

CAPÍTULO PRIMERO  
¿CUÁL ES EL OBJETIVO DE LA FILOSOFÍA  
DEL DERECHO?

I. Introducción: un bosquejo del proyecto . . . .	1
II. Algunas consideraciones sobre la metodología de la metodología . . . . .	14
III. Una mirada detenida a la labor de la filosofía jurídica analítica . . . . .	19
IV. Una guía a la estructura del libro. . . . .	32

## CAPÍTULO PRIMERO

### ¿CUÁL ES EL OBJETIVO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?

*Agathón:* Pero fuiste tú quien demostró que la muerte no existe.

*Allen:* Oye, escucha, he probado muchas cosas. Así es como pago la renta. Teorías y pequeñas observaciones. Comentarios sugerentes de vez en cuando. Máximas ocasionales. Es mejor que recoger aceitunas, pero no te emociones.

*Agathón:* Pero has demostrado en muchas ocasiones que el alma es inmortal.

*Allen:* ¡Y lo es! En papel. ¿Ves?, ésa es la cuestión de la filosofía: no es de mucha utilidad al momento en que sales de clase.<sup>1</sup>

Woody ALLEN

## I. INTRODUCCIÓN: UN BOSQUEJO DEL PROYECTO

¿Cuál es el objetivo de la filosofía del derecho? Esta pregunta, pienso, está en la mente de muchos estudiantes de derecho al encontrarse por primera ocasión con el estudio filosófico del derecho. Aunque fácilmente podemos dar respuestas cínicas y peyorativas, si la tomamos en

<sup>1</sup> Allen, Woody, "My Apology", *Side Effects*, Londres, New English Library Ltd, 1981, pp. 40 y 41.

serio, la pregunta es de suma importancia, dado que invita a explorar algunas de las más profundas y fascinantes cuestiones que deben interesar a todos aquellos que estudian, enseñan o desarrollan el tema.

Este trabajo es un estudio de metateoría o metodología de la teoría del derecho. La teoría o filosofía jurídica, como vertiente teórica de una disciplina sumamente práctica, en algunas ocasiones parece sumergirse en una crisis perpetua de identidad, una autoconcepción y aspiraciones nada claras, incluso en la literatura iusfilosófica del más alto nivel.<sup>2</sup> Como resultado, lo que considero son preguntas vitales y sumamente fascinantes, suelen dejarse sin respuestas. ¿Qué es lo que pretendemos lograr al construir teorías del derecho y mediante qué criterios podemos considerar exitosas dichas teorías? ¿Qué bases sirven y/o deben servir para juzgar posturas rivales en la filosofía del derecho y/o las teorías que sostienen dichas posturas? ¿Es el objetivo de una teoría jurídica ser descriptiva, crítica, o justificativa en relación con su *explanandum*? ¿Son algunos o todos estos tipos de enfoques recíprocamente antagónicos o puede, por ejemplo, una teoría descriptiva ser compatible con un recuento justificativo de la naturaleza del derecho? ¿Existe un método correcto a través del cual el derecho debe entenderse para lograr alguno o algunos de los objetivos ya mencionados?

<sup>2</sup> Por supuesto existen algunas excepciones a esta situación. Para analizar ejemplos de filósofos del derecho que adoptan una postura más autoreflexiva en relación con su tarea, *cfr.*, e. g., Hart, H. L. A., "Definition and Theory in Jurisprudence", *Law Quarterly Review*, vol. 70, 1954, p. 37, reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983; Raz, J., "The Problem about the Nature of Law", publicado primero en *Contemporary Philosophy: A New Survey*, vol. 3, 1983, y en *University of Western Ontario Law Review*, vol. 21, 1983, p. 203, y reimpreso en Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Todos los filósofos del derecho implícitamente adoptan una postura en torno a este tipo de preguntas metodológicas o metateóricas. Sin embargo, pocos confrontan estas cuestiones directamente, y en la medida en que esto sucede, los autores se limitan a mencionar algunas relativamente pequeñas consideraciones en torno al tema al dirigirse a la tarea de agotar otros objetivos.<sup>3</sup> Esta falta, consistente en no confrontar los problemas meta-teóricos de manera directa y sistemática, trae como consecuencia malentendidos en relación con las aspiraciones y objetivos de ciertas teorías del derecho, tanto para el público en general, como para los teóricos mismos. Por ello, este libro toma la cuestión de la metodología de

<sup>3</sup> Cfr., e. g., el capítulo 2 de Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, el cual aborda el tema de la metodología en la teoría jurídica para entender mejor ciertos aspectos de la postura de Dworkin. No pretendo menospreciar la contribución de Waluchow a este tema, que de hecho considero interesante, ni pretendo más extensivamente criticar aquellos que incluyen discusiones sobre la metodología dentro de trabajos que se ocupan primordialmente de otros temas. Mi objetivo simplemente es señalar que existen pocos estudios perseverantes sobre la metodología en la teoría jurídica, y que, desde mi punto de vista, la filosofía del derecho podría beneficiarse del debate que se generaría a partir de la publicación de algunos trabajos más desarrollados en relación con este tema. Los años recientes han experimentado algunos desarrollos positivos en esta área, donde algunos autores de la rama retoman un interés más perseverante en relación con preguntas vinculadas con los criterios de éxito de las teorías del derecho. Véase e. g., Perry, S. R., "Interpretation and Methodology in Legal Theory", en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 1995; Perry, S. R., "Hart's Methodological Positivism", *Legal Theory*, vol. 4, 1998, p. 427; Coleman, J. L., "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, vol. 4, 1998, p. 381 y Coleman, J. L., *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, sobre todo la tercera parte; Postema, G. J., "Jurisprudence as Practical Philosophy", *Legal Theory*, vol. 4, 1998, p. 329.

la teoría jurídica como su principal preocupación y pretende abordar dicha cuestión, resaltando y criticando algunos presupuestos que sobre la naturaleza de la filosofía del derecho permanecen enterrados, en muchas ocasiones, en diversos enfoques contemporáneos encaminados al entendimiento del derecho.

Sin embargo, proceder de esta forma aún deja un amplio campo de preguntas que eventualmente podrían ser agotadas por el presente trabajo, de modo tal que es necesario contar con algún tipo de principio rector que determine el lugar hacia dónde han de dirigirse nuestras indagaciones. Dado lo anterior, en lo que sigue abordo algunos de los presupuestos sobre la metodología de la filosofía del derecho que los teóricos implícitamente adoptan, examinando un tema metateórico concreto, principalmente el papel de la evaluación en la teoría jurídica. La pregunta central que motiva este examen es la siguiente: ¿en qué medida y en qué sentido el teórico del derecho tiene que llevar a cabo juicios de valor en torno a los fenómenos que pretende caracterizar para construir una exitosa teoría del derecho? En lo que sigue de esta sección, intento aclarar la naturaleza y las razones que subyacen a esta pregunta.

