

CAPÍTULO SEXTO

¿CUÁL ES EL PROPÓSITO DEL DERECHO? METODOLOGÍA DWORKINIANA Y EL ARGUMENTO DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO

- I. Interpretación constructiva y la función del derecho 133
- II. Dworkin *vs.* Raz: los argumentos provenientes de la función del derecho 148
- III. Consecuencias de la metodología: para reconsiderar el papel de la teoría jurídica 168

CAPÍTULO SEXTO

¿CUÁL ES EL PROPÓSITO DEL DERECHO? METODOLOGÍA DWORKINIANA Y EL ARGUMENTO DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO

En este capítulo regreso al tema central del presente trabajo, principalmente al tópico de la naturaleza de la teoría jurídica de evaluación indirecta. El trabajo de Ronald Dworkin presenta cuestionamientos importantes a este enfoque metodológico, dado que él sostiene que es necesario para un teórico del derecho inmiscuirse en argumentos morales y políticos para entender al derecho adecuadamente. Un punto principal en sus ideas es la noción de que todos los teóricos del derecho, para llevar adecuadamente sus labores, tienen que defender y desarrollar una teoría política sobre la función u objetivo del derecho al proporcionar un recuento del mismo. En este capítulo me dedicaré a examinar el papel que desempeñan los argumentos sobre la función del derecho en la teoría de Dworkin y su idea de lo que constituye un enfoque metodológico adecuado, cuestionando su noción de que todas las teorías del derecho acertadas tienen que usar argumentos sobre la función del derecho, por lo menos la cuestionaré en el sentido en que pretende sostener su tesis.

I. INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO

Para iniciar a examinar el papel que desempeñan los argumentos de la función del derecho en el enfoque me-

todo lógico dworkiniano, es necesario ver dónde se ubica el autor respecto de las tesis de la evaluación moral y de la justificación moral y por qué adopta tal postura.¹⁴⁴ Podemos iniciar esta cuestión enfocándonos a la tesis de la interpretación constructiva, la cual, como mencionamos en el capítulo anterior, es central en la explicación del derecho que proporciona Dworkin.¹⁴⁵

En *Law's Empire*,¹⁴⁶ al discutir la naturaleza de los conceptos interpretativos, Dworkin señala que el interpretar constructivamente algo es: “una cuestión de atribuir un propósito a un objeto o práctica para hacer de ella el mejor ejemplo del tipo o género al cual pertenece”.¹⁴⁷

Como lo indica esta formulación, la idea del tipo o género desempeña un papel importante en el proceso de interpretación constructiva. Cuando interpretamos constructivamente un objeto o práctica, intentamos mostrarlo desde su mejor perspectiva y lo logramos cuando hacemos de él o ella el mejor ejemplo posible del tipo o género al cual pertenece. El tipo o género de un objeto o práctica es, por tanto, crucial para el proceso de interpretación constructiva, dado que actúa como una limitante y le da significado a la idea de mostrar algo desde su mejor perspectiva.

Como lo documenté al exponer la postura de Dworkin en el capítulo quinto, este autor considera al derecho como un concepto interpretativo. Por tanto, ahora toca preguntarnos: ¿cuál es el tipo o género conforme al cual tenemos que mostrar al derecho desde su mejor perspec-

¹⁴⁴ La tesis de la evaluación moral sostiene que es necesario evaluar moralmente al derecho para entenderlo adecuadamente; la tesis de la justificación moral señala que es necesario entender al derecho como moralmente justificado para poder entenderlo adecuadamente.

¹⁴⁵ Véase capítulo quinto, sección II.

¹⁴⁶ Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, capítulo 2.

¹⁴⁷ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, p. 52.

tiva? Desde mi punto de vista, para Dworkin el tipo o género se explicita de acuerdo a su enunciado sobre el objetivo o propósito abstracto que él considera sirve a la institución social. Este objetivo o propósito abstracto se menciona de la siguiente forma:

Nuestras discusiones acerca del derecho, sugiero que, en gran medida presuponen que el propósito más abstracto y fundamental de la práctica jurídica es constreñir el poder del gobierno de la siguiente manera. El derecho insiste en que la fuerza no sea utilizada o que sea limitada, independientemente de lo útil que pueda ser para determinados fines, por más benéficos o nobles que éstos sean, salvo cuando sea autorizado o exigido por los derechos individuales o responsabilidades que emanen de decisiones políticas del pasado referentes a cuándo se encuentra justificado el uso de la fuerza colectiva.¹⁴⁸

Como debe ser claro de la anterior cita, de acuerdo con Dworkin, el propósito o función del derecho, concebido de manera abstracta, es el de servir de gendarme y justificar el uso de la fuerza colectiva gubernamental. Sostiene que este enunciado sobre el propósito del derecho, pretende proporcionar “un recuento que organice argumentaciones posteriores sobre el derecho”.¹⁴⁹ Implícitamente en esta afirmación, y como será discutido más adelante, dicho supuesto propósito o función del derecho opera de manera tal que proporciona las limitantes necesarias para poder iniciar con el proceso de interpretación constructiva. Al interpretar constructivamente el derecho, debemos intentar mostrarlo desde su mejor perspectiva posible en términos de la función o propósito abstracto que Dworkin le atribuye —aquel consisten-

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 93.

¹⁴⁹ *Idem*.

te en justificar el uso de la fuerza colectiva— y precisamente esto es lo que intenta hacer en lo que resta de *Law's Empire* al desarrollar su idea del derecho como integridad.¹⁵⁰ Siendo este el caso, estimo que este propósito o función del derecho delimita el tipo o género al cual pertenece el derecho según Dworkin. Entonces, el autor caracteriza en términos funcionales lo que se considera que es el derecho y aquello que organiza el debate en torno a sus rasgos característicos: al interpretar constructivamente el derecho, pretendemos ubicarlo desde su mejor perspectiva como aquello que justifica el uso de la fuerza colectiva.

Entonces, tomando en consideración la terminología introducida en el capítulo tercero, se sigue que la teoría jurídica de Dworkin es una teoría jurídica de evaluación directa, *i. e.*, una que contiene o implica una o varias proposiciones evaluativas directas respecto a las características del derecho.¹⁵¹ Esto es así dado que, según Dworkin para identificar y entender al derecho tenemos que interpretarlo, mostrándolo desde su mejor perspectiva de acuerdo al tipo o género al cual pertenece. Este tipo o género —lo que se considera que es el derecho y que organiza el debate sobre sus rasgos característicos— es el uso justificado de la fuerza colectiva. Si combinamos lo anterior con la idea de Dworkin que señala que los involucrados tanto en la filosofía del derecho como en la adjudicación tienen que ocuparse del mismo proceso de interpretación constructiva para saber lo que es el derecho,¹⁵² esto significa que los teóricos del derecho, así

¹⁵⁰ Sobre el derecho como integridad, véase Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, capítulos sexto y séptimo.

¹⁵¹ Véase capítulo tercero, sección III.

¹⁵² Véase la exposición sobre los puntos de vista de Dworkin en el capítulo quinto, sección II.

como cualquier otro actor jurídico, tienen que intentar ver al derecho desde su mejor perspectiva moral y política e intentar evaluar las condiciones bajo las cuales se encuentra realmente justificada la fuerza colectiva, para así poder identificar y entender al derecho. Esto claramente implica que el teórico del derecho efectúa juicios evaluativos directos sobre las características del derecho para identificarlo y explicarlo. Recapitulemos la discusión sostenida en el capítulo tercero: los juicios evaluativos directos difieren en su tipo de los indirectos en cuanto a que éstos eligen características del derecho como importantes o significativas para explicarlas, en lugar de mencionar si son buenas o justificadas, tal y como sí lo lleva a cabo el primer tipo de juicios.¹⁵³

De acuerdo a lo anterior, la postura de Dworkin en relación con las tesis de la evaluación moral y justificación moral es —por lo menos en lo que respecta a sus conclusiones— la misma que Finnis. Dado que para Dworkin necesariamente una teoría del derecho tiene que evaluar directa o moralmente el derecho para entenderlo adecuadamente, y además, como resulta claro de la cita que acabamos de transcribir en relación con el propósito o función del derecho,¹⁵⁴ para Dworkin una teoría del derecho exitosa tendrá que sostener la idea de que el derecho es un fenómeno moralmente justificado. El derecho, para Dworkin, no es otra cosa que el uso justificado de la fuerza colectiva. De acuerdo con su idea, no tenemos una idea clara de lo que es el derecho hasta que preguntemos qué es lo que justifica la fuerza colectiva en una determinada jurisdicción y hasta que interpretemos

¹⁵³ Los puntos referentes a una equiparación de la evaluación moral y directa que se subrayaron al final de la sección I del capítulo tercero también tienen aplicación en este capítulo, así como para el siguiente.

