

CAPÍTULO QUINTO
LA TESIS DE LAS CONSECUENCIAS MORALES
PROVECHOSAS Y UNA INTRODUCCIÓN
A LA METODOLOGÍA DWORKINIANA

I. Evaluación e identificación: el argumento de Schauer a partir de las consecuencias morales provechosas.	106
II. Evaluación e identificación: la postura de Dworkin	118
III. Dworkin y la tesis de las consecuencias morales provechosas	125

CAPÍTULO QUINTO

LA TESIS DE LAS CONSECUENCIAS MORALES PROVECHOSAS Y UNA INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DWORKINIANA

Como mencioné en la síntesis suministrada al final del capítulo primero,¹⁰⁷ el presente capítulo sirve en el libro como una especie de puente entre las observaciones hechas por Finnis al enfoque de evaluación indirecta para la teoría jurídica discutido en los capítulos segundo a cuarto, y las observaciones de Dworkin a dicha postura, mismas que serán abordadas en el siguiente capítulo. Vistas las primeras dos de tres cuestiones en las que desmenuzamos la pregunta: “¿podemos tener una explicación adecuada del derecho “como es” distinta a la de “como debe ser”?” —*i. e.*, la tesis de la evaluación moral y tesis de la justificación moral— en el contexto del debate Finnis-Raz, el presente capítulo aborda la tercera cuestión, es decir, la tesis de las consecuencias morales provechosas. Por lo anterior, el tema que ahora abordamos es si juicios valorativos en torno a los beneficios morales de adoptar una determinada teoría del derecho pueden legítimamente jugar un papel para determinar el éxito de las teorías del derecho. Recapitulemos: las razones para abordar dicho tema en este capítulo que sirve de puente, y antes de examinar las tesis de la evaluación moral y justificación moral a la luz de las ideas

¹⁰⁷ Véase capítulo primero, sección IV.

de Dworkin, son dobles. Antes que nada, la tesis de las consecuencias morales provechosas en ocasiones se confunde con la primera de las tres cuestiones que este libro aborda, es decir, si un teórico del derecho necesita evaluar moralmente al derecho para entenderlo adecuadamente. Dado lo anterior, creo que el contraste entre las dos cuestiones puede salir a la luz de manera más clara si discutimos primero la tesis de la evaluación moral y después damos una introducción y explicación de la tesis de las consecuencias morales provechosas. Por otra parte, uno de los argumentos principales que discuto al considerar la tesis de las consecuencias morales provechosas proporciona un buen recibimiento a la postura de Dworkin.

Por lo antes mencionado, inicio discutiendo una versión de la tesis de las consecuencias morales provechosas y ofrezco un comentario crítico al respecto. Inmediatamente después, introduzco la postura metodológica de Dworkin y considero si existen en ella rastros de una especie de argumento proveniente de las consecuencias morales provechosas. Al contestar la anterior interrogante negativamente, este capítulo deja el campo libre para el siguiente, en el cual regreso a los argumentos de las tesis de la evaluación moral y justificación moral y la naturaleza de la teoría jurídica de evaluación indirecta, lo anterior a la luz de las ideas de Dworkin.

I. EVALUACIÓN E IDENTIFICACIÓN: EL ARGUMENTO DE SCHAUER A PARTIR DE LAS CONSECUENCIAS MORALES PROVECHOSAS

¿Pueden legítimamente figurar juicios valorativos que giran en torno a ciertas consecuencias morales provechosas que se obtienen al adoptar una determinada teoría del derecho en los criterios para determinar el éxito

de las teorías del derecho? Algunos de los puntos que señala Schauer en su artículo “Positivism as Pariah”¹⁰⁸ indican que él respondería la pregunta en sentido afirmativo.

En dicho artículo, Schauer pretende defender al positivismo jurídico de ciertas críticas que en ocasiones se le formulan, por ejemplo, que dicha forma de entender al derecho facilita una complicidad por parte de los oficiales del derecho con leyes inmorales, o bien, que por lo menos al positivismo jurídico en relación con este tema se le tiene que atribuir el tener consecuencias morales más peligrosas que sus rivales iusnaturalistas, o bien, antipositivistas. Como documenta Schauer, tales críticas al parecer son formuladas conforme a la idea de que dado que el positivismo jurídico no exige que los oficiales del derecho sometan a escrutinio moral las normas jurídicas para identificar qué es, el enfoque positivista facilita la aplicación acrítica del derecho por parte de los oficiales, independientemente de su naturaleza inmoral o consecuencias que pudieran generarse.¹⁰⁹

Entendido de esta forma, podemos decir que el anterior argumento implica un *non sequitur*, dado que no reconoce la necesidad de apartar la pregunta concerniente a cómo ha de identificarse el derecho, de la pregunta bastante diferente que gira en torno a si debe o no aplicarse (o obedecerse no desde el punto de vista de los oficiales, sino de acuerdo a aquellos sujetos al mismo), una

¹⁰⁸ Schauer, F., “Positivism as Pariah”, en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

¹⁰⁹ Schauer, *op., cit.*, nota 108, p. 35. Schauer menciona a Gustav Radbruch, Lon Fuller, Robert Cover y Pierre Schlag como los críticos del positivismo jurídico en este sentido. Para ver la lista completa de los críticos del positivismo que apunta Shauer, véase Schauer, *ibidem*, notas 7 a 10, pp. 49 y 50.

separación que el positivismo jurídico reconoce claramente.¹¹⁰ También Schauer señala que los anteriores argumentos adversos al positivismo son falsos y que descansan en una percepción errónea de dicho enfoque. Aunque ciertamente coincido con esta conclusión, me gustaría resaltar algunas dificultades en torno a los movimientos argumentativos que Schauer hace al absolver la empresa positivista, *dificultades* que finalmente guardan una relación con la presente discusión en torno a la tesis de las consecuencias morales provechosas.

