

CAPÍTULO CUARTO
FINNIS Y LA TESIS DE LA JUSTIFICACIÓN
MORAL

I. De la evaluación a la justificación.	91
II. Otros medios para la defensa de la tesis de la justificación moral	101

CAPÍTULO CUARTO

FINNIS Y LA TESIS DE LA JUSTIFICACIÓN MORAL

Los dos capítulos anteriores se dedicaron al primero de los tres aspectos metodológicos que este trabajo aborda, es decir, a la pregunta de si resulta necesario evaluar moralmente al derecho para entenderlo adecuadamente. Sin embargo, y de manera menos extensa, en este capítulo abordo el segundo aspecto, es decir, la tesis de la justificación moral. Entonces, la pregunta que se debe abordar es si una teoría jurídica necesita adoptar la postura de que el derecho se encuentra moralmente justificado para entenderlo adecuadamente.

I. DE LA EVALUACIÓN A LA JUSTIFICACIÓN

En el capítulo segundo (sección III) sostuve que la postura de Finnis se distingue de la de Raz por dos tesis que el primero defiende y que el segundo niega, éstas son: *a)* para evaluar cuáles son las características principales del derecho y explicarlas, el filósofo del derecho tiene que evaluar moralmente al derecho, y *b)* esta evaluación nos llevará a la conclusión de que el derecho es un fenómeno moralmente justificado que cumple con su pretensión de encontrarse moralmente dotado de autoridad y debe ser obedecido.

El apoyo de Finnis a la segunda de estas tesis, igual que a la primera, se advierte desde el capítulo inicial de

Natural Law and Natural Rights.⁸⁷ En dicho capítulo Finnis no parece distinguir entre la tesis de la evaluación moral y la tesis de la justificación moral, de tal forma que una vez argumentado el punto de que las teorías jurídicas necesitan recurrir a la evaluación moral para elegir y explicar las características sobresalientes del derecho, el filósofo del derecho tiene que tomar una postura con relación a “cuáles son realmente los requerimientos del razonamiento práctico”⁸⁸ y qué papel desempeña el derecho en ello. Finnis aparentemente asume que cualquier filósofo que lleve esto a cabo tiene que llegar a la conclusión de que el derecho se debe entender igualmente como un fenómeno moralmente justificado.

Como lo mencionamos en el capítulo segundo, Finnis sostiene que la manera apropiada de entender el derecho es intentando dilucidar el significado central o principal del fenómeno que se atiende.⁸⁹ Para llevar esto a cabo, Finnis sostiene que los teóricos del derecho no simplemente tienen que elegir y dar cuenta de las posibles actitudes exhibidas por aquellos sujetos al mismo, incluyendo la actitud concerniente a que la pretensión del derecho de gozar de autoridad es verdadera. En lugar de ello, los teóricos tienen que adoptar una postura en torno a qué actitud con relación al derecho es la correcta a adoptar y a su vez utilizarla como un parámetro de referencia para caracterizar al derecho. De acuerdo con Finnis, dicha actitud es aquella de alguien que piensa que el derecho se encuentra moralmente justificado en su pretensión, incluida la pretensión de que debe obedecerse:

⁸⁷ Véase Finnis, J., *op. cit.*, nota 17, *passim*, especialmente véase pp. 14-17.

⁸⁸ Finnis, J., *op. cit.*, nota 17, p. 16.

⁸⁹ Véase el capítulo segundo, sección III.

Si existe un punto de vista donde la obligación jurídica es tratada por lo menos presuntamente como una obligación moral... entonces dicho punto de vista constituye el punto de vista jurídico central... dicho punto de vista es la perspectiva que se debe utilizar como el parámetro de referencia por el teórico que describe las características del orden jurídico.⁹⁰

Entonces, para Finnis la postura metodológica que el teórico tiene que adoptar para entender adecuadamente al derecho resultará en una teoría que sostenga que el derecho se encuentra moralmente justificado. Como resulta claro de esta cita de Finnis, para este autor el decir que para entender adecuadamente el derecho un teórico tiene que mantener que el derecho se encuentra moralmente justificado, es lo mismo que decir que el teórico tiene que caracterizar al derecho desde el punto de vista de aquel que lo estima justificado en las pretensiones que tiene, incluyendo aquélla donde pretende tener autoridad moral y generar una obligación general moral de obediencia.