¹⁵⁴ Véase *op. cit.*, nota 17, p. 104.

constructivamente las prácticas jurídicas de dicha jurisdicción de manera que las ubiquemos desde su mejor perspectiva como prácticas que adecuadamente vigilan y constriñen la coerción gubernamental.¹⁵⁵

En la postura de Dworkin, tanto la tesis de la evaluación moral como la de justificación moral toman impulso de su idea sobre la función del derecho. Como debe ser claro a partir de lo anterior, una vez que aceptamos la idea de este autor sobre el propósito o función del derecho, ya aceptamos la noción de que el derecho es un fenómeno moralmente justificado que exige una evaluación moral por parte del teórico del derecho que intenta entenderlo. Al ser esto así, debe ser evidente que la idea de Dworkin sobre la función del derecho tiene ramificaciones significativas con relación a la postura metodológica que tiene que adoptar una teoría del derecho. No obstante, uno necesariamente no sospecharía lo anterior dada la forma en que Dworkin introduce esta tesis en *Law's Empire*, donde al parecer deliberadamente pretende disminuir su importancia y posibles ramificaciones, al presentarla meramente como un punto de partida que es necesario para que todos nos ubiquemos en el mismo plano interpretativo.

Como se menciona en varias ocasiones en *Law's Empire*, no podemos tener un debate o desacuerdos sig-

¹⁵⁵ Debe aclararse que la perspectiva de Dworkin de lo que significa que el derecho se encuentre moralmente justificado es diferente a la de Finnis. Para Finnis, el derecho se encuentra moralmente justificado debido a que se dirige a resolver problemas de coordinación de una comunidad en aras del bien común de la misma, algo que se obtiene dadas las obligaciones morales generales de obediencia que produce el derecho. Para Dworkin, el que el derecho se encuentre moralmente justificado, significa que el derecho se entiende como aquello que constriñe el uso gubernamental de la fuerza colectiva de acuerdo a un esquema justificativo respectivo, para con ello defender los derechos individuales y responsabilidades.

nificativos sobre algo si no estamos, hasta cierto punto, hablando de la misma cosa.¹⁵⁶ Así, Dworkin sostiene que el género o propósito abstracto del derecho que defiende es una mera sugerencia que se somete a consideración para ubicarnos en el mismo plano preparativo en relación con debates posteriores sobre los rasgos característicos del derecho.¹⁵⁷ Sin embargo, otras advertencias y aclaraciones deben señalarse, dado que él reiteradamente señala que sólo está proporcionando una estructura provisional dentro de la cual las discusiones y desacuerdos sobre el derecho pueden llevarse a cabo, y agrega que la caracterización que hace sobre la función del derecho es lo “suficientemente abierta” y lo “suficientemente abstracta y no controvertida”.¹⁵⁸ En lo que resta de este capítulo, sostengo que la postura de Dworkin acerca de la función o propósito del derecho se encuentra bastante lejos de ser una caracterización provisional, no controvertida y lo suficientemente abstracta. La motivación principal de mi argumento es que la postura acerca de la función del derecho que defiende Dworkin define en una manera bastante concreta los límites y posibilidades de un entendimiento teórico del derecho, y lo hace de una forma que elimina —antes de que se puedan formular adecuadamente— muchas de las preguntas más importantes en la filosofía del derecho. En resumen, el punto de vista de Dworkin sobre la función del derecho no sólo nos ubica en el mismo plano interpretativo, sino que además define la composición, estrategia y postura de una equipo iusfilosófico en lo particular.

Podemos iniciar examinando la tesis de Dworkin que afirma una concepción de la función o género del dere-

¹⁵⁶ Véase *e. g.*, Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, pp. 43 y 44, 90-92.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 93.

¹⁵⁸ *Idem*.

cho lo “suficientemente abstracta” y “suficientemente abierta”.¹⁵⁹ El punto referente a ser una idea “suficientemente abstracta” es importante, dado que le permite sostener que su punto de vista acerca de la función del derecho no es tan severo como para limitar drásticamente las opciones que tenemos para interpretar el derecho. Esto, a su vez, es importante porque todo el enfoque de Dworkin pretende explicar la naturaleza de la argumentación y los desacuerdos que se generan dentro del derecho, y al intentar abordar dicho objetivo, él debe evitar cerrar las posibilidades de tales desacuerdos imponiendo desde el inicio un punto de vista asentado acerca de lo que es el derecho.

Sin embargo, existe un problema con todo esto, dado que si bien puede funcionar el punto de lo “suficientemente abstracto” en relación con un juez que interpreta un punto jurídico concreto a la luz de la limitación del género abstracto que sostiene Dworkin, esto se enfrenta con dificultades cuando se trata de la interpretación que atribuye a los filósofos del derecho, *i. e.*, una interpretación, desde un plano mucho más abstracto, de los rasgos característicos del derecho como institución social. La razón de esto es que en el caso de la teoría jurídica, el propósito o género que Dworkin sostiene no designa, en un sentido abstracto, el terreno dentro del que se vayan a presentar interpretaciones enfrentadas y más concretas, más bien, fija y determina algunos puntos centrales e importantes de los rasgos característicos del derecho. A diferencia de los jueces, los filósofos del derecho no utilizan las limitantes abstractas que proporciona una supuesta perspectiva sobre la función del derecho, para con ello interpretar un conjunto más específico de material jurídico a la luz de dichas limitantes. Más bien, los

¹⁵⁹ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, p. 93.

filósofos del derecho intentan contestar la pregunta referente a cómo es el derecho, concebido de una manera abstracta; pregunta que —para Dworkin por lo menos— exige una respuesta que incluya hacer referencia al propósito general o función del derecho. La cuestión es que la propia estipulación de Dworkin sobre el género o propósito del derecho que se avanza antes de iniciar la reflexión sobre estas preguntas, en buena medida la contesta y de manera significativa. Entonces, al parecer la tesis de la interpretación constructiva se enfrenta a dificultades si la consideramos como un medio para contestar aquellas preguntas más abstractas que atañen a la teoría del derecho.

Para explicarlo con mayor nitidez: Dworkin sostiene que interpretar constructivamente el derecho es la forma de proceder con relación a las preguntas que se formulan tanto los filósofos del derecho como los practicantes del mismo.¹⁶⁰ Una de las preguntas donde puede que los filósofos del derecho adopten una postura y de acuerdo con Dworkin deben adoptarla,¹⁶¹ es con relación a si el derecho tiene un propósito o función, y si lo tiene, cuál puede ser dicha función o propósito. Sin embargo, parece no tener sentido hablar de filósofos del derecho que emprenden el proceso de interpretación constructiva para determinar, por ejemplo, cuál de las ideas sobre el género o función del derecho las muestra desde su mejor perspectiva de acuerdo a la forma o género al cual se estima pertenece el derecho, dado que en este nivel abstracto de interpretación, aquello que se piensa actúa como una limitante para dicha interpretación y que determina el ámbito dentro del cual se enfrentan las in-

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 90, y la discusión del capítulo quinto, sección II.

¹⁶¹ Esto se analiza posteriormente en la medida en que se desarrolla el capítulo.

interpretaciones rivales —principalmente sobre la idea de la función abstracta o género del derecho— es en sí mismo uno de los principales temas que debe abordar la teoría del derecho.

El problema que intento esclarecer surge porque, como se discutió en el capítulo quinto, Dworkin quiere que la tesis de la interpretación constructiva se aplique tanto a la determinación de proposiciones concretas del derecho, como a explicaciones abstractas de los rasgos característicos del derecho en su carácter de institución social. Para proporcionar las limitantes exigidas con relación a interpretaciones concretas sobre lo que el derecho es en situaciones particulares, alguna noción abstracta de la función o género del derecho debe establecerse de manera rígida. Sin embargo, cuando se intenta llevar a cabo el mismo proceso interpretativo para identificar y entender dicha noción abstracta de la función o género del derecho, surge un problema porque aquello que está, por decirlo de alguna manera, en el aire interpretativo, también es lo que se supone está proporcionando una limitante en el proceso interpretativo. Esto deja a Dworkin con dos opciones. Puede sostener que el género o función del derecho es algo fijo, para que ello sirva a que se den las limitaciones necesarias para interpretaciones más concretas del derecho en casos particulares, pero si hace esto, al parecer está estipulando y excluyendo del mismo proceso de interpretación constructiva, esta misma noción abstracta de la función del derecho. Como alternativa puede admitir que la función o género más abstracto del derecho también se encuentra en el “aire interpretativo”, y en este caso, se le puede hacer una observación: qué es finalmente lo que proporciona las limitaciones de la interpretación o qué determina el campo dentro del cual interpretaciones rivales van a competir en dicho nivel. Desde mi punto de vista,

Dworkin no aborda extensamente esta última pregunta, dado que en *Law's Empire* se ocupa primeramente en demostrar cómo la tesis de la interpretación constructiva proporciona una explicación de los medios por los cuales se responden preguntas más concretas del derecho, en lugar de señalar cómo esto juega un papel relevante para contestar las preguntas más abstractas de la teoría del derecho.