Un error mortal en el argumento de Schauer es su aseveración de que el positivismo jurídico, lejos de animar una recepción acrítica del derecho, de hecho promueve sujetarlo a un escrutinio moral crítico. La supuesta razón para fundamentar lo anterior es la tesis conocida como tesis social, *i. e.*, la postura positivista de que lo que es derecho en una jurisdicción específica se determina por cuestiones de hecho social.¹¹¹ Schauer sostiene que de acuerdo a la tesis social, la identificación del derecho descansa finalmente en hechos sociales en lugar de una labor de argumentación moral, por lo que la certificación de algo como derecho no tiene importancia moral y es un hecho social moralmente neutro.¹¹²

¹¹⁰ Véase, *e. g.* Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *cit.*, nota 5, p. 593; así como Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, nota 14, pp. 207-212.

¹¹¹ *Nota bene*: la tesis social adquiere una forma distinta en el trabajo de diferentes positivistas jurídicos. Compárese, por ejemplo, la versión que se encuentra en el positivismo jurídico “excluyente” de Raz (en Raz, J., *The Authority of Law*, *cit.*, nota 53, capítulo 3), con aquella versión defendida por un positivismo “suave” o “incluir” o “incorporativista” (véase *e. g.* Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 14, pp. 250-254; Waluchow, W., *op. cit.*, nota 80; y Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, vol. II, 1982, p. 139).

¹¹² Schauer, *op. cit.*, nota 108, p. 37. El lector interesado en este tema quizás desee comparar esta postura con el punto de vista de

Esto, a su vez, confirma el proyecto positivista de “distinguir entre las condiciones para la validez de las condiciones para la moralidad”,¹¹³ lo cual proporciona una consecuencia provechosa de promover la claridad y facilitar someter al derecho a un escrutinio moral crítico, de esta forma el positivismo jurídico permite conocer claramente lo que es el derecho, antes de considerar sus méritos o falta de; lo anterior a través de la separación de ciertas adscripciones de valor moral y su estatus jurídico.

El argumento de Schauer al parecer deriva de la idea de que si vamos a examinar algo críticamente, entonces resulta provechoso tener una idea clara de su naturaleza para que con ello el escrutinio se pueda dirigir a algo que tenemos claramente enfocado en la mira. Este autor señala que es ventajoso identificar al derecho de una forma que nos permita no infiltrar una presunción de mérito moral, lo cual hace posible suspender nuestro juicio moral hasta que tengamos una idea clara de qué es lo que se va a juzgar.¹¹⁴ De esta forma, la labor importante de someter a una crítica moral parte del derecho se beneficia al identificarla sin tener nuestras facultades morales ocupadas. Debido a que esta manera de identificar al derecho es una de las tesis centrales del positivismo jurídico, este enfoque para entender el dere-

Raz que señala: “La tesis que sostiene que lo que es derecho y lo que no es derecho es una cuestión estrictamente de hechos sociales, deja pendiente la pregunta de si dichos hechos sociales a través de los cuales identificamos el derecho o determinamos su existencia lo dotan o no de mérito moral. Si lo anterior es el caso, por necesidad goza de una naturaleza moral” (Raz, J., *The Authority of Law*, cit., nota 53, pp. 38 y 39. También véase en este sentido Raz, J., *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Princeton, N. J., Princeton University Press, 1990, pp. 165-170.

¹¹³ Schauer, *op. cit.*, nota 108, p. 38.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 42.

cho puede apoyarse en el argumento que desarrolla Schauer en nombre de la tesis social.

Por tanto, el argumento de Schauer sobre las consecuencias provechosas de la tesis social tiene una importancia sobre la pregunta concerniente a los criterios que utilizamos para evaluar el éxito de las teorías del derecho. De acuerdo con este autor, es una característica deseable el que las teorías del derecho suscriban la tesis social, porque esta última tiene la ventaja de promover claridad y a su vez facilita el escrutinio moral del derecho. Esta habilidad de proporcionar las herramientas para pensar críticamente sobre la validez, moralidad y las relaciones entre ambas, es para Schauer uno de los criterios de acuerdo a los cuales podemos calificar una teoría como exitosa en relación con sus rivales. Por lo anterior, podemos decir que Schauer suscribe la tesis de las consecuencias morales provechosas: él piensa que la consecuencia moral provechosa de pensar más clara y críticamente sobre el derecho puede constituir una base para adherirse al positivismo jurídico o, puesto de una manera distinta, puede figurar legítimamente entre los criterios utilizados para determinar el éxito de una teoría del derecho.

Al argumentar a favor de la tesis social con fundamento en la noción de que suscita una mayor claridad y una mejor reflexión crítica del derecho, Schauer hace eco de un argumento conocido en varias ocasiones a favor del positivismo jurídico en el curso reciente de la historia iusfilosófica.¹¹⁵ Sin embargo, hacer este argu-

¹¹⁵ En ocasiones, una versión de este argumento se le atribuye o es hecho por Hart de acuerdo a una lectura muy peculiar de Hart, *op. cit.*, nota 14, capítulo 9, sección 3 y Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *cit.*, nota 5, sección IV, 1958, p. 593. La existencia de tales atribuciones a Hart, y al positivismo jurídico, en general, es resaltado por Lyons, D., "Moral Aspects

mento a favor del positivismo jurídico quizás sea ofrecerle el cáliz envenenado, porque el punto que esgrime Schauer a favor de la tesis social al parecer cae en una petición de principio y emerge como la conclusión de un argumento que corre en sentido equívoco.