Por tanto, en el capítulo primero de *Natural Law and Natural Rights*, Finnis parece moverse fluidamente de la tesis de la evaluación moral a la de la justificación moral, quizás bajo el entendido de que son una y la misma o bien bajo la dinámica de que lo demostrado para una resulta válido para la otra.⁹¹ No obstante lo anterior, la idea de que la tesis de la justificación moral se siga de la de evaluación moral puede ser contraargu-

⁹⁰ Finnis, J., *op. cit.*, nota 17, pp. 14 y 15.

⁹¹ Desde mi punto de vista, Finnis no dice mucho con relación a la estructura de su argumento o bien no distingue las dos tesis de una manera exhaustiva que permita definir esta cuestión en forma decisiva. Claro que mi tesis es que lo que señalo en este capítulo referente a la relación entre las dos tesis se sostiene, independientemente del punto de vista que pudiera tener Finnis.

mentada de la siguiente forma.⁹² Incluso si aceptamos que: *a*) es necesario para una teoría del derecho evaluar moralmente al derecho para explicar adecuadamente su naturaleza, esto por sí mismo no es suficiente para llevarnos a la tesis, *b*) que además sostiene que dicha evaluación nos llevará a la conclusión de que el derecho se encuentra moralmente justificado y debe ser obedecido. La tesis *a* sólo sostiene que el teórico del derecho tiene que tomar *alguna* postura en relación al valor moral del derecho para entenderlo adecuadamente. Incluso si interpretamos lo anterior como un requerimiento de que para entender al derecho adecuadamente un teórico del derecho tiene que adoptar una postura con relación a las condiciones bajo las cuales el derecho se encuentra moralmente justificado, existe una brecha considerable entre esta afirmación y la adicional que señala que el derecho es una institución social moralmente justificada, y cuya pretensión concerniente a que debe obedecerse es verdadera. Por ejemplo, la tesis *a*, es una regla metodológica que puede aceptar un defensor de la teoría jurídica desde la perspectiva racial, quien sostiene que el derecho en muchas instancias opera de una forma que resulta injusta para personas de color. Este teórico bien puede señalar que para tener una explicación adecuada del derecho, es siempre necesario evaluarlo moralmente e incluso podría tomar una postura en torno a las condiciones bajo las cuales el derecho se encuentra moralmente justificado, o analizar un caso concreto concerniente a si se encuentra justificado, pero ciertamente no sostendría, como lo hace Finnis, que el caso principal

⁹² Mi pensamiento con relación a algunas ideas que se señalan a continuación fue influenciado por temas que se trataron en un seminario que dio Joseph Raz en Columbia Law School de Nueva York, esto en el semestre de otoño de 1995.

del derecho se trata de una institución moralmente justificada. De hecho, un teórico desde la perspectiva racial bien podría sostener que para entender al derecho adecuadamente debemos evaluarlo moralmente y asimismo determinar que se encuentra en la naturaleza del derecho operar en una forma moralmente reprobable en relación con las personas de color, lo que hace que la pretensión del derecho de ser obedecido nunca se encuentre justificada.

Sin embargo, al ser confrontado con esta objeción me imagino que Finnis podría señalar que estoy representando erróneamente su postura al atribuirle la idea de que se encuentra en la naturaleza del derecho el que sea moralmente justificado, dejando fuera la posibilidad de que un teórico concluya que muchas o quizás todas las instancias del derecho no se encuentran moralmente justificadas y por tanto no deben obedecerse. Las razones que tengo para esta sospecha se encuentran en pasajes como el siguiente, donde Finnis al parecer no sostiene que es parte de la naturaleza del derecho el que sea un fenómeno moralmente justificado:

Es el objetivo de este libro... demostrar cómo y bajo qué condiciones tales instituciones [de leyes humanas] se encuentran justificadas y las formas en que pueden [y en muchas ocasiones son] defectuosas...⁹³ La intención no ha sido describir órdenes sociales existentes... Sobre todo, el significado ha sido construido como un significado *central*, no una apropiación del término 'derecho' en un sentido unívoco que excluiría de la referencia del término todo aquello que no contara con todas las características... del caso central.⁹⁴

⁹³ Finnis, J., *op. cit.*, nota 17, p. 3.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 277.