Claro que lo anterior no significa afirmar que Dworkin no está interesado en las preguntas de la teoría del derecho; lo que quiero resaltar es que las respuestas a estas preguntas las encontramos mediante una abstracción a partir del proceso interpretativo concreto aplicable a los jueces que deciden casos particulares, asunto que sirve como impulso principal en las discusiones de *Law's Empire*. En otras palabras, estimo que la teoría del derecho de Dworkin se desarrolla a partir y toma impulso de la adjudicación, y no viceversa. Al ser éste el caso, para poder estar en posibilidad de dar una explicación de la aplicación del derecho tal y como lo entiende, el autor necesita mantener firmemente el género o función del derecho que postula, para que a su vez esto genere las limitantes al proceso de interpretación constructiva que llevan a cabo los jueces. Quiero sostener que precisamente esto es lo que su postura hace: estipula de entrada y sostiene como fija una perspectiva particular sobre la función o género del derecho, para que esto sirva para interpretar a la luz de lo anterior cuestiones jurídicas más concretas, sosteniendo simultáneamente que esto no cierra el debate sobre la pregunta de los rasgos característicos del derecho, concebido abstractamente, dado que la perspectiva sobre la función del derecho que se introduce no es controvertida, es provisional y suficientemente abstracta en su naturaleza.

Adicionalmente, como resultado de fijar la función del derecho como lo hace, supuestamente como un paso preliminar para ubicarnos en el mismo plano interpretativo, Dworkin fija en gran medida los rasgos característicos del derecho en cuanto a lo que respecta a las preguntas abstractas que le interesan a la filosofía del derecho. Una vez que se determina la función o género del derecho, muchas de las preguntas que deberían formular los filósofos del derecho ya están contestadas, preguntas referentes a, por ejemplo, la noción de si el derecho finalmente tiene un propósito o función general y si el propósito lleva a la idea de que el derecho, entendido adecuadamente, es moralmente meritorio o un fenómeno moralmente justificado. Lo que sucede es que el beneficio de la relativa abstracción que persigue Dworkin para que su perspectiva sobre la función o género del derecho opere y nos conduzca al mismo plano interpretativo y con ello organizar y hacer posible el debate sobre cuestiones más concretas del derecho, se pierde cuando el mismo proceso interpretativo se traslada a aquellos climas abstractos habitados por el filósofo del derecho.

Los otros puntos importantes que formula para apoyar su idea acerca de la función del derecho son que relativamente no es controvertida en su naturaleza y que se avanza sólo como una sugerencia provisional.¹⁶² Si éste fuera realmente el caso, Dworkin tendría maneras de contestar la crítica acabada de mencionar, en el sentido de que el punto de vista sobre la función del derecho, desde la dimensión abstracta del espectro interpretativo, determina de manera bastante concreta las respuestas a ciertas preguntas importantes referentes a los rasgos característicos del derecho, en lugar de fungir como

¹⁶² Dworkin, *Law's Empire*, cit., nota 17, p. 93.

un principio de organización lo suficientemente abstracto que simplemente delimita el ámbito para que se lleven a cabo discusiones posteriores en torno a dichas preguntas. Dworkin podría contestar que, o esto no tiene importancia, dado que son respuestas sobre las que todos estamos de acuerdo, y por tanto, no son importantes o temas presentes en el debate de la filosofía del derecho, o por otro lado, puede responder que él mismo está en la mejor disposición para ocuparse seriamente en discusiones en este sentido y posiblemente cambiar de parecer en relación a su noción acerca de la función o género del derecho. Sin embargo, es dudoso que Dworkin pueda exitosamente sostener que la noción acerca de la función o género del derecho que defiende no es controvertida, o bien, que es provisional en su naturaleza. Esto se ilustra claramente si consideramos la respuesta que proporciona Dworkin cuando se enfrenta a teorías del derecho que cuestionan su noción acerca de la función del mismo.

Algunos defensores del positivismo jurídico cuestionan fuertemente la tesis de Dworkin de que el derecho tiene la función abstracta, atribuida en *Law's Empire*, de justificar la coerción gubernamental, función que, agrega, es una noción no controvertida entre filósofos del derecho. Positivistas como H. L. A. Hart y Joseph Raz adoptan lo que puede llamarse el “enfoque institucional”, a través del cual el derecho es caracterizado no por su función o meta general, sino por su método: por la forma o variedad de formas en la que realiza las cosas que hace en la sociedad.¹⁶³ Desde este enfoque, el princi-

¹⁶³ Véase e. g., Hart, H. L. A., “Comment”, en Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 37; Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, capítulo 6; Raz, J., “The Problem About the Nature of Law”, *cit.*, nota 2, 1994.

pal punto de partida para las preguntas en la filosofía del derecho se encuentra en estas instituciones jurídicas peculiares y en los procesos que nos muestran la estructura y modo en que opera el derecho, ayudando además a situar y entender las instituciones jurídicas en relación a otras instituciones políticas y sociales. De hecho, muchos teóricos en esta tradición ni siquiera aceptan que el derecho tenga un propósito o función general, menos aún coinciden en que toda una tradición de pensamiento iusfilosófico converge en una idea sobre la función del derecho que, según Dworkin, no es controvertida. Dichos teóricos puede que acepten que leyes individuales o áreas del derecho tengan una o varias funciones, pero en su pensamiento no existe la idea de que el derecho como institución social tenga una función o propósito general.¹⁶⁴

Entonces la pregunta es: ¿cómo solventa Dworkin este tipo de objeciones a su idea de un propósito o función que tiene el derecho, el cual supuestamente no es controvertido y tiene el carácter de provisional? Principalmente, las aborda tratando de minimizar la existencia de dichas objeciones y cuando resulta necesario reconocerlas, las reinterpreta ajustándolas a su propia perspectiva: “No hay duda de que existen excepciones a esta afirmación, es decir, teorías que retan en lugar de elaborar la conexión que se asume entre el derecho y la justificación de la coerción. Pero no son tantas como a primera vista aparece”.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Véase e. g., Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., con un *post scriptum* editado por P. A. Bulloch y J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 248-250; Raz, J., “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, vol. 4, 1998, especialmente pp. 2-4.

¹⁶⁵ Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, nota 17, pp. 93 y 94.

Esta transcripción termina con una referencia a una nota en donde Dworkin sostiene que el positivismo jurídico, para poder ser una explicación plausible del derecho, tiene que intentar entenderlo desde la función de justificar la coerción del Estado.¹⁶⁶ Además, no sin un ligero giro en el argumento, Dworkin también interpreta al positivismo jurídico como una postura similar a la de su teoría, un positivismo jurídico comprometido con la noción de cómo *se* tiene que justificar la coerción estatal; es decir, una noción relativa a la protección adecuada de los derechos individuales contra la interferencia del gobierno.¹⁶⁷

Entonces, contrariamente a las manifestaciones oficiales sobre su naturaleza provisional, Dworkin, al parecer, cree que el adoptar un punto de vista con relación al propósito o función del derecho e incluso defender una noción muy similar a la de él, es esencial en cualquier teoría adecuada del derecho. Efectivamente, su postura es que no existe alternativa al enfoque que él adopta: todas las teorías del derecho que son dignas de tomarse en consideración presuponen o dependen de los argumentos sobre la función del derecho, los cuales son generalmente similares a los defendidos en su teoría: “Una concepción del derecho *tiene* que explicar cómo, lo que considera es derecho, proporciona una justificación general para el ejercicio del poder coercitivo del Estado”.¹⁶⁸

En lo que resta de este capítulo, examinaré esta última afirmación a través de un estudio comparativo entre Dworkin y Raz sobre los puntos de vista que en sus

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 429 y 430, n. 3.

¹⁶⁷ Véase *e. g.*, Dworkin, R., “A Reply by Ronald Dworkin”, en Cohen (ed.), *Ronald Dworkin...*, *cit.*, nota 115, p. 248; Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, capítulo 4 y pp. 429 y 430, n. 3.

¹⁶⁸ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, p. 190 (el énfasis es mío).

respectivas teorías desempeñan los argumentos sobre la función del derecho. El objetivo es poner la tesis de Dworkin en duda, tesis que sostiene que cualquier filosofía del derecho adecuada tiene que explicar al derecho desempeñando el papel de proporcionar una justificación general para el ejercicio de la coerción estatal. En la sección II que sigue, inicio argumentando que un rival importante a esta tesis de Dworkin —principalmente la explicación del derecho que ofrece Joseph Raz— no se ocupa en ver al derecho como si tuviera la función de proporcionar una justificación a la coerción del Estado. Esto intenta demostrar que el punto de vista de Dworkin, con relación a la función del derecho, no figura como algo no controvertido, e intenta demostrar también que existe un lugar para una teoría del derecho adecuada que no necesita recurrir a argumentos evaluativos directos o morales para favorecer la idea de que el derecho tiene determinada función. En la sección III, continúo mi análisis crítico en relación a los puntos de vista de Dworkin, al discutir algunas consideraciones que inciden negativamente para apoyar la peculiar forma en que utiliza argumentos de la función del derecho para defender la explicación del derecho que ofrece.