Aunque otras discusiones diversas aparecen en este libro, una parte importante del mismo se interesa en un análisis comparativo del papel de la evaluación en las respectivas teorías de John Finnis, Ronald Dworkin y Joseph Raz. El punto de partida que sirve a este análisis es la idea de que la teoría del derecho tradicionalmente se ha entendido como contemplando la distinción entre aquellos teóricos que afirman o niegan que es posible dar adecuadamente cuenta del derecho “como es”, lo cual constituye una tarea distinta de la explicación de “como debe ser”. Cuando sea necesario, me voy a referir

a esta distinción como la distinción “es/debe ser”.<sup>4</sup> Algunos antecedentes nos pueden ayudar a introducir esta vieja historia de la filosofía del derecho que muchas de las discusiones de este libro tratan de abordar.<sup>5</sup>

Probablemente la distinción “es/debe ser” debe gran parte de su fama actual a los escritos de Jeremy Bentham y a la separación que hace el mismo entre filosofía del derecho expositiva, de filosofía del derecho crítica. Bentham célebremente objetó la confusión entre el derecho “como es” y el derecho como moralmente debe ser, objeción formulada a partir de los *Commentaries on the Law of England*, de Blackstone.<sup>6</sup> Desde el punto de vista de Bentham, dicha confusión generaba en Blackstone el error de presentar una explicación del derecho como moralmente meritorio, mientras ofrecía una exposición del derecho de cómo en realidad era, error que por tanto de-

<sup>4</sup> La distinción en ocasiones se refleja como una distinción entre teorías del derecho descriptivas, por una parte, y teorías normativas por la otra. Al iniciar el capítulo segundo voy a decir más en relación con esta forma de caracterizar la distinción y sobre los problemas que ello puede generar.

<sup>5</sup> El lector interesado puede que también desee analizar la discusión de Hart sobre la historia de la distinción “es/debe ser” en Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 593, reimpreso como el ensayo II en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., nota 2.

<sup>6</sup> Véase Bentham, J., Prefacio a la primera edición de “A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries”, *The Works of Jeremy Bentham*, publicado bajo el encargo a John Bowring, Edimburgo, Tait, W., 1838-1843, vol. I, esp., pp. 227-230. Para estos propósitos también remitiré a los lectores a los excelentes comentarios sobre las discusiones del trabajo de Bentham, en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982. Sobre la filosofía del derecho expositiva y crítica véase en particular pp. 1 y 2, 41 y 137 de este trabajo posterior. El ensayo de Hart mencionado en la nota al pie de página anterior también es relevante en este sentido.

jaba a Blackstone imposibilitado de ofrecer críticas al derecho existente.<sup>7</sup>

Por otro lado, Bentham creyó firmemente que del simple hecho de que algo era derecho, uno no podía llegar a la conclusión de que también inevitablemente poseyera mérito moral. Para Bentham, uno puede contar con un derecho bueno o malo, pero tales fenómenos comparten algunas características en común que los distingue como derecho. Dichas características en común no descansan en el mérito (o demérito) sustantivo del derecho, sino en su estructura y forma; esto es, puesto de manera cruda, que el derecho es la positivización de la intención de un soberano que proporciona el derecho.<sup>8</sup> Entonces, para Bentham, el derecho como es y el derecho como debe ser han de considerarse de manera separada: explorar al derecho como es, era la labor de la filosofía del derecho expositiva; por su parte, el criticar al derecho en aras de sus mejoras futuras y modificación era la labor del jurista crítico preocupado por el derecho como debe ser.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Véase Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *cit.*, nota 5; Hart, H. L. A., "The Demystification of the Law", en Hart, *Essays on Bentham*, *cit.*, nota 6, ensayo I.

<sup>8</sup> Véase Bentham, J., en Hart, H. L. A. (ed.), *Of Laws in General*, Londres, Athlone Press, 1970, capítulos I y II. *Nota bene*: La crudeza a la que hago alusión se refiere a mi necesaria caracterización breve de las teorías de los "mandatos" del derecho del siglo XIX (y de los comentarios subsiguientes).

<sup>9</sup> También véase Bentham, J., en Burns, J. H. y Hart, H. L. A. (eds.), *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, Athlone Press, 1970, capítulo XVII y ss., pp. 21-29. Estos breves comentarios introductorios abarcan una serie de temas complejos en relación con la distinción de Bentham entre filosofía del derecho expositiva y crítica y más generalmente en relación a su postura metodológica. Para ahondar en estas discusiones véase Postema, G. J., "The Expositor, the Censor, and the Common Law", *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 9, 1979, p. 643, y Postema, G. J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 304-336.

Es interesante que este punto de vista de Bentham estaba animado por un objetivo crítico o moral: él pensaba que el núcleo de la labor del jurista crítico, consistente en la crítica y la consecuente reforma del derecho, sólo se podía lograr una vez que tuviera una descripción o exposición adecuada del derecho “como es”, *i. e.*, desmitificado y desnudada su esencia.<sup>10</sup> Para Bentham, de esta forma los objetivos morales de la filosofía del derecho crítica proporcionaban la motivación para emprender una filosofía del derecho expositiva y sostener a esta última como precursora indispensable de la vital labor de reformar el derecho. Este aspecto de la postura de Bentham también fue adoptado por su colega y jurista del siglo XIX, John Austin, aunque, como algunos comentaristas han mencionado, Austin se mostró mucho menos interesado que Bentham en la labor del jurista crítico.<sup>11</sup> La postura de Austin en torno a la distinción “es/deber ser” —es decir, puedes tener una explicación adecuada del derecho “como es” distinta de una explicación de “como debe ser”— se encapsula en las tan citadas palabras: “la existencia del derecho es una cosa, sus méritos o deméritos, otra”.<sup>12</sup>

Por lo anterior, tanto Bentham como Austin suscribieron un principio que guarda importancia en cómo de-

<sup>10</sup> De nuevo, véase Hart, H. L. A., “The Demystification of the Law”, en Hart, *Essays on Bentham, cit.*, nota 6, ensayo I.

<sup>11</sup> Para una discusión introductoria véase, *e. g.*, Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Londres, Butterworths, 1989, pp. 52-57. Sin embargo, este tema es algo controvertido y aquellos lectores que deseen profundizar sobre el mismo pueden considerar el trabajo de Ruben, E., “John Austin’s Political Pamphlets 1824-1859” en Attwooll (ed.), *Perspectives in Jurisprudence*, Glasgow, University of Glasgow Press, 1977, y *cfr.* Morison, W. L., *John Austin*, Londres, Edward Arnold, 1982, capítulo 4.

<sup>12</sup> Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Weidenfeld and Nicholson, 1955 (1832), p. 184.



bemos elaborar teorías del derecho. Este principio sostiene que el estudio del derecho “como es” puede y debe mantenerse separado del estudio del derecho “como debe ser”. Más aún, especialmente en el caso de Bentham, este principio se complementa con la opinión de que la segunda actividad puede apoyarse de la primera siempre y cuando se desarrolle de manera adecuada.

La filosofía del derecho del siglo XX empezó por aceptar este punto de vista metodológico de sus precursores del siglo XIX. Sin embargo, para Hans Kelsen, esta separación entre el estudio del derecho “como es” del estudio del derecho “como debe ser”, se combinaba con la creencia de que la segunda actividad no era para nada propia del ámbito de la filosofía del derecho, dado que: “la labor de la ciencia del derecho no es aprobar o reprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo”.<sup>13</sup> Por supuesto, este aspecto concreto del punto de vista kelseniano es contrario al de Bentham, que consideraba al jurista como alguien preocupado por conocer y describir el derecho, así como por aprobarlo o desaprobalo, aunque utilizando diferentes cachuchas, por decirlo de alguna manera (expositiva o crítica, respectivamente), a la vez que emprendían diferentes tipos de cometidos en la filosofía del derecho.

El trabajo de H. L. A. Hart también es caracterizado bajo el molde metodológico benthamiano. Según el propio autor, que su teoría “general y descriptiva”<sup>14</sup> del derecho sea “moralmente neutral y sin objetivos justifica-

<sup>13</sup> Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, 2a. ed., traductor Knight M., Berkeley, University of California Press, 1967, p. 68. Más ampliamente, en relación con los puntos de vista de Kelsen sobre la metodología, véase *The Pure Theory of Law*, 2a. ed., capítulos I-III.