Lo transcrito anteriormente puede sugerir que Finnis no desea excluir del ámbito del derecho casos de regulación jurídica moralmente defectuosos. Tales ejemplos constituirían “derecho” en un sentido, pero no en el sentido central que Finnis intenta explicar a lo largo de *Natural Law and Natural Rights*. Esta línea del pensamiento de Finnis es parte de su intención de distanciarse, junto con la tradición tomista del derecho natural desde la cual escribe, de la doctrina *lex injusta non est lex* (una ley injusta no es ley), o dicho en términos más precisos, de algunas de las consecuencias que algunos críticos del iusnaturalismo piensan se sigue de esta doctrina.⁹⁵ Para estos efectos, Finnis señala que su teoría es compatible con algunas de las tesis principales del positivismo jurídico, concretamente al poder su tesis incorporar algunas versiones de la tesis social del positivismo en la identificación de normas jurídicas en lo que Finnis denomina un “sentido intrasistémico”.⁹⁶

Desde mi punto de vista existen algunas dificultades con la postura de Finnis en este sentido. Por ejemplo, es importante resaltar que su postura es compatible con la tesis social del positivismo sólo por la forma ambigua en que utiliza el término “derecho”. Para Finnis, es posible que una norma cumpla el criterio intrasistémico para que sea derecho en un sentido, por ejemplo, al ser el resultado de una norma debidamente promulgada por

⁹⁵ Véase Finnis, J., *op. cit.*, nota 17, pp. 363-366.

⁹⁶ Finnis, J., *op. cit.*, nota 17, p. 357. La tesis social sostiene que lo que es derecho y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales. También véase *op. cit.*, nota 17, p. 268. “El método jurídico principal para determinar que una norma es válida es el de demostrar: i) que existió en un tiempo pasado, t1, un acto (del legislador, tribunal, u otra institución adecuada) que de acuerdo a las normas vigentes en t1 llegó a ser un acto válido y por tanto vigente de creación de normas, y ii) que desde t1 dicha norma creada no ha sido rescindida (no ha dejado de estar en vigor)”.

el Legislativo, pero al mismo tiempo no lograr ser un buen ejemplo del caso central o medular de la institución social llamada derecho que caracteriza a lo largo de *Natural Law and Natural Rights*. Este último criterio va mucho más allá de los hechos sociales que conciernen a la tesis social del positivismo, lo anterior dado que el caso central o significado principal del derecho para Finnis consiste en:

normas elaboradas, conforme a normas jurídicas regulativas... para una comunidad 'completa'... este grupo de normas e instituciones se dirige a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad... para el bien común de dicha comunidad, de acuerdo a una forma adaptada a dicho bien común.⁹⁷

Las discusiones en la filosofía del derecho abundan con ejemplos de normas que, puesto en términos de Finnis, reúnen los requisitos intrasistémicos, pero que por mucho no alcanzan la idea de ser "promulgadas para el bien común y ser, por tanto, moralmente justificadas, creando una obligación moral de obediencia". Por ejemplo, dentro de este caso cabría señalar el siempre aludido y famoso tema del "derecho nazi", y muchas de leyes del *apartheid* sudafricano. En relación a dichas leyes, Finnis tendría que emplear el término "derecho" en dos sentidos distintos, dado que señalaría que son derecho en un sentido, pero no en otro.⁹⁸

Los fines que puede cumplir esta vacilación en el significado son claros al considerar un punto de suma importancia para esta discusión, principalmente que Finnis también desea sostener que existe una obligación general de obediencia al derecho, o que el derecho se en-

⁹⁷ Finnis, J., *op. cit.*, nota 17, p. 276.