II. DWORKIN VS. RAZ: LOS ARGUMENTOS PROVENIENTES DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO

Entonces, Dworkin sostiene que el positivismo, a pesar de protestas en contra por parte de algunos de sus defensores, tiene que apelar a la función o propósito del derecho si es que desea defender adecuadamente su explicación del derecho. El argumento específico sobre la función del derecho que Dworkin atribuye al positivismo tiene que ver con un tema que dominó ampliamente en el capítulo anterior, es decir, el tema sobre la naturale-

za de los estándares que se emplean para identificar el derecho. Ciertamente es una tesis central del positivismo el que la identificación de las normas jurídicas descansa en un análisis de hechos sociales, de tal forma que el derecho puede identificarse sin recurrir a argumentos morales. Dworkin sostiene que es en esta tesis —generalmente denominada social— donde localizamos en el positivismo el argumento proveniente de la función del derecho:

Sin embargo, la pregunta importante no es si Hart o cualquier otro filósofo del derecho se encuentra comprometido con la tesis de que los estándares del derecho tienen que hacer al derecho algo razonablemente demostrable. Dicha tesis está conectada a una teoría más general del derecho, en particular a una idea sobre la función del derecho. Se trata de la tesis que sostiene que el derecho proporciona de manera estable, pública y confiable, un conjunto de estándares para la conducta privada y oficial, estándares cuyo carácter vinculante no pueden ser cuestionados por una percepción que sobre aspectos de política pública o moralidad sostenga una percepción oficial individual.¹⁶⁹

De acuerdo con esta lectura, los positivistas ven la función del derecho como aquella que defiende los ideales del imperio de la ley —o Estado de derecho—, especialmente “el ideal de expectativas tuteladas”.¹⁷⁰ Esta noción acerca de la función del derecho puede utilizarse para reforzar la explicación del derecho ofrecida por el positivismo, y particularmente proporcionar sustento a la tesis social, la cual caracteriza correctamente un as-

¹⁶⁹ Dworkin, “A Reply by Ronald Dworkin”, en Cohen (ed.), *op. cit.*, nota 115, p. 248. Este párrafo aparece también en Dworkin, R., “A Reply to Critics”, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 347.

¹⁷⁰ Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, p. 117.

pecto en el derecho. Al sostener que el derecho se identifica a través de hechos sociales y sin necesidad de recurrir a argumentaciones morales, la tesis social puede encontrar apoyo de la idea de que ciertamente es la función del derecho el defender el ideal de expectativas tuteladas, promulgando una serie de estándares públicos claros y confiables sobre los cuales se basan los individuos para organizar sus vidas.¹⁷¹

Joseph Raz ha aceptado que al argumentar a favor de su versión de la tesis social —es decir, la tesis de las fuentes sociales—¹⁷² efectivamente apela a consideraciones que tienen una similitud con las mencionadas por Dworkin en la cita anterior. En varios puntos de su trabajo, Raz argumenta a favor de la tesis de las fuentes sociales con el fundamento de que dicha idea explica ciertos aspectos de nuestra forma de entender las funciones que el derecho pretende servir. Me gustaría repasar algunos de estos argumentos en lo que sigue de esta discusión para contrastarlos con el tipo de argumentos proveniente de la función del derecho que utiliza Dworkin en su teoría y que a su vez también en su lectura atribuye a muchas otras teorías.¹⁷³

¹⁷¹ Al esbozar el argumento de Dworkin, estoy ignorando las complicaciones que pueden surgir si se aplica al llamado positivismo “suave” o “incluyente” (ver en el capítulo quinto la nota al pie 109 para bibliografía concerniente a obras del positivismo suave o incluyente). Sin embargo, dado que Raz no es un positivista suave, y tomando en consideración que es el trabajo de él el que considero aquí, dicha problemática no tiene porque ser un obstáculo en la discusión que sigue.

¹⁷² Sobre la tesis de las fuentes sociales, véase Raz, J., *The Authority of Law, cit.*, nota 53, capítulo 3.

¹⁷³ Debo advertir que dado que mi preocupación se centra en los presupuestos metodológicos de la postura de Raz, no pretendo defender ni hacer justicia a los argumentos de Raz referentes a su teoría sustantiva sobre la naturaleza del derecho. Para el estudio de estos aspectos se recomienda revisar las notas que acompañan el texto.

En su ensayo “El positivismo jurídico y las fuentes del derecho”,¹⁷⁴ Raz obliga a centrar la atención en la idea común de que para poder vivir juntos en sociedad y para poder tener la oportunidad de perseguir nuestras diferentes metas, son necesarios ciertos esquemas de cooperación, coordinación y tolerancia. La gente tiene opiniones muy diversas con relación a cómo se debe organizar la sociedad y Raz sostiene que por lo mismo, es una función fundamentalmente importante del derecho el que pueda elegir entre todos estos puntos de vista personales, un punto de vista público acerca de lo que se debe hacer y cómo debemos actuar o dejar de actuar, un punto de vista que pretenda ser vinculante para todos los miembros de la sociedad, independientemente de sus posibles desacuerdos con el mismo. Debemos aclarar que Raz ciertamente no sostiene que cualquier solución a los problemas de coordinación de la sociedad, o a cualquier otro problema, elegidas por el derecho, debe ser considerada como verdadera y moralmente dotada de autoridad, o vinculante moralmente para todos los miembros de dicha sociedad. Para ponerlo en términos de la teoría de Raz, esto dependerá de si la solución que determina el derecho cumple con las condiciones mencionadas en la tesis normal de justificación,¹⁷⁵ e incluso reuniendo estas condiciones, dependerá de si existen ra-

¹⁷⁴ En Raz, *The Authority of Law, cit.*, nota 53, capítulo 3, especialmente pp. 50-52.

¹⁷⁵ “Tesis normal de justificación: La manera normal en que se determina que debe reconocerse que una persona posee autoridad sobre otra consiste en demostrar que es más probable que el sujeto que cumple con las razones que ya se le aplican (que no son las de la autoridad) acepta las directivas de la supuesta autoridad como autoritativas y vinculantes, e intenta seguirlas, en lugar de que dicho sujeto intente seguir las razones que se le aplican directamente”. Raz, J., “Authority, Law and Morality”, *Ethics in the Public Domain, cit.*, nota 2, p. 214.

zones en conflicto, en un caso específico, que se superponen a la tesis normal de justificación.¹⁷⁶ La tesis de Raz más bien sostiene que dado que la sociedad se encuentra inevitablemente sujeta a dichos problemas de coordinación, etcétera, es una función importante del derecho el que expida reglas para aquellos a quienes se dirige, reglas supuestamente autoritativas que *pretenden* ser vinculantes sólo por el hecho de que fueron expedidas por la autoridad respectiva e independientemente de si se encuentran justificadas a partir de otros sustentos, o de acuerdo a otras creencias que tienen los miembros de la sociedad respectiva. Conforme a Raz, constituye parte de cómo entendemos lo que el derecho pretende ser y el tipo de funciones que intenta desarrollar, el que lo entendamos expidiendo directivas que pretenden estar dotadas de autoridad de esta forma. La tesis de las fuentes sociales del derecho adquiere un respaldo de este argumento referente a una de las funciones del derecho, dado que, sostiene Raz, sólo será posible que el derecho expida reglas para aquellos a quienes se dirige, reglas supuestamente autoritativas que pretenden ser vinculantes por el solo hecho de que las expide la autoridad respectiva, si existe una manera de identificar dichas reglas que sea establecida públicamente y que no nos exija recurrir a argumentos morales.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Véase e. g., Raz, J., *The authority of Law, cit.*, nota 53, capítulo 12; Raz, J., "The Obligation to Obey: Revision and Tradition"; Raz, J., "Authority, Law and Morality", *Ethics in the Public Domain, cit.*, nota 2, y Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, parte I.

¹⁷⁷ Véase Raz, J., *The Authority of Law, cit.*, nota 53, pp. 50-52. Para una serie de argumentos más complejos a favor de la tesis de las fuentes sociales y basados en la naturaleza autoritativa del derecho, véase Raz, "Authority, Law and Morality", *Ethics in the Public Domain, cit.*, nota 2.

No obstante lo anterior, persisten diferencias fundamentales entre las posturas de Raz y Dworkin en cuanto al papel que desempeñan los argumentos referentes a la función del derecho para dar sustento a las teorías jurídicas. Existen dos puntos de confrontación entre ambas posturas que me gustaría resaltar. Primero, Raz, a diferencia de Dworkin, no sostiene que el derecho se pueda caracterizar como si tuviera cualquier función única en general, de cualquier naturaleza. Segundo, Raz, al desarrollar y defender su explicación sobre la naturaleza del derecho, utiliza argumentos referentes a las diferentes funciones a las que el derecho puede servir, sin embargo, estos argumentos no son tan directos o moralmente evaluativos que lleven a que el derecho tenga determinadas funciones.

