores contemporáneos se puede verificar no sólo en el rechazo a los dilemas morales genuinos que plantea explícitamente en “Do liberal values conflict?” y, en forma más sugerente, en “Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy”.¹⁸ Si bien en obras clásicas como *Los Derechos en Serio y el Imperio del Derecho* él examina “casos difíciles”, es un hecho que lo que dice sobre ellos sirve para pensar su postura con respecto a los casos trágicos cuya presencia explícitamente discute en “Do liberal values conflict?”.

Resulta necesario destacar que Dworkin también rechaza que las dudas sobre la inexistencia de respuesta correcta para los casos difíciles tengan asidero firme. También niega que existan lagunas normativas o de reconocimiento genuinas, así como controvierte la idea de que pueda haber valores inconmensurables. Por último, él niega que fenómenos de razones igualmente balanceadas, como los “empates de principios”, sean situaciones reales en los sistemas jurídicos.

Este puñado de tesis dworkinianas no puede más que tener un efecto repelente respecto de cualquier tesis que defienda la existencia de dilemas morales genuinos. Para empezar, debería ser claro que, si hay respuesta correcta, un dilema moral o un conflicto trágico no puede ser más que “aparente”.

Todas las otras tesis de Dworkin llevan, también, al rechazo de los conflictos trágicos. La negación del fenómeno de la inconmensurabilidad (que aquí asocio a “incomparabilidad”) y de los empates embiste directamente contra la posibilidad de que haya dilemas genuinos. Los dilemas pueden ser genuinos, por ejemplo, porque las alternativas en juego sean incomparables o bien porque cada alternativa en conflicto tiene tanto peso como la otra y tomada, en sí misma, tiene la misma justificación. Por cierto que la justificación de cada alternativa tiene que

¹⁸ DWORKIN, Ronald, “Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 1, 2004, pp. 1-37.

ver con las “razones” que las sustentan. Las alternativas, sin embargo, pueden tener dos tipos de pretensiones diferentes. O bien un dilema es genuino porque ambas alternativas gozan de la misma “pretensión de corrección”¹⁹ o bien porque ambas alternativas son igualmente “incorrectas”, tal el caso típico de la “elección de Sofía”.²⁰ Mi impresión es que en su rechazo a conflictos trágicos o a situaciones de empate Dworkin no hace esta distinción.

En lo que sigue quiero diseñar un esquema conceptual general que reconstruya algunos de los principales argumentos que Ronald Dworkin suministra para eliminar los posibles desafíos a la racionalidad que opondrían los conflictos trágicos. Quiero comenzar, a este punto, con el capítulo 13 de sus *Derechos en Serio*, sobretodo porque creo que, después de esta obra, Dworkin no llevó mucho más lejos sus planteos. *Law's Empire* sería un ejemplo de lo que digo.

II. LA TESIS DE UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

En el capítulo al que me refiero, él se propone refutar aquellas objeciones según las cuales en los casos difíciles no hay una única respuesta correcta sino solo “respuestas”.²¹

Una de las objeciones a su tesis de la respuesta correcta, recuerda Dworkin, consiste en sostener que una “elección” entre valores o principios en conflicto no venga impuesta por la *razón* pues en rigor la elección misma sería la “razón última”.²²

Si todo lo que hay es pura “elección”, lo único, dice Dworkin, que el público tiene derecho a esperar es que esta elección sea “sincera” y esté tomada en un momento de calma, libre de prejuicios, pasión o fanatismo.

¹⁹ Por ejemplo, ésta es la idea que Hegel tenía de la tragedia. Para Hegel tanto la pretensión de Antígona como la de Creonte son correctas por distintas razones. Véase STEINER, George, *Antígonas. Una poética y una filosofía de la lectura*, traducción de Alberto Bixio, Barcelona, Gedisa, 1996, pp. 31 y ss.