La dificultad surge, al parecer, porque Schauer argumenta a favor de la tesis social dando como fundamento que el hecho de adoptarla genera la consecuencia moral provechosa de promover una claridad y actitud crítica al momento de reflexionar sobre el derecho. Sin embargo, el problema con esto es que el adoptar la tesis social sólo promoverá una claridad al momento de reflexionar sobre el derecho que podría redundar en el sometimiento del derecho a escrutinio moral *si* la tesis social es la manera *correcta* de entender la forma en cómo se identifica el derecho. Las consecuencias provechosas de las que Schauer habla sólo se siguen si es verdad que el derecho

of Legal Theory", en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984; Soper, P., "Choosing a Legal Theory on Moral Grounds", en Coleman, J. y Paul, E. F. (eds.), *Philosophy and Law*, Oxford, Basil Blackwell, 1987; Moore, M., "Law as a Functional Kind", en R. P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992; Dworkin, R., "A Reply By Ronald Dworkin", en Cohen, M., (ed.), *op. cit.*, *supra*; Guest, S., "Two Strands in Hart's Theory of Law: A Comment on the Postscript to Hart's *The Concept of Law*", en Guest, S. (ed.), *Positivism Today*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd, 1996; MacCormick, N., "A Moralistic Case for A-Moralistic Law", *Valparaiso Law Review*, vol. 20, 1985, pp. 7-11, y Murphy, L., "The Political Question of the Concept of Law", en Coleman, J., (ed.), *The Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001. Los primeros tres autores de esta lista que transcribo sostienen argumentos similares a los que desarollo a continuación en cuanto a los problemas implícitos a los que nos enfrentamos si atribuimos al positivismo jurídico este tipo de argumento de las consecuencias morales provechosas; los restantes cuatro autores son defensores de alguna u otra forma de dicho argumento.

ha de ser identificado de tal forma como lo señala la tesis social. Si, por ejemplo, como alternativa Ronald Dworkin tiene razón en su noción de que el derecho ha de identificarse inmiscuyéndose en un proceso de “interpretación constructiva”¹¹⁶ que intenta mostrar el material jurídico a la mano desde la mejor perspectiva moral y política, entonces el suscribir la tesis social ciertamente no promoverá una claridad al momento de reflexionar sobre el derecho que auxilia en el instante en que lo sometemos a un escrutinio moral, dado que si así lo hacemos, no estamos entendiendo al derecho de la manera más acertada.

En otras palabras, la supuesta promoción de claridad al momento de reflexionar sobre el derecho que tiene como consecuencia una habilidad de someterlo a escrutinio moral, es una consecuencia que se sigue *si* la tesis social es correcta, y como tal, no puede ser utilizada para proporcionar un sustento argumentativo a favor de su carácter verdadero. De esta forma, el argumento de Schauer gira en dirección contraria, *de* premisas que contienen una afirmación consistente en ciertas consecuencias provechosas que se generan al adoptar cierta postura teórica para entender al derecho, *a la conclusión de que esta manera de entender al derecho es por tanto correcta*.¹¹⁷ Como lo explicamos al emprender este estudio,¹¹⁸ considero que la

¹¹⁶ Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986, capítulos 2 y 3, y la discusión que sobre el trabajo de Dworkin se llevó a cabo en la sección II de este capítulo y la del capítulo sexto.

¹¹⁷ Sobre los argumentos que corren en sentido equívoco, también véase Raz, J., *The Authority of Law*, cit., nota 53, pp. 41 y 42; Raz, J., “Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, vol. 4, 1998, pp. 9-11; Dickson, J., “Legal Positivism and Moral Scepticism: An Unholy Alliance?”, *Anglo-American Law Review*, vol. 28, 1999, pp. 254-258.

¹¹⁸ Véase capítulo primero, sección III.

labor de la filosofía del derecho analítica es la de intentar identificar y explicar la naturaleza del derecho. Estamos tratando de capturar los rasgos característicos específicos de una institución social existente, y es una presunción básica de este enfoque el que la institución social del derecho tiene ciertos rasgos característicos particulares que la filosofía del derecho intenta identificar y explicar. Además, como fue discutido en el capítulo primero, este enfoque presupone básicamente que: dado que consideramos que existe algo especial en ciertas formas de organización social que consideramos jurídicas, y dado que reconocemos a través de la historia que ciertas formas, otras no, de organización social se tradujeron en sistemas jurídicos, la única forma en que podemos empezar la investigación de cómo es esta forma particular de organización social y cómo se distingue de otras organizaciones sociales, es a través de intentar aislar y explicar las características constitutivas de la misma y que la hacen lo que es. Ésta es una presunción básica que tienen que compartir todos aquellos teóricos que se encuentran trabajando en la tradición mencionada, dado que lo que estamos haciendo en la teoría del derecho es intentar caracterizar aquello que resulta distintivo de una institución social bastante poderosa y persuasiva que finalmente nos moldea a nosotros y a nuestro mundo social. Debido a lo anterior, debe ser aparente el carácter peculiar que toma el argumento de Schauer, el cual al parecer finalmente sostiene que debido a que tendríamos como resultado consecuencias morales provechosas si el derecho tuviese ciertas características, entonces sí tiene dichas características.

Tal movimiento en el argumento parece reducir a la teoría jurídica a nada más que un ejercicio de “elegir buenos deseos”: podemos elegir el pensar que el derecho tiene la propiedad X o propiedad Y, dependiendo de las

consecuencias morales provechosas que pensamos se siguen como resultado. En el siguiente párrafo Schauer explícitamente asienta el punto sobre la caracterización del derecho que adoptamos como una cuestión de elección:

Por tanto la pregunta moral no es una sobre la moralidad de una definición *per se*, sino sobre las consecuencias morales de que una sociedad tenga esta u otra forma de entender un fenómeno social... Implícito en los párrafos anteriores se encuentra la proposición de que la definición del derecho es una cuestión de elección, en lugar de descubrimiento y que al momento de hacer dicha elección, los factores morales figuran en gran medida.¹¹⁹

Sin embargo, si somos libres al elegir si el derecho tiene determinada característica, basándonos en que ello genera para nosotros mejores consecuencias, entonces ya no estamos hablando de la naturaleza del derecho, sino estamos incursionando en el tema de algo así como la naturaleza del derecho ideal. Puede que este último tema resulte valioso para novelistas y organizadores utópicos, sin embargo, no es la empresa que ocupa a teóricos en la tradición de la filosofía jurídica analítica. Un compromiso con el punto básico de que el derecho tiene un rasgo distintivo determinado y que es la labor del teórico del derecho aprehenderlo y explicarlo adecuadamente se encuentra en el trabajo de los tres filósofos del derecho —John Finnis, Joseph Raz y Ronald Dworkin— que pueden ser considerados como los protagonistas del presente trabajo. Filósofos como Finnis, y como explicaré enseguida, Ronald Dworkin, piensan que no es posible para una teoría del derecho el proporcionar un recuento adecuado del derecho sin inmiscuirse en evaluaciones