Para iniciar con el primer punto: como mencionamos al finalizar la sección anterior, Raz, al igual que Hart, no está por la labor de guiar su teoría y su caracterización de esta institución social, por *cualquier* concepción referente a *la* función general del derecho. El proporcionar estándares de conducta determinados públicamente que pretenden expresar un juicio dotado de autoridad y vinculante sobre cómo deben actuar los miembros de la sociedad es una función importante que el derecho cumple, pero es sólo eso: una función entre muchas y potencialmente otras que puede cumplir esta institución social. Otras funciones pueden ser, por ejemplo, el resolver disputas no reguladas, el proporcionar servicios y redistribuir bienes, el fortalecer la unidad e identidad nacional, y cambiar e influenciar los valores sociales.¹⁷⁸ Entonces, a diferencia de Dworkin, Raz no entiende al derecho como si tuviera una función en lo general desde la cual se deba caracterizar:

¹⁷⁸ Véase Raz, *The Authority of Law*, *cit.*, nota 53, capítulo 9.

Creo que la justicia no es la última aspiración del derecho, dado que no existe sólo una virtud moral a la que todo el derecho aspire por su naturaleza, salvo el ser algo bueno: es decir, ser como debe ser. Esto significa que debe ser justo y generoso, compasivo y muchas otras cosas. Es importante recordar que el derecho no tiene una función específica (no obstante en su conjunto o en partes tenga muchas de estas funciones).¹⁷⁹

En segundo término, es importante hacer notar que Dworkin afirma —mientras Raz efusivamente niega— que el proporcionar apoyo para la tesis de las fuentes sociales a través de un argumento referente a una de las funciones del derecho implica llevar a cabo un juicio acerca del valor moral de determinado aspecto del derecho, o bien, implica un argumento de evaluación directa o moral que favorece que el derecho tenga determinada función. Permítanme explicar: para Dworkin, el entender al derecho como si tuviera una función y específicamente el entenderlo en términos de la función que le atribuye, es un intento de entender desde la mejor perspectiva moral lo que hace. La idea es mostrar al derecho desde su mejor perspectiva de acuerdo a su género, el uso justificado de la fuerza gubernamental. Dado que esta presunción metodológica rodea todo el pensamiento de Dworkin sobre el derecho, él piensa que el positivismo jurídico también se entiende mejor, como si apelara a un argumento sobre la función del derecho que pretende presentar al derecho desde su mejor perspectiva moral. “La concepción convencionalista del derecho... es interpretativa... Argumenta que esta forma de describir la

¹⁷⁹ Raz, “Postema on Law’s Authority and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *cit.*, nota 164, pp. 1-20.

práctica jurídica muestra a dicha práctica desde su mejor perspectiva”.¹⁸⁰

Sin embargo, este no es el sentido en que el positivismo de Raz apela a una de las funciones del derecho para, a su vez, argumentar a favor de la tesis de las fuentes sociales del derecho. Raz ha intentado fijar la diferencia que existe entre su postura y la de Dworkin de la siguiente manera:

...es engañoso considerar la tesis y el argumento defendido aquí como morales. El argumento ciertamente es evaluativo, pero lo es en el sentido de cualquier teoría aceptable que en relación a la sociedad se basa en consideraciones evaluativas, dado que el éxito de estas teorías consiste en resaltar estructuras y procesos sociales importantes y cada juicio sobre la importancia es evaluativo.¹⁸¹

Esta transcripción, con su referencia implícita a los dos tipos de argumentos evaluativos, nos conduce de nuevo a la discusión mencionada en los capítulos segundo y

¹⁸⁰ Dworkin, *Law's Empire*, cit., nota 17, p. 116. El “convencionalismo” es el *alter ego* dworkiniano del positivismo jurídico, donde se entiende esta postura positivista como una concepción interpretativa del derecho (véase *Law's Empire*, capítulo 4). Dworkin no sostiene que es a través del convencionalismo la única forma de entender al positivismo jurídico, pero la discusión que lleva a cabo sobre el mismo sí demuestra el papel que Dworkin estima tienen que desempeñar los argumentos sobre la función del derecho en el positivismo jurídico si es que quiere ser capaz de proporcionar una explicación plausible del derecho. Además, Dworkin le atribuye al positivismo jurídico el argumento funcional ya mencionado, incluso antes de reinterpretarlo de acuerdo a las nociones convencionalistas en *Law's Empire*, lo anterior resulta claro, por ejemplo, en esta contribución previa: Dworkin, “A Reply by Ronald Dworkin”, en Cohen (ed.), *op. cit.*, nota 115, p. 248.

¹⁸¹ Raz, “Authority, Law and Morality”, *Ethics in the Public Domain*, cit., nota 2, p. 235 (se omite la nota contenida en el texto que se cita).

tercero sobre la teoría jurídica de evaluación indirecta. Los puntos que se discutieron en estos capítulos intentaron disipar el mito de que positivistas jurídicos como Raz buscan una explicación de la naturaleza del derecho “libre de valoración” e intentaron también explicar la forma en que tales teorías necesitan recurrir a proposiciones que denominé proposiciones evaluativas indirectas para apoyar las explicaciones del derecho que ofrecen. Este último punto es vital en este contexto, dado que, como se explicará más adelante, el argumento de Raz sobre una de las funciones del derecho sí emplea juicios de evaluación indirecta referentes a las características del derecho, pero no es un intento de atribuir una función general al derecho para presentarlo desde su mejor perspectiva moral.

Entonces, para Raz, apoyar la tesis de las fuentes sociales del derecho con un argumento sobre una de las funciones del mismo —principalmente la función de proporcionar estándares de conducta que se puedan determinar públicamente, los cuales pretenden expresar un juicio autoritativo y vinculante con relación a cómo debe organizarse la sociedad— simplemente significa sostener que la tesis de las fuentes sociales del derecho refleja y explica un importante aspecto de la forma en que entendemos cómo funciona la institución social denominada derecho. La tesis de Raz es que la existencia de instituciones sociales que pretenden emitir directivas dotadas de autoridad de la manera y por las razones ya mencionadas anteriormente, es una característica importante de la vida social. Tales instituciones evidentemente tendrán una influencia persuasiva en nuestras vidas en sociedad y en los procesos de razonamiento práctico, dado que expiden directivas supuestamente autoritativas y vinculantes las cuales, en efecto, exigen que dejemos a un lado nuestras propias perspectivas so-

bre cómo debemos actuar con relación a determinados temas, para seguir el punto de vista que ha sido determinado por el derecho, dado que en caso contrario, estaremos a disposición del poder coercitivo del mismo.

Independientemente de si dichas instituciones jurídicas se encuentren justificadas en actuar de esa forma, ésta es la manera en que invariablemente operan y una característica importante del derecho que debemos explicar. Raz, al defender la noción mencionada anteriormente, es decir, que la tesis de las fuentes sociales del derecho explica cómo es posible que el derecho lleve a cabo una de sus funciones principales, no intenta mostrar al derecho desde su mejor perspectiva moral. Ni siquiera intenta resaltar la sustancia moral o inmoral de lo que está haciendo el derecho en asuntos específicos, tampoco es su interés el considerar si instituciones que emiten directivas supuestamente dotadas de autoridad o vinculantes son moralmente valiosas. Más bien, lo que se defiende es que la existencia de tales instituciones y la forma particular en que actúan es importante para entender el derecho y entender, dada su presencia, cómo se encuentra delimitado nuestro mundo social.

Por tanto, Raz apoya su tesis de las fuentes sociales del derecho, y explica cómo es que el derecho puede llevar a cabo ciertas funciones, lo anterior con base en ciertos juicios evaluativos referentes a aquello que resulta importante sobre cómo funciona: no obstante que esta atribución de importancia a dichos aspectos del derecho que la tesis de las fuentes sociales refleja y explica involucra una evaluación, ésta no se traduce en una evaluación directa o moral de justificación, mucho menos de reivindicación, del contenido o sustancia de lo que el derecho está haciendo o de los medios por los cuales opera. Lo que Raz intenta hacer es resaltar la importancia de una institución social que pretende tener autoridad so-

bre nosotros y que, por ello, emite directivas que intentan afectar nuestros procesos de razonamiento práctico de determinada manera.

Independientemente de si el derecho realmente goza de autoridad sobre nosotros, independientemente de si debemos aceptar las directivas del derecho como vinculantes e independientemente de si la existencia de tales supuestas autoridades es algo moralmente bueno o malo, a Raz no le interesan estas interrogantes al momento de construir su argumento basado en una función del derecho para defender la tesis de las fuentes sociales del derecho ya mencionada. Al utilizar el tipo de argumento a favor de la tesis de las fuentes sociales del derecho que Raz emplea, un filósofo del derecho no necesita involucrarse en determinar si la función de proporcionar estándares de conducta públicamente determinables, sin recurrir a argumentos morales es meritoria moralmente o no. En lugar de ello, lo único que tiene que estar en posibilidades de determinar es que esto es una de las cosas que el derecho invariablemente hace, que es un aspecto importante de su forma de operar y que desempeña un papel importante en cómo conciben, los que están sujetos al derecho, las funciones que pretende cumplir y cómo éstos utilizan el derecho en el curso de su razonamiento de lo que deben hacer.