²⁰ Sofía es una mujer judía que está alojada coactivamente en un campo de concentración nazi junto a sus dos hijos. Uno de los guardas nazis le “ordena” matar a uno de sus hijos, si no hiciera esto, él mismo se encargará de matar a ambos. La referencia a este caso la tomo de MCCONNELL, Terrance, *Moral Dilemmas*, *op. cit.*, p. 2.

²¹ DWORKIN, Ronald, “¿Pueden ser controvertibles los derechos?”, en *Los Derechos en Serio*, traducción de Marta Guastavino, Barcelona, Planeta Agostini, 1993, p. 396.

²² *Idem.*

Traduciendo la idea de Dworkin se podría decir que, si la elección no se apoya en razones, al menos que se apoye en lo que, parafraseando a Hume, se puede llamar “pasiones serenas”.

Aunque la tesis de los sentimientos o de la elección pura no es nueva, piénsese en las versiones que ha tenido en autores distintos como Hume, Kierkegaard o Sartre, Dworkin declara que él no respeta tan “modestos sentimientos”.

Para mostrar en qué fracasaría la tesis de que hay *respuestas*, en vez de *una* respuesta, Dworkin reconstruye cuáles son los argumentos en que descansa la tesis de la pluralidad de respuestas. En particular él reconstruye dos argumentos. A uno lo califica de “práctico” y al otro de “teórico”.

El práctico “concede, a modo de argumento, que en principio pueda haber una única respuesta correcta a un punto jurídicamente controvertible. Pero insiste en que es inútil decir que las partes tengan derecho a esa respuesta, puesto que nadie puede estar seguro de cuál es la respuesta correcta”.²³ Lo que Dworkin califica del argumento práctico no es más que una versión del déficit epistémico de agentes que tienen que tomar decisiones en situaciones controvertibles.

Según Dworkin este argumento es “fácilmente rebatible”. Para mostrarlo se detiene en lo que llama la “tesis de la no respuesta correcta”.²⁴ Para examinar dicha tesis él se formula tres preguntas cruciales respecto de las cuales está interesado en ver el tipo de relaciones que las unen. Estas preguntas son: *a)* ¿Hay alguna vez discrepancia entre juristas razonables respecto de si un litigante en un caso difícil tenga derecho a ganar, incluso después de que se ha llegado a un acuerdo sobre todos los hechos, entre ellos los hechos de la historia institucional?; *b)* ¿Es posible que un litigante tenga derecho a ganar un caso difícil aunque los juristas razonables discrepen tras haberse llegado a un acuerdo sobre todos los hechos?; y *c)* ¿Es sensato o justo que el estado haga valer la decisión de determinado grupo de jueces en un caso difícil, aun cuando un grupo diferente igualmente razonable y competente, hubiera llegado a una decisión diferente?²⁵

Según Dworkin, el argumento práctico supone que una respuesta positiva a la primera pregunta debe excluir una respuesta positiva a la ter-

²³ *Ibidem*, p. 397.

²⁴ *Ibidem*, p. 398.

²⁵ *Idem*.

cera aun cuando se haya dado una respuesta positiva a la segunda. Pero para él en esta forma de pensar hay un evidente error. Porque es necesario dar una respuesta positiva a la segunda para estar habilitado a dar una respuesta positiva a la tercera. ¿Cuál es el motivo de esto? Que, “si los litigantes en un caso difícil no puede tener derecho a una decisión determinada, es tan insensato como injusto dejar que el pleito entre ambos sea resuelto por una decisión controvertible...”²⁶

Repárese en la última parte del contra-argumento de Dworkin. Él cree inaceptable que el derecho de un litigante a ganar un caso en un caso controvertible tenga que cuajar con la aceptación de una decisión que podría resultar controvertible. Esto, dice él, no sería sensato ni justo.