<sup>14</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., con un *post scriptum* editado por Bulloch, P. A., y Raz, J., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 239.

torios”,<sup>15</sup> es un dato que se encuentra implícito en todas sus obras sobre filosofía del derecho. Explícitamente, la delimitación de esta postura metodológica forma una parte importante de los comentarios de Hart sobre las diferencias de su postura con la de Ronald Dworkin en la primera sección del *Post Scriptum* publicado póstumamente al *Concepto de derecho*.<sup>16</sup>

Desde Hart, sin embargo, ha habido teóricos contemporáneos que desean poner en duda la distinción entre filosofía del derecho descriptiva y justificatoria. Por ejemplo, algunos teóricos dan una explicación del derecho que se basa en la premisa metodológica de que para dar adecuadamente una explicación del derecho “como es”, necesariamente se tiene que tomar una postura en torno al mérito o demérito del derecho. Desde esta perspectiva, la labor de caracterizar al derecho “como es” está necesaria e inextricablemente relacionada con la comprensión que uno tenga de cómo el derecho debe ser moralmente, por lo que las dos actividades no pueden separarse de la forma en que Bentham, Kelsen y Hart defendieron. Las versiones del derecho defendidas por John Finnis y Ronald Dworkin ejemplifican este enfoque, aunque de maneras distintas.<sup>17</sup> Lo que ambas perspectivas comparten, sin embargo, es su rechazo a la tesis de que la institución social del derecho puede sencillamente describirse “como es”, y ambas posturas adoptan la idea de que los filósofos de derecho no pueden caracterizar al derecho adecuadamente sin ofrecer una explicación del objetivo, propósito o función del de-

<sup>15</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., cit., nota 14, p. 240.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 239-244.

<sup>17</sup> Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, 1986; Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, y las discusiones que sobre estos trabajos se llevan a cabo en los capítulos segundo al sexto.

recho en términos de valores, a menudo considerados como morales, a los que el derecho sirve. De esta manera, Finnis y Dworkin niegan que el derecho pueda caracterizarse —como aparentemente defienden Bentham, Kelsen, Hart y también Raz— en términos de las estructuras y procedimientos institucionales a través de las cuales opera (*e. g.*, como la unión de reglas primarias y secundarias) y en su lugar insisten que sólo llegando a ciertas conclusiones en cuanto al más amplio valor moral, propósito u objetivo del derecho; por ejemplo, que debe operar para constreñir adecuadamente la coerción gubernamental (Dworkin), o que debe proporcionar el marco de condiciones que nos permitan realizar ciertos valores o bienes básicos en nuestras vidas (Finnis) se puede adecuadamente entender lo que es.

En resumen: de acuerdo con la forma usual de entender la distinción “es/debe ser” en la teoría jurídica, muchos teóricos en la trinchera positivista, incluidos Bentham, Austin, Hart, Kelsen y Raz, se encuentran alineados conjuntamente al sostener que es posible tener una explicación adecuada del derecho “como es” distinta a la explicación de “como debe ser”. Por su parte, Finnis y Dworkin no coinciden con ello y niegan que la filosofía del derecho descriptiva y normativa/justificatoria pueda separarse de esta forma. Sin embargo, una de las principales preocupaciones en este trabajo es que esta cuestión no es tan sencilla como nos lo harían pensar estas formulaciones iniciales, debido al hecho de que la distinción “es/debe ser” abarca diferentes temas que suelen ser confundidos y/o inadecuadamente comprendidos, temas que intento deslindar y sujetarlos al análisis crítico.

Como ya mencioné, en el presente trabajo sostengo que estos temas pueden enfocarse mejor a través del papel que juega la evaluación en la teoría jurídica, especí-

ficamente, preguntándonos: ¿en qué medida y en qué sentido, para elaborar una teoría del derecho exitosa, un filósofo del derecho tiene que llevar a cabo juicios valorativos acerca de los fenómenos que intenta caracterizar? La relación (por lo menos *prima facie*) con la distinción “es/debe ser” resulta obvia, de modo que podríamos suponer que si un filósofo del derecho se dedica solamente al estudio descriptivo del derecho “como es”, entonces no necesita llevar a cabo juicios valorativos acerca de lo que trata de caracterizar en relación con su teoría. Mientras que, por otro lado, podría parecer que aquellos teóricos que, como Finnis y Dworkin, adoptan un enfoque de estudio que niega que podamos describir el derecho simplemente “como es”, necesariamente tienen que emitir juicios acerca del valor moral, propósito o funciones del derecho para caracterizarlo adecuadamente. En tal situación, por tanto, aquellos teóricos que contestan de manera afirmativa o negativa, respectivamente, a la pregunta: ¿podemos tener una explicación adecuada del derecho “como es” distinta a la explicación desde el plano del “deber ser”?, también dan una respuesta afirmativa o negativa, respectivamente, a la pregunta: ¿puede estar la teoría jurídica libre de valoración?

Considero estas conclusiones a lo mucho desorientadas y por lo menos, falsas. Además, pienso que dichas conclusiones se deben en parte a la manera demasiado simplista en la que tradicionalmente se ha entendido la distinción “es/debe ser”. Así las cosas, para explorar más a fondo el papel que desempeña la evaluación en la teoría del derecho y la conexión con la distinción “es/debe ser”, propongo separar las diferentes preguntas que la distinción implica, discutiendo cada una en su momento.

Entonces, para estos propósitos existen tres sentidos desde los que se puede entender la distinción “es/debe

ser”, los cuales delimitan las posturas de los teóricos que respectivamente afirman o niegan que:

- 1) Para entender adecuadamente al derecho, un filósofo del derecho lo tiene que evaluar moralmente (voy a referirme a este postulado como *la tesis de la evaluación moral*);
- 2) Para entender adecuadamente al derecho, un filósofo del derecho tiene que mantener que el derecho es un fenómeno moralmente justificado (*la tesis de la justificación moral*), y
- 3) Juicios valorativos referentes a las consecuencias morales provechosas que trae consigo defender una teoría del derecho pueden figurar razonablemente en los requisitos para el éxito de las teorías del derecho (*la tesis de las consecuencias morales provechosas*).

Una de mis principales tareas en este libro es analizar cada una de estas tesis y ubicar los puntos de vista de filósofos del derecho contemporáneos en relación con las mismas. En las discusiones que siguen, dedico gran parte de la atención y del tiempo a la primera de estas tres tesis, *i. e.*, la tesis de la evaluación moral. La razón es que la revisión de esta tesis me permite resaltar el enfoque metodológico para la teoría del derecho que considero es el correcto. Dicho esto y como va a ser obvio en el desarrollo siguiente, abordar las otras dos tesis ya mencionadas también constituye una parte importante, aunque secundaria, del análisis del papel que la evaluación juega en la teoría jurídica.