La distinción implícita en los párrafos anteriores entre, por una parte, la evaluación que elige ciertas características del derecho como centrales en nuestra experiencia social y por tanto, importantes de ser explicadas, y por la otra, una evaluación que involucra un juicio moral sobre lo bueno o malo de dichas características del derecho es, por supuesto, nada más y nada menos que la distinción entre evaluación indirecta y evaluación directa que discutí en el capítulo tercero. El argumento proveniente de una de las funciones del derecho que acabo de men-

cionar demuestra la forma en que Raz necesita recurrir a una evaluación indirecta para apoyar la noción de que la tesis de las fuentes sociales del derecho proporciona una explicación adecuada y correcta de un aspecto del derecho. Sin embargo, como el análisis del capítulo tercero pretendió demostrar, las proposiciones de evaluación indirecta concernientes a determinada característica del derecho no implican ninguna proposición de evaluación directa en relación a dicha característica. Al sostener que el expedir juicios supuestamente dotados de autoridad y vinculantes en relación a qué se debe hacer, es una característica o función importante del derecho que la tesis de las fuentes sociales ayuda a esclarecer; Raz no está encomendándole a dicha noción o función del derecho la característica de buena, además, ningún juicio de este tipo se sigue de esta afirmación.

Por otra parte, como también se discutió en el capítulo tercero, un juicio con relación a que determinada característica del derecho es importante, puede justificarse o ser apoyada de otra forma distinta que no sea a través de una evaluación directa que determine que dicha característica es buena. En los términos de la presente discusión, ésta no es más que otra forma de manifestar el punto ya explicado de que no es necesario que el filósofo del derecho tome una postura de si es una cuestión moralmente buena el pretender solucionar ciertos asuntos de manera autoritativa proporcionando estándares de conducta públicamente determinados de la forma en que lo hace el derecho para saber si lo estipulado por tales estándares es una característica importante del derecho. Tal juicio acerca de la importancia puede encontrar respaldo en el hecho de que la característica que comentamos revela la forma distintiva en que opera el derecho, resalta la estructura de las pre-

tensiones que tiene y desempeña un papel importante en la forma en que entendemos y nos orientamos en nuestro mundo social dada la existencia del derecho, en lugar de que el juicio mismo gire en torno a la adscripción de un valor moral en relación con tal característica.

Otro ejemplo de este tipo de argumentos de evaluación indirecta vertidos a favor de otra de las tesis en la teoría del derecho de Raz, lo podemos encontrar en las últimas páginas de su ensayo "Autoridad, derecho y moralidad".¹⁸² En la sección última de este ensayo, Raz sucintamente intenta defender la tesis de las fuentes sociales del derecho, de la crítica que menciona que dicha tesis asume una perspectiva poco plausible de la intención en la legislación. De acuerdo a Raz, se parte del punto de que el derecho necesariamente pretende gozar de autoridad, el que las fuentes del derecho, tal como la legislación, se deban entender como si expresaran el punto de vista de alguien con relación a cómo se deben comportar aquellos bajo el dominio del derecho en lo que respecta a las cuestiones que abarca la legislación. Esto, según la objeción, no es plausible, dado que en el caso de la legislación, se está asumiendo que siempre podemos atribuir dicho punto de vista a aquellos que tienen la tarea de elaborar el derecho, cuando en realidad sabemos que en ocasiones los legisladores votan sin saber mucho acerca de la iniciativa que tienen frente a ellos y que tienen como intención solamente el llegar a casa lo antes posible. Raz acepta que existen muchas complejidades al atribuir intenciones más que a los individuos a instituciones y es una cuestión problemática el entender el papel que tales intenciones desempeñan en la interpre-

¹⁸² Raz, "Authority, Law and Morality", sección VI, *Ethics in the Public Domain*, cit., nota 2, pp. 235-237.

tación del derecho.¹⁸³ Pero su principal afirmación es que siempre tenemos que atribuir a los legisladores una intención o punto de vista acerca de cómo deben actuar aquéllos bajo el dominio del derecho, por lo menos al grado de considerar sus votos como intenciones de que la iniciativa que están votando se convertirá en ley, y que va a ser interpretada de acuerdo con las convenciones que en la jurisdicción se tengan sobre la interpretación.

La postura metodológica de Raz se pone de manifiesto en la forma en que defiende esta tesis. Él argumenta que se justifica que consideremos las acciones de aquellos que legislan en la forma en que lo describe, dado lo fundamental que resultan para nuestra experiencia social las instituciones que pretenden hacer lo que las legislaturas pretenden hacer, *i. e.*, expresar el juicio colectivo y vinculante de la sociedad acerca de cómo deben comportarse sus integrantes con relación a determinados asuntos.

Raz sostiene que simplemente es parte de la forma en que pensamos acerca de nosotros y nuestro mundo social el que consideremos como muy importante el que una institución como el Parlamento del Reino Unido exista y que ha sido diseñado para que pueda servir la función de presentar un punto de vista supuestamente autoritativo y vinculante, en la forma de legislación que nace del mismo, acerca de cómo se deben comportar las personas. Los procedimientos a través de los cuales una iniciativa se convierte en ley son prueba fehaciente de que el objetivo principal de una institución como el Parlamento del Reino Unido es que permite que los puntos de vista de sus integrantes se conviertan en ley: ¿por

¹⁸³ Véase además, Raz, J., "Intention in Interpretation", en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

qué entonces dichos procedimientos generan acuerdos para que los miembros del Parlamento puedan debatir, fijar sus desacuerdos, para que busquen modificar y en su caso aprobar o rechazar un conjunto de propuestas dotadas de determinado contenido, si no es para permitirles a dichos miembros del Parlamento el que eventualmente expresen un punto de vista colectivo y supuestamente vinculante sobre lo que se debe hacer relacionado con los temas que abordan las propuestas? Dado lo importante que resulta a la forma en que pensamos las instituciones políticas y jurídicas el que el legislativo funcione de tal forma que manifieste un punto de vista supuestamente vinculante sobre lo que se debe hacer relacionado con ciertos temas, se justifica el que siempre interpretemos a los miembros del Parlamento por lo menos con una mínima intención de que la iniciativa que votaron a favor se convertirá en ley que será interpretada de acuerdo a las convenciones de interpretación de su jurisdicción.

De nuevo se debe señalar que el punto fundamental en esta discusión es que al hacer juicios de evaluación indirecta en relación con la importancia de ciertas funciones que pretende cumplir el derecho y las instituciones jurídicas, Raz no pretende demostrar que dichas instituciones moralmente valgan la pena, tampoco el objetivo es mostrarlas desde su mejor perspectiva moral. Al contrario, el objetivo es subrayar la importancia de su presencia y la forma en que operan ciertas instituciones sociales relevantes y utilizar estas nociones para defender un punto de vista sobre ciertos aspectos del derecho. Como lo señala Raz:

al sostener que dichas características son importantes, uno no las está elogiando como buenas. Su importancia puede ser aceptada por anarquistas que rechazan cual-

quier tipo de posibilidad de legitimación para este tipo de instituciones. Lo único que se sostiene es la importancia de estas instituciones para nuestra experiencia social, instituciones que expresan una pretensión de ser el juicio colectivo y vinculante de su sociedad, acerca de cómo la gente debe actuar.¹⁸⁴

Podemos concluir nuestro repaso de la postura de Raz considerando brevemente algunos comentarios que realiza al argumentar en contra de las explicaciones del derecho basadas en la coherencia.¹⁸⁵ Él sostiene que el punto de partida de la autoridad que pregona al analizar el derecho explica mejor su naturaleza institucional que el punto de vista basado en la coherencia, además, desarrolla, para estos efectos, la naturaleza de su argumento de la siguiente forma:

mientras que el argumento, al igual que el de Dworkin, se basa tanto en hechos familiares y controvertidos sobre el derecho y en la evaluación, la evaluación concerniente no es una de orden moral, y tampoco se preocupa por mostrar al derecho norteamericano a partir de sus (mejores) ventajas morales. En lugar de ello, la evaluación concierne aspectos estructurales del razonamiento práctico, y no su contenido (relacionados con la autoridad, justificaciones independientes de contenido de los principios, frente a su directa y justificación dependiente de contenido). La evaluación se refiere a lo que resulta ser

¹⁸⁴ Raz, "Authority, Law and Morality", *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, nota 2, p. 236.

¹⁸⁵ La parte sustantiva de esta perspectiva se puede ver en Raz, J., "The Relevance of Coherence", *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, nota 2, pp. 277 a 325. De nuevo advierto, mi preocupación se centra en las ideas de Raz sobre la metodología de la filosofía del derecho que subyacen a este argumento, entonces no me ocuparé de lo sustantivo del argumento mismo, lo cual además, no puedo explicar en estos momentos.

importante para entender los procesos que dan forma a nuestro entorno social, *e. g.*, el que la existencia de la autoridad social es importante, y no mostrarlos como moralmente valiosos.¹⁸⁶

Esta cita proporciona un buen resumen de algunos de los aspectos de la postura metodológica de Raz que estoy intentando elucidar. Una cosa que resulta importante resaltar es la forma en que aquello que anteriormente mencioné como el “enfoque institucional”¹⁸⁷ para entender al derecho de Raz, nutre la metodología que adopta.