En mi opinión, las consideraciones de Dworkin son más que conceptuales de “deseabilidad valorativa”. Esto se vuelve claro cuando él completa su contra-argumento sosteniendo que, aunque la corrección de una decisión nunca pueda ser demostrada a satisfacción de todos los demás juristas, sin embargo, “es mejor dejar en pie esa decisión que asignársela a alguna otra institución, o pedir a los jueces que decidan basándose en fundamentos políticos o de alguna otra manera que no les exija (atenerse a) su mejor juicio en lo referente a los derechos de las partes”.²⁷

En este contra-argumento Dworkin sugiere dos aspectos que considero importantes. El primer aspecto es muy conocido en la posición de Dworkin y postula que una proposición puede ser correcta aun si esto *no ha podido ser demostrado*. El segundo aspecto pone de manifiesto cuán importante es para un jurista la dimensión “institucional” del derecho, incluso para uno *presuntamente* antipositivista como Dworkin. El argumento de Dworkin es que, por más controvertibles que puedan ser las decisiones judiciales, es mejor confiárselas a los jueces. Pero esto no es más que una respuesta gremial en pro de un tipo de diseño institucional determinado. Confunde el problema conceptual acerca de si hay casos que no tengan respuesta correcta con dos cuestiones: que aun si no hubiera respuestas correctas ellas son deseables y segundo que este tipo de respuestas –aun si no son claramente correctas– es mejor depositarlas en manos de los jueces.

Pero este argumento “conservador” en cierto sentido necesita más respaldo, además del hecho de que la confusión entre los aspectos con-

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 399.

ceptuales e institucionales a los que me refiero no despejan el desafío a la tesis de una única respuesta correcta. Los casos difíciles y los trágicos, si tienen sentido, es para poner en duda la posibilidad de respuesta correcta. Responder a esto con que es mejor tener jueces que se hagan cargo del problema es algo parecido a decir que “no puede haber lagunas porque hay jueces o que no debe haber agujeros en los pantalones porque hay sastres”.

El otro tipo de argumento al que Dworkin intenta constestar, es el que él califica de “teórico” y tiene, a su juicio, mayor peso que el práctico. Este argumento “sostiene que la segunda de las tres cuestiones que él distinguió debe ser respondida por la negativa. Si es inherentemente controvertible que alguna de las partes tenga un especial derecho político o jurídico, entonces, de acuerdo con este argumento, no puede ser cierto que el litigante tenga tal derecho”.²⁸

Dworkin entiende que la naturaleza de este argumento es bizarra si uno hace un contraste con la práctica ordinaria no solo del derecho sino con respecto a otras prácticas como la que desarrollan historiadores o científicos. Por ejemplo, según Dworkin, “historiadores y científicos suponen que lo que dicen puede ser verdad aun cuando esa verdad no pueda ser demostrada de la manera que exige el argumento teórico”.²⁹ Desde luego, admite Dworkin, que de aquí no puede derivarse tan fácilmente un rebatimiento para la tesis de la “no respuesta correcta”. Él sostiene que

si alguna teoría filosófica nos obliga a conceder que una proposición no puede ser verdadera a menos que haya alguna prueba aceptada mediante la cual pueda ser demostrada su verdad, entonces tanto peor para la experiencia ordinaria, incluida la experiencia jurídica ordinaria. Pero felizmente las cosas son al revés. El argumento teórico no es tan compulsivo que nos obligue a rechazar la experiencia ordinaria.³⁰

Para mostrar por qué el argumento teórico no es tan apremiante como pudiera pensarse Dworkin diseña un experimento mental según el cual es posible imaginar a un filósofo que acude a una convención de jueces y les dice que ellos han cometido un error muy grave: “ellos

²⁸ *Idem*.

²⁹ DWORKIN, Ronald, ¿Pueden ser controvertibles los derechos?, *op. cit.*, p. 400.