⁹⁸ *Ibidem*, capítulos X-XII. Particularmente véase pp. 354-366.

cuentra justificado en sus pretensiones, sobre todo la que señala que debe ser obedecido.⁹⁹ Sin embargo, esta última idea sólo tiene fuerza cuando Finnis utiliza “derecho” en el segundo sentido (significado central) y no en el primero (puramente intrasistémico). Esto da pie a la pregunta de si la explicación de Finnis puede a final de cuentas ser compatible con la tesis social del positivismo. Por ejemplo, ¿es derecho aquel que es contrario al bien común y que, por tanto, no debe ser obedecido, pero que reúne el requisito intrasistémico? Claro que la respuesta resulta ser importante. El positivismo jurídico tiene una respuesta; Finnis tiene lo que podríamos denominar un as bajo la manga —es derecho en un sentido, pero no en otro— que piensa, le permite suscribir la tesis social y señalar a la vez que es el significado central del derecho lo que lo hace un fenómeno moralmente justificado.

Como respuesta a este punto, creo que Finnis estaría de acuerdo por lo menos con parte de mi diagnóstico, pero señalaría que no es necesario ningún tipo de remedio. Indicaría que no hay problema en utilizar “derecho” en dos sentidos distintos y que no genera mayor dificultad el moverse entre ellos en la forma condenada.¹⁰⁰ Más aún, para Finnis no es cuestión de moverse libremente entre dos significados delimitados del concepto “derecho” —derecho en un sentido de significado central que se encuentra moralmente justificado y que existe obligación de obedecerlo, y derecho en el sentido periférico que reúne una exigencia de hechos sociales que también resulta ser injusto y no genera una obligación moral de obediencia— dado que Finnis de hecho sostiene que la legalidad es una cuestión de grados, “lo jurídico” resulta ser algo que se debe entender bajo un modelo potencia-

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 357-361.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 363-366.

dor, más que un interruptor de luz que sólo tiene la opción de apagarse o prenderse.¹⁰¹ De esta forma, este autor señalaría que no hay necesidad ni tiene sentido esforzarse y decidir dónde fijar la línea de lo que es derecho, dejando fuera lo que no es.

En estos momentos no puedo entrar a una discusión minuciosa de este aspecto de la postura de Finnis, intentaré señalar la línea general de mi punto de vista con relación a ello, esperando que esto sirva para resaltar las conclusiones que se mencionan más adelante. Considero la “tesis gradual” de Finnis problemática dado que no toma seriamente la función de identificar cuáles son las propiedades esenciales del derecho. La tesis no toma esta función de manera seria como evidentemente sí lo hace Finnis a lo largo de *Natural Law and Natural Rights*. Más bien, al autor le interesa saber si el derecho es una institución social que genera una obligación general moral de obediencia. Éste es un tema que se encuentra presente en el libro de Finnis y que intenta convencernos de que está localizado en el corazón de la función encaminada a entender lo que es el derecho y los valores que puede auxiliarnos a alcanzar en nuestras vidas. Si se encuentra o no en la naturaleza del derecho generar una obligación general moral de obediencia, es una pregunta importante para Finnis que pretende contestar en el curso de *Natural Law and Natural Rights*, y de hecho la contesta en sentido afirmativo.¹⁰² Al hacerlo de esta forma y argumentar férreamen-

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 276-281.

¹⁰² Dentro del enfoque de evaluación indirecta para el entendimiento del derecho, ésta también puede considerarse como una pregunta importante, pero es una pregunta que debe posponerse hasta que muchas otras interrogantes sobre la naturaleza del derecho hayan sido contestadas. Para esto véase pp. 60-64, *op. cit.*, nota 17, y las discusiones del capítulo séptimo, sección I.

te el asunto, parece extraño que también pretenda defender un punto de vista donde una norma que cumpla con la tesis social, pero que ofende el bien común y por ende no genere una obligación de obediencia, pueda ser o no derecho y sostener que no existe la necesidad de tomar una postura definitiva en torno a cuáles son las características esenciales del derecho.