Como ya se mencionó, este análisis se lleva a cabo a través de la comparación de las posturas de Finnis y Dworkin sobre los criterios para que una teoría jurídica sea exitosa, con la posición metodológica adoptada por Joseph Raz. Raz rechaza las tres tesis mencionadas, sin

embargo, sostiene que la teoría del derecho no puede mantenerse libre de valoración. Creo que la postura de Raz ejemplifica la postura metodológica adecuada para un filósofo del derecho, postura que estimo no se entiende actualmente de la manera correcta. La existencia de tales malentendidos se evidencia con lo que sostienen Finnis y Dworkin cuando señalan que la postura de Raz no tiene un espacio que coherentemente pueda ocupar, y por tanto, debe colapsar inevitablemente en alguna variante de las posturas que ellos defienden.<sup>18</sup> Intentar explicar la naturaleza y el significado de este tipo de postura metodológica que atribuyo a Raz —y que denomino *teoría jurídica de evaluación indirecta*— puede verse como el punto toral de discusión en este libro. Debe indicarse que mi objetivo es caracterizar esta postura metodológica en lo general, sin limitarme a la forma en que Raz expone sus ideas en torno a la naturaleza del derecho. Sin embargo, dado que las ideas de Raz se pueden utilizar para aclarar lo que denomino teoría jurídica de evaluación indirecta, el presente trabajo se dedica en buena medida a resaltar la naturaleza de este enfoque mediante el examen de la postura de Raz, considerando, a su vez, si puede defenderse de las críticas que se le han hecho o que se le pueden formular. Ahora bien, es importante mencionar que en este trabajo no defiendo necesariamente todos los elementos de la postura metodológica de Raz o todos los argumentos que utiliza para defender su particular punto de vista sobre la naturaleza del derecho. Más bien, utilizo estos aspectos de su postura para resaltar la que estimo es la forma adecuada de enfocar nuestro entendimiento del derecho. Por lo anterior, mi interés radica en los tipos de argumentos que Raz utiliza, más que sus detalles sustantivos. El

<sup>18</sup> Estas afirmaciones se discuten en los capítulos segundo al sexto.

grado en que coincido con dichos argumentos se aclarará de acuerdo con el contexto en el cual sean discutidos. Además, debo apuntar que no sé en qué medida Raz estaría de acuerdo con mi interpretación de su postura.

Si bien dedico una parte principal al análisis comparativo entre las posturas metodológicas de Finnis, Dworkin y Raz, otras discusiones están presentes; la idea general es presentar al lector algunos de los criterios de éxito empleados para las teorías del derecho con los cuales quizá no esté de acuerdo, pero que por lo menos pueden proporcionar pensamientos provocativos para enfocar y considerar estos aspectos metodológicos. De esta forma, el libro pretende desarrollar algunas tácticas interesantes para iniciar la conversación en relación con el tema que aborda y espera animar a otros a unirse al debate. Al tener presente este objetivo, e impulsado por las consideraciones mencionadas en la sección II de este capítulo, el libro no pretende declararse determinante por alguna de las metodologías de la filosofía del derecho, ni desarrollar una metateoría completa. Más bien, esta empresa tendrá éxito en la medida en que sirva para entender con más profundidad el tema y en la medida en que los puntos de vista que se mencionan sirvan para generar un debate centrado y riguroso en cuanto a la naturaleza de la teorización del derecho.

## II. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA METODOLOGÍA DE LA METODOLOGÍA

Este trabajo se autodeclara “meta” en razón de su objeto de estudio: su preocupación principal no es la naturaleza del derecho, sino la naturaleza sobre la teorización del derecho. Al ser éste el caso, algunos lectores tendrán dudas sobre las posibilidades y sobre el valor del proyecto propuesto, incluso antes de examinar las

ideas de fondo aquí expresadas. Estas dudas pueden adquirir formas diversas; por ejemplo, algunos objetarán los trabajos que tratan sobre aspectos metodológicos de la filosofía del derecho no tanto por las ideas de fondo que mencionan, sino porque la existencia de estas cuestiones indica un malestar dentro de la disciplina. Para continuar con la línea de pensamiento que tengo en mente, hay una relación inversamente proporcional entre el desarrollo sustancial de una materia y el interés en su metanivel, mientras uno está a la alta, el otro inevitablemente está en decadencia, es decir, el interés en la metodología de la filosofía del derecho aumenta cuando no existe progreso en las explicaciones sustantivas sobre la naturaleza del derecho.<sup>19</sup> Espero realmente que un interés en estos aspectos metateóricos no evidencie una falta de interés o de inspiración en teorías jurídicas de primer orden, ni del autor en turno que sea considerado ni del estado de la disciplina en su conjunto. Así, y por razones que serán obvias en el desarrollo de este trabajo, algunas de las cuales se mencionan enseguida, considero la comprensión de la naturaleza del derecho y la comprensión de la teoría jurídica como complementarias y actividades mutuamente reafirmantes, en lugar de verlas ocupando posiciones opuestas en una rueda de la fortuna iusfilosófica.

De cualquier forma, incluso si tuviera algo de cierta esta peculiar ley de proporcionalidad inversa que resulta una mala señal para el estado de las teorías del derecho, no cancela directamente las aspiraciones de un pro-

<sup>19</sup> Andrei Marmor brevemente considera si este fenómeno puede explicar parcialmente por qué ha existido una relativa falta de interés, hasta hace poco tiempo, en la metodología de la filosofía del derecho, *i. e.*, dados los considerables avances que Hart y quienes le siguieron lograron para esta materia. Véase Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 2.



yecto como el presente. Más importante en este punto es la objeción de que este proyecto está fundamentalmente destinado al fracaso, en razón de no poder concretar conclusiones realmente importantes sobre la metodología iusfilosófica adecuada, sin hurgar e intentar llegar a los resultados adecuados sobre la misma naturaleza del derecho. La fuerza de esta línea de ataque radica en la idea de que existe poco o nada de valor en un trabajo dedicado primaria o específicamente a los temas de la metodología iusfilosófica, dado que la verdad o pertinencia explicativa de las diferentes perspectivas sólo pueden ser medidas si examinamos y evaluamos de lleno los aspectos sustantivos de las diferentes perspectivas del derecho que son avanzadas desde los distintos enfoques metodológicos.

Al responder a esta objeción, primero debemos mencionar que en gran parte, el presente estudio deja pendiente el tema referente a la medida en que las metodologías iusfilosóficas pueden evaluarse por sí mismas, *i. e.*, sin considerarlas junto a los aspectos sustantivos que las teorías apoyan. Para ilustrar la pertinencia de este punto, podemos brevemente considerar dos posibles modelos en la relación entre metodologías y las teorías en las que se apoyan. De acuerdo al primer modelo, la viabilidad de un enfoque metodológico correcto es independiente de y previo al estatus verdadero de la explicación sustantiva del derecho que se genera con base en él. Es decir, de acuerdo a este modelo, sería posible juzgar entre diferentes alternativas metodológicas solamente en términos metodológicos, y el éxito de una teoría del derecho dependerá en adoptar por lo menos lo que sería la metodología iusfilosófica adecuada de acuerdo al sustento metodológico.

El segundo modelo es más holístico en su naturaleza, sostiene que las metodologías y las teorías que producen

deben ser evaluadas conjuntamente, y que cada una puede apoyarse en el éxito de la otra. Entonces, bajo este segundo modelo, una determinada metodología puede apoyarse de lo atractiva que resulte la teoría que produce, por ejemplo, dado que dicha teoría se ajusta adecuadamente a nuestro entendimiento preteorético de los fenómenos que investigamos.<sup>20</sup>

Si el primer modelo es el correcto, entonces la objeción que se formuló anteriormente puede ser refutada totalmente y los diversos argumentos en pro o en contra de las diferentes metodologías iusfilosóficas que aquí se exponen puede que presenten argumentos con una naturaleza concluyente, los cuales, además, no requerirían necesariamente de apoyos ulteriores provenientes de argumentos sobre cuál teoría del derecho proporciona la explicación más convincente de la institución social que investigamos de acuerdo a nuestro entendimiento preteorético, por ejemplo. Como acabo de mencionar, este trabajo deja pendiente esta discusión, pero de hecho me inclino hacia el segundo modelo en la relación entre metodologías y las teorías que con base en ellas se producen. Siendo éste el caso, y dado que los límites del presente proyecto impiden llevar a cabo una investigación minuciosa sobre cuál es la filosofía del derecho sustantiva que proporciona la explicación más convincente del derecho, acepto que lo más probable es que mi discusión sobre las diferentes metodologías iusfilosóficas no tenga una naturaleza concluyente. En otras palabras, existe

<sup>20</sup> Cabe mencionar que puede que existan otros modelos en las relaciones entre teorías jurídicas y sus fundamentos metodológicos, y que en relación con los modelos que sí menciono, dichas relaciones pueden ser mucho más complejas de lo que se puede discutir en este breve repaso. Sin embargo, espero que la distinción, tal y como la menciono, resulte de utilidad para delimitar qué tanto podemos extraer de las discusiones que aparecen en el resto del libro.

una limitante en este proyecto, que se origina en el hecho de que es poco probable el poder decidir concluyentemente entre las diferentes alternativas metodológicas que aquí discuto, sin entrar a analizar muchas otras preguntas sobre la veracidad de las teorías del derecho que dichas metodologías apoyan.