³⁰ *Ibidem*, p. 401.

piensan que hay una respuesta para una cuestión jurídica difícil, cuando en realidad no hay una respuesta correcta, sino solamente respuestas. Los jueces se equivocan al pensar que en los casos difíciles alguna proposición jurídica en particular pueda ser verdadera, de manera que su contraria es falsa”.³¹

El argumento del filósofo, si tiene fuerza, destrozaría la tesis de la única respuesta correcta pues triunfaría, entonces, la tesis de que hay espacio para la “indeterminación” del derecho, donde a ciencia cierta no pueda saberse si una proposición es verdadera o falsa. Dworkin desarrolla argumentos específicos en contra de las tesis indeterministas, especialmente de las que son asociadas con el fenómeno de la *vaguedad*, en su conocido artículo “Is there no really right answer in hard cases?”. Algo diré sobre este artículo más adelante. Ahora no necesito contar los argumentos de Dworkin, todos los cuales son lanzados para mostrar que la vaguedad es aparente. Ahora quiero volver a su línea de argumentación, siguiendo con el ejemplo del filósofo que desafía a los jueces a pensar que lo que ellos creen que es una respuesta correcta, no es más que pura retórica encubridora de meras expresiones de deseo.

Cuando alguien, como el filósofo del experimento mental dworkiniano, dice que una proposición “no es ni verdadera ni falsa”, que es precisamente lo que podría afirmarse respecto de la 'solución' a un caso trágico, lo que está diciendo presupone la formulación de un juicio de “empate”.³² Veamos esto.

III. LOS JUICIOS DE EMPATE

Un “juicio de empate”, como el que propugnaría el filósofo en su desafío es, para Dworkin, “del mismo carácter que el juicio según el cual una u otra de estas proposiciones contrarias es verdadera y la otra es falsa”.³³ En rigor estos juicios podrían verse con relación a grados de “confianza” de los jueces en que sus convicciones sobre la validez de las pretensiones de las partes son correctas o incorrectas. En el “centro” de esta escala de confianza imaginaria se encontraría el “juicio de empate” que configura un juicio de “no respuesta correcta”. Pero este juicio, ad-

³¹ *Ibidem*, p. 402.

³² *Ibidem*, p. 403.

³³ *Ibidem*, p. 404.

viértase, es para Dworkin “del mismo carácter” que los otros dos: es un juicio que afirma que no hay respuesta correcta y es un juicio que “pretende ser *la* respuesta correcta”.³⁴ Pero además, arguye Dworkin, este juicio de empate del tipo “yo *no veo* ninguna diferencia entre el peso de las razones alegadas por el actor respecto de las razones alegadas por el demandado” es *distinto* del juicio según el cual “no es ni verdadero ni falso que las razones del actor sean tan buenas o mejores que las del demandado y viceversa”.³⁵

Conforme a Dworkin uno podría luego mostrar que una de las partes tiene razones que, en realidad, son de *mayor peso*. Si es así, el juicio que veía un empate no es el que resultaría falsificado sino el que sostenía que no había proposiciones ni verdaderas ni falsas.

Pero es sobre todo la idea de que los juicios de empate son del mismo carácter que los otros dos lo que Dworkin quiere resaltar. Siendo así las cosas, este juicio también es igualmente falible.³⁶ Dworkin añade dos argumentos adicionales a esta línea de pensamiento

El primero es que los “empates” son situaciones “más raras” de lo que pudiera pensarse.³⁷ El segundo es que los “filósofos” que desafían la práctica, sosteniendo que los jueces se “equivocan” al creer que hay “una respuesta correcta”, no pueden hablar *desde* la filosofía sino que, en realidad, siempre están hablando *desde el centro de la empresa judicial misma*.

En lo que atañe al primer argumento la idea es que los empates tienen que ser necesariamente situaciones raras en los sistemas jurídicos que Dworkin llama “evolucionados” y “complejos”.³⁸ No sé hasta qué punto es claro qué entiende Dworkin por sistemas así. Probablemente él tenga en mente dos tipos de cosas con esta idea: primero que tales sistemas no solo incluyen reglas sino también principios (es lo que Hart llama la versión “holista” de los sistemas que Dworkin compartiría con Pound). Segundo, que en los sistemas jurídicos los juristas activan dos dimensiones en su reconstrucción de la respuesta correcta: la dimensión

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*, pp. 404-405.