Para aquellos que se encuentran en este punto en simpatía con la perspectiva de Finnis, la discusión breve que ofrecemos en este capítulo no será nada satisfactoria. Mi petición para mitigar lo anterior es que la presente obra no es una exploración del trabajo de John Finnis y, por tanto, sólo se discuten sus ideas en la medida en que resulten necesarias para resaltar aquellas cuestiones metodológicas que sí estamos considerando. De modo que tomé esta desviación para que fuese claro que estoy consciente de que existen muchos temas alrededor de la idea del significado central y la forma en que se utilizan varios sentidos de la palabra “derecho” en la perspectiva de Finnis, pero considero que las siguientes cuestiones siguen vigentes: a) Para Finnis el caso central del derecho o el derecho en su significado central es un fenómeno moralmente justificado que genera una obligación moral de obediencia; b) En *Natural Law and Natural Rights*, este primer punto se presenta en el sentido de seguirse del argumento de Finnis de que es necesario evaluar moralmente al derecho para entenderlo adecuadamente; c) como entiendo su postura, es precisamente el caso del significado central lo que Finnis intenta esclarecer a lo largo de *Natural Law and Natural Rights* y son, por tanto, las características esenciales de este fenómeno lo que Finnis intenta capturar en su trabajo, y d) así las cosas, para Finnis, el teórico del derecho que pretenda entender la naturaleza del derecho y entenderlo apropiadamente, tiene que necesariamente

evaluarlo moralmente y entenderlo como un fenómeno moralmente justificado que genera una obligación moral de obediencia.

II. OTROS MEDIOS PARA LA DEFENSA DE LA TESIS DE LA JUSTIFICACIÓN MORAL

Con estos comentarios en mente, podemos regresar al punto principal de discusión de este capítulo. He intentado cuestionar la aparente forma en que Finnis asume que se sigue de la tesis que señala es necesario evaluar moralmente al derecho para entenderlo adecuadamente (la tesis de la evaluación moral), el que la institución social del derecho se entienda correctamente considerándola como moralmente justificada, de tal forma que debe de obedecerse (la tesis de la justificación moral). La tesis de la evaluación moral puede ser defendida por un teórico desde la perspectiva racial: un iusfilósofo marxista, o incluso un anarquista, cualquiera de los cuales puede señalar que necesitamos emplear juicios morales en el derecho para entenderlo adecuadamente, pero, al mismo tiempo, sostener que es parte de la naturaleza del derecho el ser un fenómeno moralmente despreciable, o por lo menos, que existen muchos aspectos del derecho que son injustos y no deben ser obedecidos. De esta forma, he argumentado que la tesis de la justificación moral de Finnis es distinta de la tesis de la evaluación moral y debe argumentarse de manera autónoma. Independientemente de si Finnis reconoce que lo anterior es necesario, estos argumentos autónomos figuran en su postura, los cuales se presentan en dos formas: por una parte, un argumento referente a la función del derecho, y por la otra, la postura referente a la perspectiva adecuada que debe adoptar un teórico del derecho.

En relación con la primera: Finnis basa su postura de que es parte de la naturaleza del derecho el ser moralmente justificado en lo que voy a denominar la táctica “unanimidad/autoridad jurídica”.¹⁰³ En la medida en que se desenvuelve la trama de *Natural Law and Natural Rights*, Finnis se mueve de ciertas tesis referentes a lo que denomina bienes básicos y requerimientos de razonamiento práctico,¹⁰⁴ a la postura de que sólo a través del sistema jurídico es como podemos llegar a lograr dichos bienes en nuestras vidas. Esto lo hace a través de la idea de que los problemas de coordinación que se presentan en una sociedad para asegurar dichos bienes básicos sólo se pueden resolver a través de dos vías: por acuerdo unánime o por la autoridad proporcionada por el derecho. La primera se rechaza por ser utópica e imposible, y es el estatus del derecho el que sirve como la *única* vía a través de la cual se resuelven dichos problemas de coordinación, lo que finalmente justifica la pretensión que hace el derecho de estar moralmente dotado de autoridad y que debe obedecerse.¹⁰⁵ En otras palabras, el derecho se encuentra moralmente justificado por ser el único medio a través del cual se logren alcanzar los bienes básicos en nuestras vidas, y como tal, el derecho viene a ser un medio plausible al ser mejor que nada, es una mejora con relación a cómo serían las cosas sin el derecho.