No obstante, podemos admitir lo anterior al objetor, pero ello no debe llevarnos a la conclusión de que hay poco o ningún valor de emprender un estudio como el presente. La razón para ello es que incluso bajo el segundo modelo de la relación entre teorías del derecho y metodologías en las que se apoyan, mi postura es que existe la posibilidad de identificar algunos temas y problemas que son característicamente metodológicos en su naturaleza. A raíz de esta postura, argumentaría además que incluso si —como sospecho— el segundo modelo es el correcto, y si bien los argumentos en este libro lo más probable es que no sean concluyentes, dichos argumentos servirán para la parte del debate entre teorías jurídicas que se ocupa del aspecto metodológico; por lo que los argumentos enfilados a apoyar o criticar las diferentes metodologías iusfilosóficas no constituirán la palabra final en torno a la cuestión, pero pueden iluminar la naturaleza de dichos enfoques metodológicos y conducirnos a la vía de proporcionar razones para adoptar o no determinado enfoque. Además, y tomando en consideración lo que pienso es una falta de discusiones adecuadas sobre estas preguntas, creo que si bien estas discusiones no son concluyentes, sí constituyen una herramienta valiosa para profundizar nuestro entendimiento sobre la naturaleza de la filosofía del derecho en general y de los presupuestos metodológicos que subyacen a ciertas teorías en particular.

### III. UNA MIRADA DETENIDA A LA LABOR DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA ANALÍTICA

Tal y como espero haya quedado claro en lo señalado en las dos secciones anteriores, en este libro no pretendo desarrollar o defender una metateoría completa de la teoría jurídica. Dicho lo anterior, en este capítulo introductorio me gustaría ofrecer un recuento esquemático de lo que pienso son los requisitos de éxito para una teoría del derecho, o por lo menos, de una teoría jurídica de determinado tipo. Este recuento se basa en el trabajo reciente de Joseph Raz,<sup>21</sup> recuento que, debo enfatizar, constituye una presentación más que una reivindicación de la labor que desarrolla una determinada teoría del derecho. Las razones para proceder de esta forma tienen dos vertientes. Primero, me gustaría señalar algunos puntos de lo que considero es la metodología iusfilosófica adecuada, a la espera de que esto le sirva al lector para entender mejor e involucrarse con las discusiones que a continuación se llevan a cabo. En segundo lugar, y quizás más importante, considero que es necesario proceder de esta manera para con ello proporcionar un marco de referencia que adecuadamente fije los parámetros de las discusiones sustantivas que el trabajo aborda.

Por tanto, la siguiente explicación debe verse tanto como una afirmación inicial de mi postura sobre las pretensiones de la teoría del derecho, así como una especie de mapa del área metateórica relevante que utilizo para resaltar y ubicar el significado de las diferentes discusiones que forman la parte sustantiva de este estudio. Por supuesto que estoy consciente de que muchos aspec-

<sup>21</sup> Principalmente me baso en Raz, J., "Can There Be a Theory of Law?", manuscrito, Oxford, 2000, y Raz, J., "On The Nature of Law", *Archive für Rechts und Sozialphilosophie*, 1996, vol. 82, p. 1.

tos de la explicación que doy son controvertidos y que algunos lectores tendrán serios desacuerdos con la misma. Sin embargo, si tomamos en consideración las aclaraciones hechas anteriormente sobre el objetivo de delimitar el área a través de esta explicación, solicitaría a aquellos con dudas sobre la perspectiva de la labor de la teoría del derecho que voy a presentar, que no condenen de entrada el proyecto por dicha razón, más bien, la idea es que utilicen esta explicación para adentrarse al territorio de lo que sigue, y que sirva para involucrarse —críticamente o de cualquier otra forma— en las discusiones sustantivas y argumentos del libro que forman su médula explicativa.

Al considerar cuál puede ser la labor de la filosofía del derecho, una consideración preliminar que debe tomarse en cuenta es la magnitud de áreas de indagación intelectual y preguntas que esta disciplina ha agrupado en su dominio en uno u otro tiempo y de alguna u otra forma. Para citar sólo algunos ejemplos: cuestiones concernientes a la criminología, aspectos sociológicos del Poder Judicial, antropología jurídica, métodos alternativos de solución de controversias, explicaciones conductivistas sobre la relación entre el derecho y otros tipos de normas sociales, o incluso, el papel de la inteligencia artificial en el razonamiento jurídico, todas las cuales pueden ser vistas desde el dominio de la teorización sobre el derecho. En algunos de estos casos, la sombra de las indagaciones interdisciplinarias claramente añade a la potencial variedad en temas y enfoques. Además, cuestiones teóricas abundan en cualquier indagación que se conduce con un grado suficiente de abstracción, lo que da como resultado que casi cualquier tópico desde la dogmática en cierta jurisdicción pueda abordarse de una forma iusfilosófica. Esto sin considerar la copiosa literatura jurídica crítica que busca denunciar las formas tra-

dicionales de teorizar sobre el derecho y la forma en que lo concebimos.

Dada esta casi abrumadora heterogeneidad, pareciera que no podemos llegar a conclusiones útiles sobre la labor de la filosofía del derecho, salvo que su ámbito sea delimitado de manera drástica. En el presente trabajo me concentro en un enfoque sobre la teorización del derecho que suele llamarse jurisprudencia analítica. Sin embargo, presento una perspectiva distinta a la intuición que generalmente se tiene del terreno que dicha tradición ocupa y de aquello que se incluye en su ámbito. Esto se debe principalmente a que considero que este enfoque se caracteriza más adecuadamente en relación a los criterios de éxito a los que aspira una teoría del derecho de cierto tipo, en lugar de caracterizarlo en relación a los tópicos que aborda o el tipo de perspectiva adoptada en relación a dichos tópicos.<sup>22</sup>

Entonces, nos preguntamos: ¿cuáles son los criterios que delimitan una buena o exitosa filosofía analítica del derecho?<sup>23</sup> En pocas palabras, a la jurisprudencia analítica le interesa explicar la naturaleza del derecho intentando aislar y explicar aquellas características que hacen al derecho lo que es. Una exitosa teoría jurídica de esta naturaleza, es una teoría que consiste en proposiciones del derecho que *a)* son necesariamente verdaderas, y *b)* explican adecuadamente la naturaleza del derecho.<sup>24</sup> Los puntos *a* y *b* están íntimamente relacio-

<sup>22</sup> Esto se explica más adelante con mayor detalle.

<sup>23</sup> No obstante existen muchos enfoques alternativos valiosos para entender el derecho, en este trabajo no me ocupo de los criterios de éxito de teorías que no se ajustan al modelo de la filosofía del derecho analítica.

<sup>24</sup> Esta formulación, puesta en términos ligeramente diferentes, es tomada de Raz, J., "Can There Be a Theory of Law?", *cit.*, nota 21, sección I. Si se toma en consideración el alcance de este trabajo, se-

nados: la habilidad de una teoría de explicar adecuadamente la naturaleza del derecho depende de gozar por lo menos de proposiciones necesariamente verdaderas. Pero, como se discutirá en breve, ésta es sólo una condición necesaria y no suficiente de la capacidad explicativa adecuada de tal enfoque.