³⁶ *Ibidem*, p. 405.

³⁷ Véase sobre esto la réplica de Dworkin a la objeción de Mackie en “Mackie y el juego de las dos barajas”, en “Réplica a los críticos”, *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, p. 486.

³⁸ Ver la réplica a “Munzer y la tesis de la única respuesta correcta”, en “Réplica a los críticos”, *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, p. 457.

del “ajuste” y la dimensión de la “moralidad política”.³⁹ Ambas dimensiones, conocidas por aquellos que están educados en la teoría de Dworkin, pueden hacer que dos justificaciones “igualmente buenas” (un caso de empate) se desequilibre un tanto hasta dar mayor peso a alguna de las tesis que se encuentran en un empate aparente. Esto a Mackie le suena como una “métrica” muy simple⁴⁰ que supone rápidamente algo que todavía hay que probar: que las tesis en juego son “comparables”.⁴¹

No necesito contar aquí la réplica que Dworkin efectúa de la objeción de Mackie. Más bien, quiero recordar que en “Is there no really right answer in hard cases?” Dworkin usa un ejemplo en que un “crítico literario” –un *alter ego* del “filósofo” que habla “fuera” de las prácticas– cuestiona que haya respuesta correcta a la pregunta del “tipo de sangre” que tendría David Copperfield.⁴²

En este artículo Dworkin descarta que realmente no pueda haber razones que permitan realizar una discriminación que en el caso permita arribar a una respuesta correcta.⁴³ De manera que Dworkin desestima que en los empates triunfe un juicio de “indiferencia”.⁴⁴

IV. EN CONTRA DE LOS FILÓSOFOS ARQUIMEDIANOS

Pero Dworkin completa su idea con el argumento dos según la cual el crítico literario o el filósofo al defender la tesis una “no respuesta correcta” sustenta un juicio del *mismo carácter* que los juicios de respuesta correcta de los *participantes* de la práctica.

Recuérdese que la tesis de la “no respuesta correcta”, en opinión de Dworkin, pretende ser *la* respuesta correcta. Para Dworkin resulta una ficción pensar que esta respuesta del filósofo o el crítico literario es “ex-

³⁹ DWORKIN, Ronald, “Is there no really right answer in hard cases?”, in *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 143.

⁴⁰ Ver Dworkin, Ronald, “Mackie y el juego de las dos barajas”, en “Réplica a los críticos”, *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, p. 486.

⁴¹ Ver *Ibidem*, p. 458.

⁴² DWORKIN, Ronald, “Is there no really right answer in hard cases?”, *op. cit.*, p. 142. El ejemplo es recordado en *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, pp. 456-457 en la respuesta a Munzer.

⁴³ DWORKIN, Ronald, “Is there no really right answer in hard cases?”, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁴ Ver DWORKIN, Ronald, “Réplica a Munzer y la tesis de la única respuesta correcta”, en “Réplica a los Críticos”, *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, p. 462.

terna” a la práctica. Sus respuestas son tan “internas” como las otras, se dan “dentro⁴⁵ de la empresa⁴⁶”, y “compiten” con las otras respuestas. Como puede verse, este segundo argumento no parece impugnar tanto la idea de que no haya respuesta correcta como la forma bajo la cual se presenta el argumento. En rigor, lo que Dworkin cuestiona es la pretensión “arquimediana” de los filósofos según la cual ellos hablan “fuera” de las prácticas que examinan.