¹¹⁹ Schauer, *op. cit.*, nota 108, p. 34.

morales sobre el mismo y lo hacen dado que piensan que existe algún rasgo distintivo en el derecho como fenómeno social real que exige entenderlo de esta forma para ser capturado adecuadamente. Al pensar esto y agregar que el derecho, si es entendido correctamente, es un fenómeno moralmente justificado, Finnis y Dworkin presuponen que el derecho tiene una característica particularmente distintiva que se tiene que intentar elucidar. No obstante, Finnis y Dworkin difieren de Raz en cuanto a que los criterios de éxito de sus teorías son criterios en buena medida morales, todos comparten la idea de que existen criterios de éxito para las teorías del derecho y que dichos criterios se reúnen sólo cuando caracterizamos al derecho acertada y adecuadamente.¹²⁰

También debemos hacer notar que los puntos acabados de mencionar son compatibles con la posibilidad aceptada en el capítulo primero, en el sentido de que puede ser que el derecho no posea propiedades esencia-

¹²⁰ Como se mencionó en la nota al pie 115, *cit.*, algunos autores han analizado si Hart también resulta culpable de la imputación que le hago a Schauer en este capítulo. David Lyons se formula precisamente esta pregunta, para después absolverlo de cualquier acusación (véase Lyons, D., "Moral Aspects of Legal Theory", en Cohen (ed.), *Ronald Dworkin...*, *cit.*, nota 115, pp. 254 y 255); por su parte, Ronald Dworkin, Stephen Guest y Liam Murphy le atribuyen a Hart algún tipo de argumento proveniente de las consecuencias morales provechosas, sin embargo, no lo consideran tan problemático como es resaltado en este libro (véase Dworkin, R., "A Reply By Ronald Dworkin", en Cohen (ed.), *Ronald Dworkin...*, *cit.*, nota 115, pp. 254 y 255; Guest, S., "Two Strands in Hart's Theory of Law: A comment on the Postscript to Hart's *The Concept of Law*", en Guest, S., (ed.) *Positivism Today*, *cit.*, nota 115; Murphy, L., "The Political Question of the Concept of Law" en Jules Coleman (ed.), *The Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, *cit.*, nota 115. Mi punto de vista es que Hart puede liberarse de las acusaciones que le formulo a Schauer, sin embargo, no puedo entrar a discutir este punto (también véase capítulo segundo, nota 115).

les. Si este último es el caso, entonces el que no posea dichas propiedades esenciales será la respuesta correcta a la interrogante que gira en torno a cómo es el derecho. Ello no dejaría mayores funciones a ser desempeñadas por la teoría analítica (excepto, quizás explicar por qué no posee dichas propiedades esenciales) y el camino estaría libre para aquellos enfoques a la teoría del derecho que centran sus energías en rescatar y explicar propiedades contingentes que el derecho posee como resultado de su existencia en ciertas condiciones sociales prevalecientes en un lugar y época determinados. Sin embargo, incluso en este caso, no sería posible para cualquier parte de la teoría jurídica elegir si se ve al derecho como algo que posee la propiedad X o propiedad Y dado que al entenderlo de esa manera ello supuestamente genera consecuencias morales provechosas.

Si analizar la propuesta de Schauer fuera nuestra labor principal en este estudio, hay mucho más que podríamos señalar en torno a su punto de vista y sus ideas metodológicas sobre la filosofía del derecho. Por ejemplo, Schauer al parecer no sostiene que la habilidad de generar consecuencias morales provechosas tiene que ser el único criterio utilizado para juzgar si adoptamos el positivismo jurídico. Además, señala que este enfoque tiene que aceptarse bajo el fundamento de que también “es descriptivamente acertado”, por lo menos en el “panorama sociológico existente”.¹²¹ Sin embargo, infelizmente el criterio de ser un enfoque descriptivamente acertado y cómo éste se relaciona con su argumento sobre las consecuencias morales provechosas, no son lo suficientemente explorados en dicho artículo: ¿son estos criterios acumulativos, alternativos o qué?, ¿puede una

¹²¹ Ambas citas son de Schauer, *op. cit.*, nota 108, p. 43.

teoría del derecho ser exitosa si reúne uno solo de ellos? De cualquier forma, esta breve mención de criterios consistentes en el acierto descriptivo no nos detiene para confirmar que avanzar a favor del positivismo jurídico un argumento consistente en ciertas consecuencias morales provechosas de la forma en que lo hace Schauer, falla al no tomar seriamente la empresa de intentar caracterizar acertada y adecuadamente lo que resulta distintivo del derecho como una institución social existente. Por lo que respecta a los otros puntos de vista de Schauer con relación a estos aspectos metodológicos, dado que el tema principal de este libro concierne dilucidar la naturaleza de la teoría jurídica de evaluación indirecta, la presente discusión no puede abarcar un análisis exhaustivo¹²² de todos sus puntos de vista, ni tampoco de argumentos de consecuencias morales provechosas en general. En lugar de ello, la discusión intenta iluminar un problema importante en relación a argumentos de consecuencias morales provechosas a través de un análisis de la forma en que uno de estos argumentos figura en la defensa que Schauer hace del positivismo jurídico.