De acuerdo con esta caracterización, la filosofía del derecho analítica se ocupa de explicar la naturaleza del derecho de manera adecuada y certera. Esta noción de “la naturaleza del derecho” quizás requiera una pequeña explicación adicional. En este trabajo, utilizo “la naturaleza del derecho” para referirme a aquellas propiedades esenciales que determinado grupo de fenómenos tiene que exhibir para ser considerado derecho. Entonces, la labor de la filosofía jurídica analítica es buscar y explicar dichas propiedades del derecho que hacen al derecho lo que es. Innegablemente dichas propiedades son unas que el derecho en cualquier tiempo y en cualquier lugar tiene que exhibir. En este caso, otra forma de caracterizar la labor de la filosofía del derecho analítica consistiría en decir que se ocupa de la naturaleza del derecho en lo abstracto, en vez de dedicarse a la forma en que se exhibe en sistemas jurídicos concretos.<sup>25</sup>

Alguien podría preguntar por qué una teoría del derecho exitosa de este tipo necesita contar con proposiciones sobre el derecho que son necesariamente verdaderas en lugar de contingentemente verdaderas. La respuesta es que sólo proposiciones necesariamente verdaderas sobre el derecho serán capaces de explicar su naturaleza.

ría demasiado entrar a una discusión referente al tipo de necesidad que puede estar en juego. Afortunadamente esto no resulta relevante para presentar el enfoque iusfilosófico analítico que resulta adecuado para los fines presentes.

<sup>25</sup> De nuevo me baso en Raz, “Can There Be a Theory of Law?”, *cit.*, nota 21, sección I.

Si el derecho tiene determinada característica y ésta se descubre que sólo es contingentemente verdadera, debido, por ejemplo, a las condiciones sociales y/o económicas que en ese momento prevalecen en determinado tiempo y espacio y que, por tanto, no resulta ser necesaria para su existencia como derecho, entonces dicha característica no forma parte de la naturaleza esencial del derecho y no podrá ser de utilidad en la trascendente tarea de llegar al núcleo de esta institución social y entender aquello que lo hace derecho.

Pero, quizás un posible objetor podría señalar que al restringir la filosofía del derecho analítica exitosa a aquello que proporciona dichas verdades necesarias, estamos cayendo en una petición de principio en relación con la pregunta que queremos responder, dado que estamos asumiendo que el derecho *goza de* propiedades esenciales. Esto, puede agregar el objetor, es un presupuesto poco probable y disparatado. La respuesta adecuada a esta objeción es señalar que no se está cayendo en una petición de principio, dado que el enfoque de la manera en que se ha delimitado hasta estos momentos no sostiene o asume que el derecho goce de propiedades esenciales. Más bien, simplemente se estipula que *si* existen tales propiedades, entonces una teoría jurídica exitosa del tipo que estamos considerando debe encontrarlas. Si cambiamos la perspectiva de la respuesta, podría señalarse que una de las razones de por qué es imposible tener una teoría del derecho exitosa del tipo que estamos considerando, consiste sencillamente en que el derecho no posee ningún tipo de propiedades esenciales. En términos de esta discusión, esta posibilidad permanece abierta. De esta forma, el objetor puede formular de nuevo su punto inicial sosteniendo que la labor de la filosofía del derecho analítica es inútil, dado que el derecho de hecho no posee ninguna propiedad esencial. Esto,



sin embargo, se debe demostrar señalando la incapacidad de las teorías del derecho que estamos considerando, de encontrar y explicar cualquier tipo de propiedades esenciales en el caso del derecho, y no sólo sosteniendo que dichas teorías en su intento de encontrarlas son falsas o que caen en una petición de principio.

Lo anterior, sin embargo, para algunos seguirá resonando a un esencialismo que consideran desubicado en términos filosóficos generales, y *a fortiori* tratándose, en el caso de la filosofía, de una institución social producto del hombre como es el derecho. De nuevo reitero que dentro de los confines de este libro no puedo justificar totalmente la perspectiva que tengo sobre la tarea de la filosofía jurídica analítica; pero sí mencionaré, por último, unas palabras en su defensa. El enfoque acabado de mencionar no sostiene que los sistemas jurídicos sean características necesarias de todas las sociedades humanas, ni que todas las sociedades han pensado en el derecho de la misma forma.<sup>26</sup> El punto a seguir es éste: dado que consideramos que existe algo especial sobre ciertas formas de organización social que registramos como jurídicas, y dado que reconocemos que a través de la histo-

<sup>26</sup> Véase Raz, J., "Can There Be a Theory of Law?", *cit.*, nota 21, sección IV, y Raz, J., "On the Nature of Law", *cit.*, nota 21, *passim*. Para una discusión referente a la compatibilidad de la tesis que sostiene que diferentes sociedades, en diferentes tiempos, han tenido distintos conceptos de lo que el derecho es/o que han pensado el derecho de maneras distintas, con la búsqueda de las propiedades esenciales del derecho. Tal y como lo sugieren los comentarios señalados en el texto, existen en esta área de investigación muchas otras preguntas interesantes para ser abordadas. Sin embargo, dichas preguntas exceden los límites de la presente discusión, la cual simplemente intenta presentar una explicación sobre la naturaleza de la filosofía jurídica analítica tanto como sea necesaria para proporcionar un punto de referencia para las discusiones de la metodología en la filosofía del derecho, tema con el cual este trabajo está comprometido.

ria algunas formas de organización social han llegado a ser consideradas como sistemas jurídicos y otras no, la única manera en que podemos comenzar a investigar esta forma peculiar de organización social y cómo se distingue de otras formas de organización social, es intentando aislar y explicar sus características constitutivas, características que las convierten en lo que son. Tales características no pueden ser más ni menos que las propiedades esenciales del derecho, y será necesariamente verdadero el que el derecho presente dichas propiedades.

Esta caracterización de la filosofía jurídica analítica deja pendientes muchas otras preguntas, incluyendo aquella de qué tan numerosas pueden ser las propiedades esenciales del derecho. No pretendo decir mucho a este respecto, dado que el dejar pendiente la pregunta de esta manera resulta totalmente apropiado: no podemos saber cuáles son las propiedades esenciales del derecho o qué tan numerosas pueden ser sin ocuparse de las vías particulares de investigación de la filosofía jurídica analítica de primer orden, un proyecto en constante evolución. Sin embargo,<sup>27</sup> dado que el derecho es un fenómeno social complejo y multifacético, al parecer no tendríamos ninguna razón en creer que dichas propiedades serán pocas en número y ciertamente es posible, por lo menos, que exista un número indefinido de tales propiedades. Esta posibilidad es una de las razones que motiva mi sugerencia anterior referente a que la filosofía jurídica analítica debe verse delimitada en términos de los criterios de éxito, más que en relación con tópicos o actitudes referentes a dichos tópicos. El modelo de los criterios de éxito permite la plausible posibilidad de que el derecho puede contar con un número indefinido de

<sup>27</sup> Dan testimonio de esto la gran variedad de maneras previamente enlistadas de caracterizar al derecho.

propiedades esenciales, cuyos diferentes subconjuntos pueden identificarse y explicarse a través de investigaciones en cualquiera de los numerosos tópicos mencionados al iniciar la presente discusión. Desde este punto de vista, las indagaciones de la filosofía jurídica analítica pueden ocuparse de varios de los temas mencionados y pueden adoptar distintas actitudes al respecto.