En “The Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy” Dworkin ha fustigado especialmente el arquimedeanismo, sosteniendo un anti-arquimedeanismo según el cual no hay distinción alguna entre las teorías filosóficas y las posiciones de los participantes de una práctica.⁴⁷ Esto vale para tanto para las teorías filosóficas del derecho y de la política como las teorías éticas, con lo cual para él, en este último respecto, no habría distinción que hacer entre “meta ética” y “ética”. No sé hasta qué punto son compulsivos los argumentos dworkinianos en contra del arquimedeanismo. Tengo muchas dudas para aceptarlos tan rápidamente. Ello además del hecho de que el “conservatismo filosófico”⁴⁸ que subyace al mismo no me parece una opción filosófica que haya que aceptar *sin más*.

Con lo dicho no estoy afirmando que el arquimedeanismo y conservatismo filosóficos sean posturas filosóficas desechables; lo que quiero decir es que no estoy seguro de hasta qué punto los argumentos de Dworkin son los mejores para defender estas posturas. Pero desde luego la cuestión es compleja y los argumentos dworkinianos requieren de un análisis que aquí no puedo efectuar.

Sólo quiero destacar que, nuevamente, se advierte una confusión de cuestiones: por un lado la cuestión de si hay respuesta correcta o no para casos difíciles, con el hecho de que la tesis de la no respuesta correcta no puede darse fuera de una práctica.⁴⁹

⁴⁵ DWORKIN, Ronald, “Is there no really right answer in hard cases”, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, pp. 407; 457 de respuesta a Munzer.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald, “Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, núm. 1, 2004, pp. 1-3.

⁴⁸ Ver sobre esto STANLEY, Clarke, y Evan SIMPSON, (eds.), “Introduction. The Primacy of Moral Practice”, en *Anti-Theory in Ethics and Moral Conservatism*, State University of New York Press, 1989, pp. 1-25.

⁴⁹ Más perplejidad me causa la idea de que *todos* aquellos que *pretenden* dar respuestas “externas” a las prácticas, y que por tanto son “arquimedeanos”, se parecen mucho

Para Dworkin, un filósofo que sostiene que habla desde el “exterior” de la práctica, al sostener que hay respuestas pero no una respuesta correcta, es alguien que endereza un “ataque en profundidad a la racionalidad misma de la empresa”.⁵⁰

Aquí hay dos cuestiones. La primera es si cuestionar la “racionalidad” de una empresa, en este caso su capacidad de dar respuestas unívocas a todos los casos, especialmente los difíciles, es algo que *deba* darse desde *dentro* de la empresa. La segunda es cómo se debería interpretar este cuestionamiento a la racionalidad.

La primera cuestión me parece demasiado intrincada y profunda y aquí no puedo dedicarle un análisis exhaustivo. Si quisiera sugerir que la crítica de Dworkin no parece afectar el hecho de que tenga pleno sentido cuestionar desde fuera la racionalidad de una práctica. Entre otras cosas, si una crítica externa tiene sentido es porque un cuestionamiento “interno” a la racionalidad de una práctica podría ser dificultoso en la medida en que, tales cuestionamientos, pueden volverse sutilmente permeables a la tendencia a “conservar” una práctica tal cual está, acudiendo incluso a hipótesis *ad-hoc* que la defiendan de “ataques” externos. Pero además tengo que recordar que la idea de estar “fuera” de la práctica no implica que uno se desentienda de los puntos de vista de los participantes. Más bien se trata de idear un recurso para ver las cosas con más objetividad. Precisamente, en *Las Cartas Persas* Montesquieu muestra cómo dos persas pueden hablar profundamente de la realidad francesa en un sentido más objetivo del que serían capaces los franceses mismos. El recurso, por supuesto, es un artilugio teórico de Montesquieu que procura hacer factible su actividad como filósofo (arquimediano).