Por otra parte, el argumento referente a la perspectiva adecuada del teórico descansa en la defensa de Finnis de la tesis de la evaluación moral —consistente en que es necesario evaluarlo moralmente para entenderlo

¹⁰³ Véase Finnis, J., *op. cit.*, nota 17, capítulo IX.

¹⁰⁴ *Ibidem*, capítulos III-V.

¹⁰⁵ Para un análisis crítico de este aspecto del trabajo de Finnis véase: Green, L., “Law, Co-ordination, and the Common Good”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 3, 1983, pp. 299-324.

adecuadamente— al agregar que los teóricos no lograrán el entendimiento apropiado, salvo que a su vez entiendan, tomen una postura, determinen correctamente o adopten la perspectiva o actitud que en torno al derecho adquiriera el hombre razonable en términos prácticos. Esto lleva a que la postura de Finnis intente desplazar la tesis de la evaluación moral a la tesis de la justificación moral, dado que para Finnis: *a)* El hombre razonable en términos prácticos es aquél con el punto de vista moral correcto para entender al derecho, y *b)* Esos puntos de vista incluyen sostener que el derecho se encuentra justificado en su pretensión de estar moralmente dotado de autoridad y que debe ser obedecido.¹⁰⁶

Los comentarios anteriores se mencionan con el objetivo de facilitar el entendimiento de la idea de la tesis de la justificación moral, su relación con la tesis de la evaluación moral y los argumentos que emplea Finnis a favor de la primera. De nuevo menciono que un examen mucho más minucioso de estos temas no puede llevarse a cabo aquí y por ello los puntos que acabamos de mencionar no tienen la intención de ser argumentos concluyentes en contra de la postura de Finnis. Estos argumentos críticos a lo que dan lugar es simplemente a recordarnos que los argumentos de Finnis para llevar la tesis de la evaluación moral hacia la de la justificación moral tendrán que cumplir una labor impresionante para ser exitosos, dada la fuerte conclusión a la que desean llegar. El punto importante que debemos resaltar es que Finnis desea establecer algo adicional al de todos los sistemas jurídicos, necesariamente, tienen que tener algún *mérito* moral, idea que posiblemente use como ar-

¹⁰⁶ Debo recordar que la discusión en el capítulo tercero tuvo la intención de problematizar la tesis de Finnis consistente en que para explicar el derecho adecuadamente tenemos que entenderlo tal y como lo entiende su hombre razonable en términos prácticos.

gumento la táctica de “unanimidad/autoridad jurídica” sobre la función del derecho que puede establecer. Esta postura, quizás plausible, sería, no obstante lo anterior, compatible con la perspectiva de que en muchas ocasiones el derecho presenta casos funestos que hacen falsa la pretensión de ser autoridades morales y que guardan una obligación de obediencia. Finnis necesita una conclusión adicional que tiene que demostrar los argumentos anteriores, conclusión consistente en que es parte de la naturaleza de los sistemas jurídicos que son moralmente *justificados*, *i. e.*, acertados en la pretensión de gozar de autoridad moral y en las exigencias de ser obedecidos en sus propios términos. Esta conclusión es bastante fuerte y necesita un argumento adecuado y poderoso para su defensa.

Como lo mencioné anteriormente, tal argumento debe ser independiente de la rendición de Finnis favoreciendo la tesis de la evaluación moral, dado que la tesis de la justificación moral no se sigue automáticamente de aquella. La tesis de la evaluación moral y justificación moral son dos posturas distintas, de tal forma que, por ejemplo, un teórico desde la perspectiva racial puede defender la primera y rechazar la segunda. De esta forma, es mi postura que la tesis de la justificación moral de Finnis no se sigue de los argumentos que presenta para la tesis de la evaluación moral tal y como él aparentemente asume, pero además mi postura agregaría que tampoco puede defenderse fácilmente agrupando argumentos empleados en otras partes de *Natural Law and Natural Rights*.