Para Dworkin, en la teorización sobre el derecho la mira se centra en la adscripción de valor moral y político tanto a la sustancia de las leyes en lo particular, como a características exhibidas por el derecho en general, para con ello intentar darle el mejor sentido moral a lo que hace el derecho. Esto da como resultado que los criterios para una teoría exitosa sean esencialmente criterios morales: dado que para Dworkin, la mejor teoría del derecho es aquella que presenta el contenido del derecho desde un grado menor o mayor de abstracción, desde su mejor perspectiva moral, como si fuera un ejemplo de una justificada coerción gubernamental.

Para Raz, sin embargo, los criterios de éxito de las teorías jurídicas no se encuentran en la forma en que dichas teorías adscriben valor moral a las características del derecho, o bien, que se muestren desde su mejor perspectiva moral, más bien radican en la habilidad de dichas teorías de resaltar y explicar la importancia de características estructurales del derecho que juegan un papel central en nuestro entendimiento de nosotros mismos y el entendimiento del contexto social y político en

¹⁸⁶ Raz, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, nota 2, pp. 300 y 301, n. 35.

¹⁸⁷ Véase el final de la sección I de este capítulo.

el que opera un sistema jurídico. Desde este punto de vista, las indagaciones en la filosofía del derecho no se preocupan principalmente por el contenido o la sustancia moral o inmoral del derecho, más bien, la preocupación radica en la forma institucional con la que opera el derecho: la *forma* distintiva en la que hace las cosas que hace, y las instituciones a través de las cuales las hace. Una teoría adecuada del derecho debe estar en posibilidad de elegir y explicar cuáles son las características más importantes de dicha forma de operar, incluyendo las vías institucionales a través de las cuales el derecho opera y las formas peculiares en las que el derecho incide en y da forma a nuestros procesos de razonamiento práctico, además de ejercer su influencia en cuestiones que para nosotros guardan un interés práctico.¹⁸⁸

Para llevar a cabo estas labores adecuadamente, el teórico del derecho tiene que ocuparse en evaluar, pero en lo que he venido a referirme como una evaluación indirecta sobre la importancia de ciertas características estructurales del derecho y de las instituciones jurídicas que resultan ser centrales para la comprensión de nosotros mismos, no se trata de una evaluación directa o moral ni de una justificación de dichas características. El punto interesante que debemos tener presente en este contexto es la forma en que esta distinción entre juicios de evaluación indirecta y de evaluación directa, se asemeja a la distinción entre el enfoque institucional en la teoría del derecho —que se ocupa en resaltar la existencia, estructura y forma de operar de ciertas características importantes del derecho— y el enfoque de Dworkin, el cual se ocupa de evaluar moralmente y justificar ciertas de esas características (especialmente la supues-

¹⁸⁸ En relación a este punto, recuérdese la discusión llevada a cabo en el capítulo tercero, sección II.

ta función del derecho) para identificar y explicar el derecho.

Para resumir esta discusión: cuando se le confronta a Dworkin la cuestión de que no todas las teorías conciben al derecho desde un punto de vista que tiene la función de justificar la coerción del Estado, este autor intenta sostener que tal teoría —positivismo jurídico— tiene que emplear, para efectos de dar una explicación adecuada del derecho, un argumento sobre el propósito o función general del derecho parecido al suyo. La discusión anterior intenta demostrar que hay más en el espectro metodológico de la filosofía del derecho con el que sueña esta filosofía. El positivismo de Raz no asume que la función del derecho es justificar moralmente la coerción estatal, para con ello apoyar distintos aspectos de la explicación del derecho que proporciona. Desde este enfoque, los juicios de evaluación indirecta referentes a cuáles de las características del derecho resultan muy importantes de explicar, efectivamente se refieren a algunas de las funciones que estimamos el derecho lleva a cabo, sin embargo, esas evaluaciones se refieren a la importancia de funciones para entender la institución social que las exhibe sin llegar a asumir que el derecho tiene una función general y sin atribuirle un valor moral en relación a tal función.¹⁸⁹

¹⁸⁹ El lector interesado, quizás desee comparar mi lectura de la postura metodológica de Raz con una lectura mucho más dworkiniana proporcionada por Stephen Perry. Véase *e. g.*, Perry, S. R., "Hart's Methodological Positivism", *Legal Theory*, vol. 4, 1998, p. 464; Perry, S. R., "Interpretation and Methodology in Legal Theory", en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 125. Perry es, por supuesto, uno de los que han aportado más a este tema y es lamentable que las limitaciones del presente trabajo me impidan ocuparme de su punto de vista, salvo los breves comentarios vertidos en la sección II del capítulo segundo.

Además, el hecho de que la postura de Raz esté tan fuertemente opuesta a la concepción de Dworkin sobre la función del derecho, apoya la opinión que expresé en la sección anterior, en el sentido de que esta concepción está lejos de constituir una idea provisional, no controvertida y suficientemente abstracta a la que asientan todos los teóricos del derecho para conducirse al mismo plano interpretativo. Como lo mencioné en la sección I, y que en estos momentos debe ser ampliamente más claro, la perspectiva de Dworkin sobre la función del derecho no simplemente nos lleva al mismo plano interpretativo, sino que define la composición, estrategia y postura de un equipo iusfilosófico al que Dworkin, erróneamente desde mi punto de vista, estima debemos pertenecer si es que los positivistas quieren tener la posibilidad de construir una teoría jurídica plausible. Este equipo que Dworkin sostiene se ubica en el mismo plano interpretativo y se integra con aquellos teóricos que creen que: *a)* es necesario evaluar moralmente el derecho para entenderlo; *b)* cualquier teoría del derecho adecuada explicará cómo la función general del derecho consiste en justificar y controlar la coerción del Estado, y *c)* una teoría del derecho exitosa mostrará al derecho desde su mejor perspectiva moral como una que justifica el uso de tal coerción. La discusión en esta sección pretende demostrar que aquellos teóricos del derecho que, como Raz, adoptan un enfoque de evaluación indirecta hacia la teoría del derecho, no son miembros de tal equipo. Es decir, no aceptan que el proporcionar una justificación general de la coerción del Estado es el principal objetivo de la filosofía del derecho, tampoco admiten que sea necesario intentar proporcionar tal justificación para entender al derecho adecuadamente.

III. CONSECUENCIAS DE LA METODOLOGÍA: PARA RECONSIDERAR EL PAPEL DE LA TEORÍA JURÍDICA

La anterior discusión intentó resaltar el enfoque de evaluación indirecta en la teoría jurídica desde otro ángulo, *i. e.*, a través del análisis de la perspectiva de Dworkin sobre el papel que tienen que desempeñar los argumentos sobre la función del derecho en teorías del derecho exitosas. Al proceder de esta forma, otro objetivo era trabajar a partir del análisis llevado a cabo en capítulos anteriores. Sin embargo, como lo he tratado de subrayar a lo largo de este trabajo, es claro que se requieren más argumentos para reivindicar, más que para profundizar nuestro entendimiento de la teoría jurídica de evaluación indirecta, ilustrada aquí a través de algunos aspectos de la postura metodológica de Raz. En parte, esto se debe a la cuestión que comentamos en el capítulo I, en el sentido de que este trabajo deja bastante terreno inexplorado con relación a la pregunta de si las metodologías pueden ser evaluadas independientemente de las teorías sobre las cuales descansan. En este caso, el libro no toma una postura definitiva con relación a qué tanto alcance tienen los argumentos contra la postura metodológica de Dworkin, o aquellos a favor de la que defiende Raz, independientemente de otras consideraciones referentes a los aspectos sustantivos de sus respectivas teorías del derecho.

Sin embargo, como también se mencionó en el capítulo primero, independientemente de la perspectiva que guardemos en la relación entre metodologías y las teorías que aquellas apoyan, las discusiones en el libro sí se refieren a esta parte del debate entre teorías jurídicas que se ocupan de la metodología. Por tanto, mi objetivo en esta parte del libro se caracteriza mejor señalando que logra presentar las suposiciones metodológicas

detrás de las posturas respectivas de Dworkin y Raz, y profundiza nuestro entendimiento de las mismas y dirige las exploraciones para saber lo que dichas posturas revelan en términos de las posibilidades para —y límites de— una teoría jurídica. Este proyecto continua en esta última sección del presente capítulo,¹⁹⁰ donde brevemente intento extraer algunas de las consecuencias del enfoque que Dworkin adopta para entender el derecho.

Entonces, ¿cuáles son las consecuencias que se siguen de la peculiar perspectiva de Dworkin en relación con la tesis de la evaluación moral y la de justificación moral?, es decir, que para identificar y entender el derecho, según Dworkin, es necesario mostrarlo desde su mejor perspectiva moral posible en cuanto a su habilidad de vigilar y justificar la fuerza colectiva gubernamental. Un punto sobre el cual quiero centrar la atención es que este enfoque da como resultado el que Dworkin impida, desde el inicio, la discusión sobre si el derecho es más o menos una cuestión inherentemente moral, dado que con este enfoque se restringen considerablemente los parámetros de las investigaciones teóricas en el derecho.