En resumen: si la tesis social promueve claridad de pensamiento con relación al derecho, la moralidad y relaciones entre ambas, esto se debe a que la tesis social es la manera correcta de caracterizar al derecho como es, y no debido a que ver al derecho de esta forma lleva a consecuencias morales provechosas. Contrariamente a las aparentes presunciones de Schauer, el hecho de que, *si* es verdadera, una teoría del derecho tendría las consecuencias provechosas de facilitar someter al derecho a

¹²² Schauer también discute el tema de la metodología en la filosofía jurídica en Schauer, F., "Positivism Through Thick and Thin", en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

escrutinio moral crítico; ello no puede constituir una base para señalar que tal teoría es más o menos exitosa que sus rivales. Tales juicios se hacen al juzgar si determinada teoría del derecho *es* verdadera, y si la misma permite profundizar nuestro entendimiento del derecho como institución social. Una teoría del derecho que reúne estos criterios promoverá una claridad al momento de reflexionar sobre el derecho y sus relaciones con la moralidad, pero esto será *debido* a que la teoría es verdadera y adecuada explicativamente hablando; el argumento no puede girar en la dirección contraria, de la supuesta claridad que puede proporcionar, al carácter verdadero y aptitud explicativa de la teoría.¹²³

II. EVALUACIÓN E IDENTIFICACIÓN: LA POSTURA DE DWORKIN

Schauer en “Positivism as Pariah”, aunado a su argumento referente a que constituye una característica deseable de la teoría jurídica el que permita identificar “premoralmente” aquellas normas e instituciones jurídicas que posteriormente podemos someter a un escrutinio moral, avanza a una postura más fuerte en relación con la forma en que identificamos al derecho:

todos aquellos que suscriben alguna forma de antipositivismo, incluyendo pero no limitando al iusnaturalismo, tienen necesidad de contar con una forma de identificar aquello que después será objeto de evaluación moral. Siempre y cuando los supuestos antipositivistas se invo-

¹²³ Para una discusión de argumentos provenientes de las consecuencias morales provechosas que analiza y discute intentos por contestar la objeción de “elegir buenos deseos”, véase Murphy, L., “The Political Question of the Concept of Law”, en Coleman (ed.), *The Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, *cit.*, nota 115.

lucren en un proceso de identificación premoral de lo jurídico, entonces resulta que han aceptado las premisas primarias positivistas que no giran en torno a los usos correctos de la palabra “derecho”, sino que más bien se refieren a la necesidad y deseo de localizar primero aquello que después pretendemos evaluar.¹²⁴

En el párrafo citado, Schauer avanza a un argumento más fuerte que el discutido en la sección anterior, debido a que mientras su tesis inicial se refiere a lo *deseable* de emprender una “identificación premoral”¹²⁵ del derecho, la anterior cita apela a sostener una *necesidad* en este sentido. Por tanto, lo que Schauer sostiene es que todos los teóricos del derecho, independientemente de sus inclinaciones teóricas, inevitablemente recurren a un tipo de identificación premoral de “lo jurídico”, evaluándolo moralmente, si es que lo desean, en una fase ulterior.

No es mi intención abordar directamente este segundo argumento¹²⁶ vertido por Schauer; sí deseo manifestar que al defenderlo se compromete a una postura bastante fuerte. Schauer tiene razón al señalar que esta tesis puede que tenga un auditorio mucho más amplio del que se piensa. Por ejemplo, reconoce el punto importante de que algunas vertientes del iusnaturalismo coinciden con esta tesis —a primera vista— distintiva del positivismo.¹²⁷ Sin embargo, no discute la postura de

¹²⁴ Schauer, *op. cit.*, nota 108, p. 43.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 43.

¹²⁶ Tampoco analizo la relación que existe entre sus tesis de la deseabilidad y necesidad.

¹²⁷ Con relación a este punto, véase en el capítulo cuarto la discusión sobre la postura de Finnis. En este capítulo sostengo que resulta dudoso pensar que la postura de Finnis es realmente compatible con la tesis social del positivismo jurídico. Sin embargo, puede que esto sea resultado de las características particulares que adopta la pers-

uno de los juristas más importantes del siglo XX, cuyo enfoque para entender al derecho se sustenta precisamente en el rechazo a esta tesis. La tesis de necesidad de Schauer es interesante porque proporciona una manera de introducir la postura de Ronald Dworkin, dado que éste sostiene una visión diametralmente opuesta, *i.e.*, que todos los teóricos tienen necesariamente que evaluar moralmente al derecho para identificar qué es.

El enfoque interpretativo de Dworkin para entender al derecho representa un desarrollo importante en la filosofía jurídica. Más aún, y especialmente importante para el presente propósito, este enfoque trae aparejada una idea novedosa en torno a la metodología adecuada para la filosofía del derecho, lo cual obliga a los interesados en el tema a ocuparse de ella. En *Law's Empire*, Dworkin inicia la elaboración de esta nueva visión del derecho y de la teoría jurídica amonestando a las prevalecientes teorías del derecho por dar un recuento inadecuado de la naturaleza argumentativa de la práctica jurídica y de los tipos de desacuerdos que se suscitan en la misma.¹²⁸ El punto de vista de Dworkin es que estas características del derecho sólo pueden ser explicadas adecuadamente a través de una revolución de índole metodológica, donde los teóricos del derecho se convierten en participantes de las disputas argumentativas en la práctica jurídica, disputando directamente los elementos torales de dicha práctica. Bajo este modelo, la práctica jurídica, de la cual la teoría del derecho es parte,¹²⁹ es vista como una

pectiva de Finnis y quizás no sea aplicable a todas las teorías iusnaturalistas. Desafortunadamente, no puedo discutir este tema aquí, dado que exigiría un análisis extenso de las posibles posturas iusnaturalistas.