En lo que concierne a la segunda cuestión, se debería ser cuidadoso en la interpretación del *alcance* de una crítica a la racionalidad de un sistema. Un cuestionamiento así no necesariamente debe verse como expresión de un “escepticismo radical”. Del cuestionamiento a la idea de que no siempre hay respuesta correcta, no se sigue necesariamente una defensa de la “irracionalidad” *in totum*. Antes bien, como Jon Elster ha sostenido en *Juicios Salomónicos*, cuestionar las posibilidades de la

a los filósofos que sostienen la creencia en un derecho natural objetivo, esto es, “independiente” de las convenciones sociales. DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, p. 409.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, *op. cit.*, p. 407.

racionalidad es denunciar sus límites y ser conscientes de estos límites es una salvaguardia “racional” para no ser “irracional”. Ser “irracional”, según Elster, es creer que *siempre la razón* da respuestas. Si esto es así, la afirmación dworkiniana de que la tesis según la cual en casos difíciles hay respuestas y no una respuesta ataca *en profundidad la racionalidad misma de la empresa* parece un tanto exagerada.

Por el contrario, me inclino a pensar que es el primer argumento de Dworkin el más pertinente para dar batalla a aquellos que niegan que haya respuesta correcta para todos los casos difíciles. Su argumento es que un sistema jurídico evolucionado esto tiene que resultar extraño.

Ello así porque Dworkin confía en dos cosas: por un lado, que la práctica contiene una suerte de regla tácita que prohíbe los empates,⁵¹ por otro lado, que los jueces “si lo meditan con calma y con tiempo, llegarán a pensar que, todo sopesado, una u otra de las partes tiene el mejor conjunto de razones alegadas”.⁵²

Es decir: el empate habría sido una situación provisoria. Pero aun si hubiera un resquicio para algún tipo de situación como los empates, ello haría que la tesis del filósofo de que no hay respuesta correcta tenga que ser morigerada hasta un extremo más modesto.⁵³ él no niega que haya respuesta correcta en “todos” los casos difíciles sino en algunos particularmente recalcitrantes. Aunque este resquicio puede desaparecer, sostiene Dworkin, si los jueces se mueven en un sistema jurídico evolucionado.

En otras palabras, para Dworkin la cuestión del empate, que podría ser alguna versión de un conflicto trágico genuino, o bien es imposible o bien es posible en situaciones sumamente excepcionales en que no funcionara aceitadamente la idea de que hay un sistema jurídico evolucionado.

V. RECHAZO A LOS DILEMAS MORALES GENUINOS O DE CÓMO LLEVARLOS A SU MÍNIMA EXPRESIÓN

Ahora bien, casi al final de “Is there no really right answer in hard cases?” Dworkin admite la posibilidad de que haya casos realmente

⁵¹ *Ibidem*, pp. 406-407.

⁵² *Ibidem*, p. 406.

⁵³ *Ibidem*, p. 407.

difíciles. Esto, dice él, podría deberse a algún tipo severo de “indeterminación” en teoría moral; tal el caso, por ejemplo, de la “incommensurabilidad”.⁵⁴

Pero si éste fuera el caso, aun no se siguen consecuencias fatales para la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin. Si uno sigue el vocabulario que Ruth Chang en su “Introduction” a *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Dworkin sería un defensor de la posibilidad de commensurabilidad o comparabilidad.⁵⁵

En efecto, en “Do liberal values conflict?” Dworkin enfrenta la concepción de Isaiah Berlin según la cual hay conflictos trágicos, esto es, conflictos con valores incommensurables y con elecciones trágicas que producen daños irreparables. No puedo aquí contar con detalle uno por uno los argumentos que Dworkin utiliza para intentar desactivar este pensamiento.

Su idea primordial es que los conflictos trágicos genuinos y el argumento de la incommensurabilidad son tributarios de *una concepción* de los valores que no necesariamente es irrefutable. Hay otra concepción de los valores, que él denomina, siguiendo la huella de *Law's Empire*, como “interpretativista”.