Creo que este punto se encuentra suficientemente demostrado en el análisis que sobre la postura de Dworkin se lleva a cabo en las secciones anteriores de este capítulo. Al postular su punto de vista sobre el género al cual pertenece u objetivo del derecho como uno de justificación moral de la coerción del Estado, Dworkin asume desde el inicio de la reflexión que para entender lo que es el derecho tenemos que entenderlo como un fenómeno inherentemente justificado en términos morales: el derecho es aquello que fija las condiciones bajo las cuales se justifica la coerción del Estado. El resultado de esto

¹⁹⁰ Y en el capítulo que le sigue.

es que muchas de esas preguntas que deben permanecer abiertas para que sean investigadas por la teoría del derecho —por ejemplo, si el derecho en realidad tiene una función general, qué función puede ser ésta, y si dicha función presenta al derecho como algo moralmente meritorio o justificado— se cierran y se contestan tan pronto como aceptemos la perspectiva de Dworkin sobre la función del derecho.

Por su parte, el enfoque metodológico de evaluación indirecta le permite a un teórico del derecho aproximarse a éste sin eliminar de entrada preguntas tales como la cuestión de si y hasta qué medida tenemos que entender al derecho como un fenómeno moralmente meritorio y justificado. En este tipo de teoría jurídica, resulta necesario llevar a cabo juicios de evaluación que eligen las características más importantes o significativas del derecho a ser explicadas, pero al hacerlo, el teórico no está expresando un juicio moral sobre dichas características, tampoco intenta mostrarlas desde su mejor perspectiva moral y política simplemente para identificar lo que son.

Sin embargo, puede que se objete que estoy siendo injusta, dado que estoy inculcando a Dworkin simplemente por llegar a una conclusión sustantiva diferente a la de Joseph Raz en relación con la naturaleza del derecho, y además que lo estoy haciendo sin ofrecer argumentos suficientes relacionados con por qué la teoría sustantiva del derecho de Raz es la correcta. No obstante lo anterior, esta objeción es ignorar el *quid* de mis preocupaciones en estos momentos, las cuales giran en torno al momento en que el argumento de Dworkin elimina ciertas preguntas en la filosofía del derecho. La preocupación no es que Dworkin llega a la conclusión de que el derecho tiene que entenderse desde su mejor perspectiva, justificando moralmente el uso de la coerción estatal, sino que su postura metodológica, desde el inicio, da como

resultado que dicha perspectiva del derecho se incorpore en la misma identificación del *explanandum* que la filosofía jurídica intenta investigar. Esto debido a la forma en que la noción de Dworkin sobre el género o función abstracta del derecho define los límites de las investigaciones iusfilosóficas antes de iniciar con tales investigaciones, lo anterior sobre todo al sostener que esta idea sobre el propósito o función del derecho fija los parámetros para un posterior debate racional sobre sus rasgos característicos.

La postura de Dworkin sobre la función del derecho nos confirma que la idea es abordar al derecho con ciertas presunciones fijas que impiden la posibilidad de investigar si el derecho tiene una función general o si tiene la función de justificar moralmente la coerción estatal, o si finalmente debe entenderse desde su mejor perspectiva moral como aquello que limita adecuadamente la fuerza gubernamental, lo anterior dado que no existe un periodo en la interpretación constructiva en el que estas cuestiones queden como preguntas abiertas. Por el contrario, la cuestión sobre la función o género del derecho asume que todo lo anterior es un hecho y se incorpora en el proceso de interpretación constructiva, a través de la cual la teoría jurídica emprende el enfoque e identificación del *explanandum* que pretende explicar.

Si fuera el caso, como sostiene Dworkin, de que su postura sobre el género o función del derecho es únicamente una sugerencia de carácter abstracto y provisional que no impide la posibilidad de futuros debates sobre los rasgos característicos del derecho, y además, que dicha postura no constituye una fuente de controversia entre los teóricos del derecho, entonces Dworkin sí tendría la posibilidad de argumentar en contra de esta conclusión. Por ejemplo, podría sostener que, no obstante la labor de la filosofía del derecho, se identifica provisoria-

mente con la justificación moral de la coerción del Estado a través de la construcción de una teoría política acerca de la función o propósito general del derecho, esto queda abierto a que se cuestione y debata. Sin embargo, como las secciones I y II del presente capítulo intentaron demostrar, éste no es el caso. La idea de Dworkin sobre la función del derecho no es una sugerencia provisional, no controvertida y lo suficientemente abstracta que deja libre muchas posibilidades para que se cuestione y debata. Más bien, constituye una tesis concreta sobre los rasgos característicos del derecho, la manera apropiada para construir explicaciones teóricas sobre el mismo, la cual Dworkin considera es la única opción plausible para las teorías del derecho y que además, define decisivamente la postura que toma su peculiar equipo iusfilosófico.

Es importante advertir que en este capítulo, al ensamblar los argumentos referentes al papel que desempeña la función del derecho en la postura de Dworkin al delimitar la labor de la teoría jurídica, sigo manteniendo su defensa, que llevé a cabo en el capítulo quinto, defensa que sostuvo que la postura de Dworkin no es susceptible de la objeción proveniente de “elegir buenos deseos” en la teoría jurídica a través de los argumentos referentes a las consecuencias morales provechosas.¹⁹¹ Es decir, no argumento que la idea de Dworkin sobre la función del derecho es impulsada por un punto de vista que pregunta —en lugar de la cuestión de cómo es actualmente el derecho— cuál de las formas para entender al derecho trae aparejadas consecuencias morales provechosas. Como lo expliqué en el capítulo quinto, la tesis de la interpretación constructiva de Dworkin no encuentra un impulso en simplemente “elegir buenos

¹⁹¹ Véase capítulo quinto, sección III.

deseos”, sino más bien radica en su perspectiva de cómo es realmente la práctica social del derecho, y de su postura en torno a lo que tenemos que hacer para entender prácticas de este tipo. Mi interés radica en la forma en que Dworkin desarrolla las limitantes requeridas para el proceso de interpretación constructiva que, sostiene, tenemos que llevar a cabo para poder identificar y entender el tipo de práctica social que es el derecho. La tesis de la interpretación constructiva es impulsada por la idea de Dworkin sobre cómo es el derecho, pero cuando caracteriza cómo funcionaría este proceso, sostiene que su noción sobre la función del derecho que sirve para proporcionar las limitantes necesarias en el proceso, resulta ser una sugerencia puramente provisional, no controvertida y lo suficientemente abstracta. Es este aspecto muy particular y etapa en el argumento de Dworkin el que intento criticar y retar en este capítulo.

Mi intención en este capítulo ha sido examinar la tesis de Dworkin de que cualquier teoría adecuada del derecho tiene que explicar cómo funciona el derecho para con ello proporcionar una justificación general para el ejercicio de la coerción del Estado. He intentado criticar este aspecto de la postura metodológica de Dworkin argumentando en contra de su afirmación de que su punto de vista sobre la función del derecho es una idea organizativa meramente provisional, lo suficientemente abierta y no controvertida. La idea de Dworkin sobre la función del derecho hace mucho más trabajo que esto. Al fijar los parámetros del tipo de debate teórico-jurídico que Dworkin está dispuesto a tomar seriamente, en una etapa muy inicial de su análisis, se fijan algunos elementos torales de cómo es desde su punto de vista el derecho.

Además, como el análisis del trabajo de Raz intenta demostrar, el punto de vista de Dworkin sobre la fun-

ción del derecho ciertamente no se encuentra libre de toda controversia; por otra parte, su insistencia de que todas las teorías jurídicas plausibles —lo sepan o no sus autores e incluso independientemente de sus protestas en sentido contrario— tienen que recurrir a argumentos de evaluación directa o morales que intenten mostrar cómo el derecho justifica la coerción del Estado, además, lo anterior también presenta ciertas dudas de que dicha postura sobre la función del derecho es meramente una sugerencia de carácter provisional. Dworkin sostiene que cualquier teoría del derecho plausible tiene que armarse de un argumento de moralidad política que explique por qué un punto de vista particular sobre el derecho proporciona la mejor justificación para el uso de la coerción del Estado. Este capítulo, auxiliándose del análisis que ya llevamos a cabo en los capítulos segundo y tercero del libro, intenta plantear un reto a esto que sostiene Dworkin. Mi deseo es que este capítulo también haya ayudado a explicar la manera en que hay un lugar para ser ocupado por una teoría jurídica adecuada —una teoría jurídica de evaluación indirecta— que no implique llevar a cabo argumentos de evaluación morales, favoreciendo a su vez la noción de que el derecho tiene determinada función y que no le exija a los teóricos del derecho entenderlo como si proporcionara una justificación general de la coerción estatal.