¹²⁸ Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 116, capítulos 1 y 2.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 90. Esto se explica de manera más detallada enseguida.

práctica *interpretativa*,¹³⁰ donde preguntas sobre lo que es el derecho —preguntas que van desde lo más abstracto sobre el rasgo distintivo de una institución social, hasta lo más concreto como, por ejemplo, “A es responsable de pagarle daños a B”— se responden interpretando el material jurídico que tenemos a la mano bajo cierto esquema. Este esquema o plan Dworkin lo denomina “interpretación constructiva”, y consiste en intentar mostrar dichos materiales jurídicos desde su mejor perspectiva, o hacer de ellos lo mejor que puedan ser en términos del género al cual pertenecen.¹³¹

Este proceso de interpretación constructiva contiene dos elementos. Primero, el resultado de tal interpretación tiene que encuadrar o ajustarse, hasta cierto punto, con el material jurídico existente. Esto es necesario para estar en posibilidades de distinguir las interpretaciones del material jurídico existente, de aquellas cuyos resultados constituyen puras invenciones y que después se etiquetan como jurídicas.¹³² Posteriormente, en el marco de un grado de ajuste que se considere apropiado para una ocasión concreta, el proceso interpretativo tiene que intentar mostrar dicho material desde su mejor perspectiva, de acuerdo al género al cual se estima pertenece o, como Dworkin en ocasiones lo señala, de acuerdo al propósito u objetivo que se estima sirven.¹³³ Según Dwor-

¹³⁰ Dworkin, *Law's Empire*, cit., nota 116, p. 50.

¹³¹ Dworkin, *Law's Empire*, cit., nota 116, pp. 52 y 53, y de manera más general capítulos 2 y 3.

¹³² Dworkin, *Law's Empire*, cit., nota 116, p. 66.

¹³³ *Ibidem*, pp. 52 y 53, 58 y 59. Este punto acerca del género al que pertenece el derecho que se expresa en términos funcionales se analiza más detenidamente en el capítulo sexto. En este sentido, intercambios entre el ajuste y mostrar al derecho desde su mejor perspectiva son posibles; véase Dworkin, R., *Law's Empire*, cit., nota 116, pp. 228-232, y de hecho, como lo demuestra una lectura de dichas

kin, este propósito es el de constreñir el poder del gobierno a través de la supervisión del uso gubernamental de la fuerza colectiva. La supervisión se contempla para asegurar que dicha fuerza sólo pueda utilizarse bajo ciertas circunstancias, básicamente cuando es: “permitida o exigida por los derechos individuales y responsabilidades que emergen de decisiones políticas del pasado referentes a cuándo dicha fuerza colectiva se encuentra justificada”.¹³⁴

Para Dworkin, cualquiera que intente interpretar el derecho desde su mejor perspectiva de acuerdo con este objetivo o propósito —consistente en justificar el uso de la fuerza colectiva— tiene que trabajar con los valores políticos y morales de justicia, equidad, debido proceso legal e integridad, para con ello informar sus deliberaciones sobre el significado y fuerza de las decisiones políticas del pasado y con ello ver al derecho como imbuido en dichas virtudes de tal forma que se pueda hacer de él lo más coherente moral posible.¹³⁵ Las virtudes morales y políticas que cita Dworkin son expresiones de los factores que él piensa tienen que alimentar una interpretación que sea viable para justificar moralmente la coerción del Estado.¹³⁶ Lo anterior implica que en el caso del derecho, la tesis consistente en ver a éste desde su mejor perspectiva, es una tesis de la mejor perspectiva moral: para Dworkin, el derecho fija las condiciones bajo

páginas, los dos requisitos no son tan independientes como uno pensaría a primera vista. Este aspecto de la postura de Dworkin ha generado varias críticas desde varias trincheras, véase *e. g.*, Finnis, J., “On Reason and Authority in Law’s Empire”, *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987, p. 401; Simmonds, N.E., “Imperial Visions and Mundane Practices”, *Cambridge Law Journal*, vol. 46, 1987, p. 465.

¹³⁴ Dworkin, R., *Law’s Empire*, *cit.*, nota 116, p. 93.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 176, y de manera más general véase capítulo 6.

¹³⁶ Véase *Law’s Empire*, *cit.*, nota 116, capítulos 6 y 7.

las cuales se encuentra moralmente justificado el uso de la fuerza colectiva.¹³⁷

Para los objetivos que tenemos trazados en este estudio, existen tres grandes temas que son distintivos del enfoque dworkiniano hacia la teoría jurídica. Primero, es una cuestión importante en la postura de este autor que tanto teóricos del derecho que intentan entenderlo como una institución social, como jueces al decidir casos, al igual que abogados que asesoran a sus clientes y ciudadanos que pretenden comprender sus derechos y obligaciones en términos del derecho, son vistos trabajando en la misma empresa interpretativa. Esto significa que para Dworkin no existe diferencia de tipo en las preguntas “¿qué dice el derecho en este asunto particular?” y “¿cuál es la naturaleza de la institución social del derecho?”. La única diferencia que sí existe entre estas dos interrogantes tiene que ver con el nivel de abstracción desde la cual se formula y se intenta contestar, lo cual a su vez significa que para Dworkin, la teoría del derecho y la teoría de la adjudicación son uno y lo mismo: “Entonces, no existe una línea firme que divida la filosofía del derecho de la adjudicación o de cualquier otro aspecto de la práctica jurídica... La filosofía del derecho es la parte general de la adjudicación, un prólogo silencioso a cualquier decisión jurídica”.¹³⁸

¹³⁷ Véase *e. g.*, Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 116, pp. 53, 67 y 90 para la noción de la “mejor perspectiva” de la tesis de la interpretación constructiva. Para una exposición más extensa de estos aspectos de la postura de Dworkin, el lector interesado podría consultar a Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, capítulo 3, y el mismo libro de *Law's Empire*.

¹³⁸ Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 116. Joseph Raz señala una posible advertencia al identificar la teoría del derecho de Dworkin con su teoría de la adjudicación en Raz, J., “The Relevance of Coherence”, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, nota 2, 1994, p. 323.

Como lo han mencionado varios autores, ésta es una de las características de la postura de Dworkin que rompe con enfoques previos de la filosofía jurídica analítica, los cuales insistieron en una distinción entre la naturaleza del derecho en lo abstracto y la forma en cómo es implementado en instituciones jurídicas en lo particular.¹³⁹

En segundo término, es toral para la explicación que hace Dworkin del derecho, el que la actividad que los actores jurídicos están llamados a realizar es la de *interpretar* el material jurídico a su alcance de acuerdo a un plan interpretativo determinado para generar un cierto tipo de resultado. La elaboración y posición de los argumentos interpretativos y el entender al derecho como un concepto interpretativo, constituyen, por supuesto, un aspecto altamente distintivo de la postura dworkiniana hacia la teorización del derecho.