Uno podría ser tentado a pensar que el *interpretativismo* de Dworkin es una rara amalgama de “constructivismo” y “realismo moral”. Pero no es éste el sitio para ver si esto es así. Más bien, me interesa señalar que Dworkin se esfuerza por mostrar que la commensurabilidad es posible; no creerlo no obedece a las entidades que se pretendan comparar sino a un tipo constitutivo de concepción equivocada de los valores.

Dworkin hace un llamado a refinar las “concepciones morales y políticas” que los agentes de una práctica posean en una “red de convicciones compartidas” que les permita repeler fenómenos como la incommensurabilidad o los dilemas morales genuinos. Este “refinamiento” tiene que estar guiado por un conjunto de valores relativos al “florecimiento de los agentes morales como seres humanos”.

De acuerdo con Dworkin son estas “convicciones” reformuladas las que ayudan a ver por qué valores como la libertad y la igualdad no tienen por qué colisionar o considerarse incommensurables.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald, “Is there no really right answer in hard cases”, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁵ CHANG, Ruth, “Introduction”, en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, editado por Ruth Chang, Harvard University Press, 1997, pp. 1-34.

Creo que el papel de las “convicciones morales” al que, de una u otra manera Dworkin apela, es algo que suele estar descuidado en el debate de sus ideas. ¿Hasta qué punto su “red de convicciones” no es un “intuicionismo moral disfrazado como ha sugerido explícitamente Hare?”⁵⁶

Si Hare tiene razón en esto, también podría tenerla en otro punto relevante para debatir las ideas de Dworkin, a saber: que el intuicionismo, en el fondo, no se apoya más que en sentimientos compartidos de los filósofos que los sustentan. Y, si esta afirmación tuviera crédito, ¿en qué lugar queda la réplica de Dworkin a aquellos que sustentan que no hay respuestas correctas?

Recuérdese que, según Dworkin, los que sustentan la tesis de que hay “respuestas” y no “una respuesta” terminan avalando que el papel en la solución de un conflicto lo tenga la “elección” y no la “razón”. Una elección, sin razones, es una elección que se apoya en un acto de voluntad con un contenido determinado dado por ciertos sentimientos. ¿Por qué no pensar que lo que Dworkin llama “convicciones morales” no es más que un nombre para este tipo de sentimientos?

Si fuera el caso uno podría pensar como Sartre quien, en *El Existencialismo es un Humanismo*,⁵⁷ defiende el papel de los sentimientos en la elección de uno de los valores en pugna en un caso trágico. Sartre sostiene que hay que dejarse guiar por los sentimientos que orientan en un sentido determinado de la elección. Éste sentido, habitualmente, es el obtenido mediante una determinada “educación moral”. Esta educación moral, como no puede ser de otro modo, es “relativa” a la cultura en que la gente se educa (por ejemplo, la cultura americana desde la que Dworkin habla). Si es así, las convicciones de Dworkin llevarían, como dice Hare respecto del intuicionismo, al “relativismo moral”. No sé cuán lejos se pueda llevar esto en Dworkin. Pero en todo caso, su tesis de las convicciones morales dista de ser clara porque el tipo de convicciones que él ejemplifica parecen claramente reflejadas en una cultura como la norteamericana bajo la interpretación liberal de Dworkin. Pero esto es un problema porque Dworkin pretende que estas convicciones, expresadas en concepciones que los participantes de una práctica refinan inter-

⁵⁶ HARE, Richard, “¿Cómo resolver los problemas morales racionalmente?”, en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*, León Olivé (Compilador), México, Siglo XXI Editores, 1988, p. 60.

⁵⁷ SARTRE, Jean Paul, *El Existencialismo es un Humanismo*, traducción de Manuel Lamana, Buenos Aires, Losada, 2003.

pretativamente, reflejen lo que *realmente* son valores como la libertad y la igualdad. Esto parece comprometer su tesis con una doctrina como la del “realismo moral”. Lo extraño es que el contenido del realismo moral tenga que coincidir con el tipo de concepciones que se podrían defender con una determinada interpretación de los valores *relativa* a una cultura determinada.