Este modelo de los criterios de éxito también encuadra con la perspectiva de la filosofía jurídica analítica que defiendo, dado que pienso que existen muchos casos en los que sería demasiado restrictivo y poco útil, incluso cayendo en una petición de principio, el excluir ciertas indagaciones del ámbito de la filosofía jurídica analítica simplemente con base en los tópicos que se abordan o en el tipo de perspectiva que se adopta en dichos tópicos. Un ejemplo ilustra lo que se pretende con esta última categorización: una postura que considere todas las posibles perspectivas críticas para entender al derecho como si estuviesen en un terreno distinto al de la filosofía jurídica analítica. Yo consideraría esta perspectiva demasiado restrictiva, incluso cayendo en una petición de principio.<sup>28</sup> La razón que tengo es que no creo que de antemano debemos excluir la posibilidad de que una de las propiedades esenciales del derecho podría ser explicarse a sí mismo como un fenómeno fundamentalmente injusto, fenómeno del cual debemos ser críticos. Por ejemplo, quizás sea posible que una de las propiedades esenciales y universales del derecho sea el ayudar a mantener una falsa conciencia que contribuye a la continua explotación de las clases trabajadoras por parte de

<sup>28</sup> En la caracterización que se ofrece, mucho del trabajo de los críticos en el derecho sería excluido del ámbito de la filosofía jurídica analítica. Lo que deseo resaltar es que esto se debe a las características de dichos trabajos y no al hecho de que sus objetivos sean principalmente críticos.

los dueños de los medios de producción. Una teoría que postule lo anterior y que como resultado sostiene que el derecho es un fenómeno esencialmente injusto, también intenta explicar la naturaleza del derecho al explicar sus propiedades esenciales. Si la tesis fuera correcta (yo no sostengo que lo sea) y explicara determinado aspecto de la naturaleza del derecho, entonces la teoría reuniría los criterios de éxito de una filosofía jurídica analítica. Por el contrario, es posible que las propiedades esenciales del derecho sean de tal forma que uno debe señalar su valor moral o la manera en que el derecho resulta ser una institución moralmente justificada. Desde mi punto de vista y como se discutirá con mayor detalle en el capítulo segundo, la postura de John Finnis es una de las representantes de la filosofía jurídica analítica que precisamente llega a esta conclusión en relación con el núcleo o significado principal del derecho. Entonces, de acuerdo a la perspectiva aquí presentada, lo que determina que una teoría se enmarca dentro del ámbito de la filosofía jurídica analítica no es *qué* propiedades esenciales según ella tiene el derecho, sino *que* considera al derecho como poseedor de dichas propiedades, y además, visualiza la labor de la teoría del derecho como una dedicada a identificar y explicar en qué consisten.

Considero que este tipo de empresa delimitada en los párrafos anteriores es la que llevan a cabo, por ejemplo, Santo Tomás de Aquino, Jeremy Bentham, John Austin, H. L. A. Hart y Hans Kelsen y que también emprenden John Finnis y Joseph Raz hoy en día. Una ausencia notable en este recuento del salón de la fama de la filosofía del derecho es, por supuesto, Ronald Dworkin. La cuestión es que ciertos aspectos de la postura de Dworkin causan dificultades para ubicarlo dentro de la tradición analítica de la filosofía del derecho tal y como la acabamos de caracterizar.

Dworkin no puede ser considerado como un defensor de este enfoque, dado que —discutiblemente— su explicación del derecho lo compromete a un punto de vista en el que la teoría jurídica no puede ser universal en el sentido presupuesto por la filosofía jurídica analítica. Debido a que se trata de una interpretación de prácticas jurídicas concretas de sociedades específicas, la teoría del derecho de Dworkin resulta contingentemente ligada a las mismas. Más aún, parece ser que el tipo de sociedades cuyas prácticas jurídicas pueden ser interpretadas de la forma que tiene en mente Dworkin son “nuestro” tipo de sociedades, *i. e.*, democracias liberales como las del Reino Unido o Estados Unidos, las cuales se encuentran comprometidas con los derechos individuales y las virtudes de justicia, equidad y las garantías de seguridad jurídica, aspectos que juegan un papel primordial en la visión dworkiniana de cómo tenemos que interpretar el derecho. Desde esta perspectiva, la teoría jurídica de Dworkin se dirige a una explicación del derecho en este tipo de sociedades solamente.<sup>29</sup>

Sea la intención de Dworkin que su teoría tenga una aplicación universal o no, el caso es que ciertamente sus ideas son contrarias al enfoque analítico de la filosofía jurídica, dado que el intento de explicar la naturaleza del derecho en lo abstracto y el responder lo que el derecho exige en circunstancias particulares es visto como

<sup>29</sup> Véase específicamente Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, nota 17, p. 216: “Estoy defendiendo una interpretación de nuestra propia cultura política, no una moralidad política abstracta y eterna”. Sin embargo, este punto es controvertido en la obra de Dworkin y no podemos dedicarnos a ello en este trabajo. Para otros puntos de vista en relación con este tema véase, *e. g.*, Soper, P., “Dworkin's Domain”, *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 1166; Raz, J., “Can There Be a Theory of Law”, *cit.*, nota 21, sección 4 y *cfr.* Raz, J., “Two Views of the Nature of the Theory of Law: a Partial Comparison”, *Legal Theory*, vol. 4, 1998, pp. 281 y 282.

una sola empresa continua. Es decir, para Dworkin la pregunta “¿cuál es la naturaleza de la institución social del derecho?” y la pregunta “¿tiene A derecho a recibir daños y perjuicios de B?” son del mismo tipo, distinguiéndose sólo en el nivel de abstracción desde el cual se preguntan y en el cual se deben contestar.<sup>30</sup> Sin embargo, de acuerdo a los defensores de la filosofía jurídica analítica, esta última pregunta depende de cómo es el derecho en determinado sistema jurídico y es una cuestión distinta a la caracterización abstracta de la naturaleza del derecho.<sup>31</sup> Lo que sucede es que Dworkin no reconoce la supuesta cualitativa distinción entre preguntas referentes a la naturaleza del derecho en lo abstracto y aquellas concernientes a la práctica en instituciones jurídicas particulares, lo cual, quizás, nos deja en dificultades terminológicas, dado que podría parecer que el trabajo de Dworkin debe excluirse de la filosofía jurídica analítica tal y como la hemos caracterizado. Lo anterior, sin embargo, es problemático dado que este autor evidentemente ha sido uno de los contribuidores torales de la filosofía del derecho del siglo XX, y aún más, su labor, al igual que los autores mencionados, intenta caracterizar al derecho acertada y adecuadamente (no obstante, como varias de las discusiones en este libro lo indican, él tiene una perspectiva singular de cómo debemos llevar a cabo esta tarea).

Estos puntos nos llevan al meollo de algunas de las cuestiones que son abordadas en los capítulos quinto y

<sup>30</sup> Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, cit., nota 17, p. 90, y las discusiones sobre la postura de Dworkin en los capítulos quinto y sexto.

<sup>31</sup> Andrei Marmor sostiene que el reconocimiento de dicha distinción constituye la característica definitoria de la filosofía jurídica analítica, y por tanto, sostiene un contraste entre la postura de Dworkin y este enfoque analítico: véase Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, cit., nota 19, p. 35.

sexto de este libro y que finalmente es mejor dejarlas pendientes hasta que discutamos el punto de vista de Dworkin, el cual es analizado en dichos capítulos. Sin embargo, por lo que respecta al aspecto estrictamente terminológico, mi punto de vista es que en el enfoque de Dworkin, al constituirse como un novedoso distanciamiento en la teoría jurídica, no es de mucha utilidad gastar energías en tratar de sostener si parcial o totalmente se encuentra en el ámbito de la tradición de la filosofía jurídica analítica. Siendo éste el caso, en los capítulos quinto y sexto concentro mis energías en el análisis y crítica de algunos aspectos sustantivos del trabajo metodológico de Dworkin en la filosofía del derecho, lo anterior con la intención de afinar la mira en los puntos de conflicto con la perspectiva de la teoría del derecho con la que deseo relacionarme —dichas curiosidades de clasificación las dejo para otros—.