Finalmente, Dworkin sostiene que la interpretación respectiva es una que intente mostrar al material jurídico al alcance, desde su mejor perspectiva moral. Dado que esta función se aplica tanto a filósofos del derecho, por ejemplo, a jueces, esto significa que los criterios para fijar el éxito de una teoría del derecho son esencialmente morales; tenemos éxito como teóricos del derecho cuando lo mostramos de nuestra jurisdicción como algo coherentemente moral y justo posible.

Para retornar al tema con el que esta sección inició: Shauer sostiene que necesariamente todos los teóricos del derecho primero tienen que identificarlo sin recurrir a una evaluación moral, para posteriormente evaluarlo. Lo anterior es cuestionado directamente por Dworkin, dado que su postura sostiene que no podemos conocer lo que el derecho es, tanto en proposiciones individuales

¹³⁹ Véase, por ejemplo, a Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, cit., nota 31, p. 35.

del derecho o desde un plano más abstracto de explicación como institución social, hasta que nos ocupemos del proceso de interpretación constructiva. Para llevar a cabo lo anterior, el teórico del derecho y cualquier otro actor jurídico debe mostrar al derecho desde su mejor perspectiva de acuerdo al género al que se estima pertenece. Dado que el género consiste en la justificación moral del uso gubernamental de la fuerza colectiva, la postura dworkiniana se coloca en un sitio diametralmente opuesto al de Schauer: Dworkin señala que *tenemos* que ocuparnos de la evaluación moral (y justificación) del derecho para saber lo que es.

III. DWORKIN Y LA TESIS DE LAS CONSECUENCIAS MORALES PROVECHOSAS

Una vez introducida la postura de Dworkin, me gustaría analizar la forma en que se refiere al papel que juega la evaluación para identificar al derecho que se relaciona con algunas cuestiones que rodean la tesis de las consecuencias morales provechosas discutida en la sección I de este capítulo. Como lo hicimos notar en dicha sección, existen serias dificultades con el argumento que Schauer utiliza en “Positivism as Pariah” a favor de la tesis de las consecuencias morales provechosas. Si Schauer tiene razón en su idea de que podemos elegir entre teorías jurídicas por las razones que menciona, entonces la filosofía del derecho aparentemente se convierte en una tarea de “elegir buenos deseos”, la cual nos deja un papel de la filosofía del derecho que gira en torno no a una descripción sobre la naturaleza del derecho como es, sino de la naturaleza del derecho como idealmente nos gustaría que fuera para que éste generara resultados morales benéficos. Al hacer el argumento que hace Schauer en nombre del positivismo jurídico, éste

no estima que él o el positivismo jurídico estén describiendo un derecho ideal, a diferencia del derecho como una institución social existente. No obstante lo anterior y a pesar de ello, Schauer sí parece emplear la estrategia argumentativa dudosa de argumentar de premisas sobre las consecuencias morales provechosas del derecho que se generan por contar con determinada característica, a la conclusión de que el derecho debe entenderse como poseedor de dicha característica. Esto implica argumentar de lo ideal a lo actual de una forma que es inaceptable si tomamos como labor de la filosofía jurídica analítica el intentar explicar certera y adecuadamente las propiedades esenciales de una institución social existente.

La pregunta que ahora deseo abordar es si Dworkin también es culpable de una forma análoga de argumentación a partir de la “elección de buenos deseos”, lo anterior al sostener que uno tiene que identificar el derecho interpretando los materiales jurídicos existentes para mostrarlos de la mejor manera moral y políticamente posible. A primera vista, esta forma distintiva de abordar la identificación del derecho, al parecer lleva a Dworkin cerca del razonamiento inaceptable en el cual lo ideal determina lo actual. Para él, tal parece que no existe un “así es el derecho” (concebido desde cualquier nivel de abstracción) que tengan que aprehender adecuadamente los teóricos, el cual sea independiente del intento de dicho teórico de interpretar el derecho constructivamente para mostrarlo desde su mejor perspectiva moral y política.

Sin embargo, a pesar de estas apariencias, creo que Dworkin puede ser exonerado de la acusación de pensar que la tarea es “elegir buenos deseos”, acusación anteriormente formulada en contra de Schauer. La razón para ello es que en Dworkin, la manera en que su tesis

pretende mostrar al derecho desde su mejor perspectiva se interrelaciona con la labor de identificación del derecho, a través de un principio metodológico general, el cual toma fuerza a partir de la idea de Dworkin del rasgo distintivo del derecho como una práctica social existente, y a partir de su postura de la forma en que el tipo de práctica social que es el derecho tiene que ser teóricamente entendida.

Como lo discutimos en la sección anterior, el punto de vista de Dworkin es que la práctica jurídica, de la cual la teoría del derecho es parte, es una práctica interpretativa, donde tanto el rasgo distintivo del derecho como una institución social en un sentido abstracto y el contenido de proposiciones más concretas del derecho sobre determinada cuestión, son identificadas interpretando el material jurídico existente de acuerdo a un esquema interpretativo. En mi breve caracterización de la postura de Dworkin, comenté que una de las razones por las que defiende este punto de vista interpretativo es porque piensa que proporciona una mejor explicación que la de sus contrarios acerca de la naturaleza argumentativa de la práctica jurídica y de los desacuerdos que se generan en la misma. Sin embargo, esto implica ignorar un paso de vital importancia en su argumento, principalmente que para Dworkin así son las cosas, dado que la postura interpretativa que adopta implica la representación de un principio metodológico concerniente a la mejor forma de entender el tipo de práctica social de la cual el derecho es un ejemplo.

En la parte de *Law's Empire* que se ocupa de los conceptos interpretativos en general, Dworkin lleva a cabo una serie de afirmaciones acerca de la forma en que tenemos que enfocar el estudio de ciertas prácticas sociales para estar en posibilidades de entender adecuada-

mente sus características más sobresalientes.¹⁴⁰ Para él, los participantes de ciertas prácticas sociales desarrollan una “actitud interpretativa compleja”¹⁴¹ hacia las reglas de dichas prácticas. Tal actitud se caracteriza por dos elementos: “se asume que la práctica no sólo existe, sino que tiene un valor... en pocas palabras, que tiene un propósito”, y la conciencia por parte de los participantes de que las reglas que constituyen la práctica “no son necesariamente lo que siempre se ha entendido de ellas, sino que son sensibles a su propósito”.¹⁴² De acuerdo a Dworkin, cuando esta actitud está presente entre los participantes de determinada práctica social, dicha práctica se convierte en una cuestión que sólo se puede entender adecuadamente a través de un teórico que se une a la práctica y que interpreta para sí mismo lo que exige. Lo anterior significa que cualquiera que intente comprender dicha práctica tiene que juzgar sobre lo que exige, esto desde sus características más abstractas hasta las concretas, juicios que a su vez no reportan simplemente algo sobre la práctica, sino que compiten con los juicios hechos por los otros participantes.

Lo anterior viene a significar que la tesis de Dworkin sostiene que en el caso de ciertas prácticas, dado que la misma goza de cierta naturaleza, una comprensión teórica adecuada tiene que reflejar la naturaleza de la práctica. Según Dworkin, el derecho es una de esas prácticas, por lo que entender al derecho desde la dimensión interpretativa, proporciona captar su naturaleza argumentativa de manera adecuada, dado que las prácticas argumentativas como el derecho donde la naturaleza y propósitos de las mismas son de acuerdo a los partici-

¹⁴⁰ Véase Dworkin, *Law's Empire*, cit., nota 116, capítulo 2.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 47.

¹⁴² Ambas citas son de *Law's Empire*, cit., nota 116, p. 47.

pantes cuestiones controvertidas, sólo pueden entenderse adecuadamente si el teórico participa en los argumentos y ofrece interpretaciones rivales de dicha práctica.¹⁴³

Con esto en mente, debemos recordar la preocupación con la que iniciamos esta sección, *i. e.*, la forma peculiar en la que Dworkin señala que ha de identificarse el derecho, la cual aparentemente lo acerca al argumento que descansa en inferir de un ideal referente a como debe ser moralmente derecho, la conclusión de que, por tanto, así es como se entiende el derecho, argumento similar a la problemática de Schauer y su utilización de la tesis de las consecuencias morales provechosas. Mi exoneración provisional a Dworkin de la carga consistente en una argumentación sustentada en “elegir buenos deseos” tiene que ser en estos momentos aparentemente clara. Dworkin no contrabandeó un argumento ilegítimo al señalar que una interpretación que muestra al derecho desde su mejor perspectiva moral constituye la guía principal para determinar lo que el derecho es, lo anterior debido a que la tesis de la interpretación constructiva es sólo un aspecto de un principio metodológico general que penetra a todos los ámbitos de su pensamiento sobre el derecho, y que además, dicha tesis toma un impulso de la idea dworkiniana del rasgo distintivo del derecho como una práctica social existente de cierto tipo. Para Dworkin, el derecho *es* una práctica interpretativa que tiene que ser identificada y entendida de cierta forma, es decir, a través de la interpretación constructiva. Esto no proviene de “elegir buenos deseos” consistentes

¹⁴³ Para una discusión crítica sobre este aspecto de la postura de Dworkin y el análisis de los diversos medios que emplea para sostenerla, véase Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, *cit.*, nota 19, pp. 40-60.

en que sería moralmente mejor si el derecho fuese de esa manera, dadas las consecuencias morales provechosas que se obtendrían si lo vemos así; más bien, en Dworkin, esto proviene de la forma en que el derecho es como un fenómeno existente, principalmente como una práctica social argumentativa con un propósito, donde aquello que la práctica exige es sensible a dicho propósito. De acuerdo con Dworkin, el rasgo distintivo del derecho como una práctica interpretativa de este tipo obliga a que tenga que ser entendido de cierta manera si es que se desea comprenderlo adecuadamente, esto es, a través de un teórico del derecho que interpreta constructivamente dicha práctica para mostrarla desde su mejor perspectiva de acuerdo al género al cual se estima pertenece.

Entonces, a diferencia de la tesis de las consecuencias morales provechosas de Schauer, el argumento de Dworkin procede en la dirección correcta: *de* una afirmación sobre el rasgo distintivo de la práctica social del derecho, con la aclaración de que las prácticas de este tipo necesitan ser entendidas de determinada forma, *a* la tesis de la interpretación constructiva que implica la idea de mostrar al derecho desde su mejor perspectiva para con ello determinar lo que es. La postura de Dworkin es que el derecho *es* una práctica interpretativa; esto es simplemente como es el derecho y es el porqué tenemos que identificarlo y comprenderlo a través de la interpretación constructiva. Su argumento no dice que debido a que ciertas consecuencias morales provechosas se van a generar al ver al derecho desde su mejor perspectiva moral; por tanto, el derecho *es* esto que identificamos a través del proceso de interpretación constructiva. En Dworkin no se presenta el caso de una explicación que consiste en cómo estaría mejor que el derecho fuera, moralmente hablando, o se introduzca ilegítimamente para

argumentar a favor de cómo el derecho es, más bien, el caso es que interpretar al derecho constructivamente de acuerdo con el esquema que hace referencia a como moralmente debe ser, es la única forma para identificar y proporcionar una explicación adecuada del derecho como actualmente es.

Por tanto, la postura de Dworkin no convierte a la teoría jurídica en un ejercicio de “elegir buenos deseos” como implícitamente sí lo hace la tesis de Schauer de las consecuencias morales provechosas, tesis que sustenta a favor del positivismo. A Dworkin le interesa caracterizar al derecho como es, no caracterizarlo como nos gustaría que fuese para generar los mejores resultados morales posibles.