Al concluir con esta presentación de la labor de la filosofía del derecho analítica, es importante hacer notar que una teoría exitosa de este tipo debe hacer algo adicional a simplemente registrar *cualquier* subconjunto de proposiciones necesariamente verdaderas que explican las propiedades que algo tiene que poseer para ser considerado derecho. Esto se debe al hecho de que algunos subconjuntos no cumplirán con el segundo criterio manifestado para que una teoría del derecho sea exitosa, es decir, la necesidad de explicar adecuadamente lo que es el derecho. Este criterio, consistente en que la teoría redunde en una explicación adecuada, resulta vital al juzgar el éxito de una teoría del derecho de esta naturaleza. Lo que tengo en mente es resaltar el simple, pero sumamente importante, punto de que es necesario para cualquier teoría de esta naturaleza que maneje los datos que pretende caracterizar de una forma apropiada y

adecuada en relación con la naturaleza de dicha información.

Este punto no debe aparentar algo demasiado misterioso, dado que de hecho es muy familiar en el contexto del desarrollo de la filosofía del derecho del siglo XX. Uno de los grandes avances en la disciplina se debió a la insistencia de H. L. A. Hart de comprender las reglas al caracterizar los fenómenos jurídicos y entender dichas reglas desde el punto de vista de aquellos sujetos a las mismas, los cuales además las utilizan y aplican.<sup>32</sup> Este cambio en la perspectiva iluminó un vasto número de información que no fue adecuadamente abordada por las versiones anteriores del positivismo jurídico, las cuales, incluso en sus expresiones más elaboradas, ofrecieron explicaciones “externas” de los fenómenos jurídicos.<sup>33</sup> Estas explicaciones anteriores fueron infortunadas dado que erraron al no entender el derecho desde el punto de vista interno, *i. e.*, de la forma en que es comprendido por aquellos sometidos al mismo y que lo utilizan para guiar su conducta.

El hecho de que este acierto de Hart sea tan significativo se debe a esta instrucción metodológica de vital importancia que acabamos de mencionar, consistente en que para una teoría jurídica es necesario aprehender el material que intenta caracterizar de una forma apropiada a la naturaleza de dicho material, corriendo el riesgo en caso contrario de dar una explicación distorsionada del mismo. En el caso de las reglas, las cuales son cen-

<sup>32</sup> Véase Hart, *The Concept of Law*, 2a. ed., *cit.*, nota 14, *passim*, pero quizás *cfr.* concretamente las páginas 51-61 y 82-91.

<sup>33</sup> En *The Concept of Law*, *cit.*, nota 14, el “chivo expiatorio” de Hart es la postura de John Austin, sin embargo, la supuesta versión más elaborada —discutiblemente— de la teoría del derecho como “mandatos” expuesta por Jeremy Bentham también puede ser criticada con base en la misma razón.



tralmente importantes para entender la naturaleza del derecho, esto exige proporcionar una explicación que correctamente incorpore el punto de vista interno. Este argumento explica por qué la exigencia de que una teoría exitosa tiene que consistir en proposiciones necesariamente verdaderas no es la última palabra en términos de su acierto explicativo, por que la verdad es solamente una condición necesaria, pero no suficiente en este sentido.<sup>34</sup> Las teorías en la filosofía del derecho no tienen simplemente que mencionar verdades, sino además tienen que sostener verdades que iluminen aquello que resulte ser lo más importante y más característico de los fenómenos que se están investigando. Aún más, al hacer esto, estas teorías tienen que ser lo suficientemente sensibles a la perspectiva que tienen aquellos que se encuentran bajo su dominio.<sup>35</sup>

#### IV. UNA GUÍA A LA ESTRUCTURA DEL LIBRO

El capítulo segundo de este libro inicia con una discusión preliminar sobre algunas de las trampas a las que nos lleva entender en términos de la distinción “es/debe ser” o “descriptivo/normativo” el terreno de los debates metodológicos en la filosofía del derecho. Sin embargo, la tarea principal de este capítulo es examinar antes que nada la primera de las tres cuestiones que introduce en la sección I del presente capítulo, es decir, si un teó-

<sup>34</sup> En la medida en que consisten de proposiciones necesariamente verdaderas (de nuevo insisto que no estoy diciendo que éste sea el caso) las teorías del derecho marxistas pueden constituir buenos ejemplos de teorías que son verdaderas, pero inadecuadas de acuerdo a la meta explicativa, lo anterior dado que no se ocupan de explicar la manera en que se presentan las reglas del derecho para aquellos sujetos a las mismas y que las utilizan como guías de conducta.

<sup>35</sup> Este punto se aborda con mayor precisión en el capítulo segundo.

rico del derecho tiene que evaluar moralmente al derecho para entenderlo adecuadamente (para recordar y resumir: lo que llamé la tesis de la evaluación moral). La discusión de este tópico se lleva a cabo a través de un análisis comparativo de los puntos de vista que en este sentido sostienen John Finnis y Joseph Raz, y además intentaré explicar la forma en que Finnis defiende, mientras que Raz rechaza la tesis de la evaluación moral. En la medida en que el capítulo se desenvuelve, se revela un problema que debe ser resuelto para que el enfoque de Raz sobreviva el tipo de críticas formuladas por Finnis.

El capítulo tercero intenta proporcionar una solución adecuada a este problema. La discusión en este capítulo introduce algunas distinciones importantes entre diferentes enfoques en la teoría jurídica, las cuales se continúan mencionando y desarrollando en las partes restantes del libro. Concretamente, me interesa desarrollar el tipo de enfoque hacia la teoría jurídica adoptado por Raz y explicar cómo dicha postura reconoce y defiende que la teoría jurídica no puede encontrarse libre de toda valoración, pero a la vez rechazar que la evaluación que se lleva a cabo en la teoría jurídica sea necesariamente moral. Desarrollar las características de esta postura metodológica —que, dicho sea de paso, denomino teoría jurídica de evaluación indirecta— puede decirse que constituye la línea argumentativa principal que se encuentra a lo largo del libro.

Posteriormente, el capítulo cuarto aborda, aunque de manera breve, la postura de Finnis en relación con la segunda de las tres cuestiones introducidas en la sección I de este capítulo, es decir, si un teórico del derecho tiene que defender la idea de que el derecho es un fenómeno justificado moralmente para entenderlo adecuadamente (la tesis de la justificación moral). El capítulo

también explora la relación entre esta cuestión y la tesis de la evaluación moral.

El capítulo quinto funciona como una especie de puente para el libro entre las observaciones de Finnis a la evaluación indirecta en la teoría jurídica, la cual se discute en los tres capítulos previos y las críticas de Dworkin que son examinadas en el capítulo sexto. Este capítulo introduce y explora la tercera cuestión anteriormente mencionada en la sección I, es decir, si los juicios valorativos en lo que respecta a las consecuencias morales provechosas que sobrevienen de defender cierta perspectiva del derecho pueden figurar legítimamente en los criterios de éxito de las teorías jurídicas. Son dobles las razones para abordar esta cuestión dentro del capítulo puente y previamente al análisis de las tesis de la evaluación moral y justificación moral en relación con la postura de Dworkin. Antes que nada, en ocasiones este tema (el de la tesis de las consecuencias morales provechosas) se confunde con la primera de las tres cuestiones abordadas en este libro, es decir, si un teórico del derecho necesita evaluar moralmente el derecho para entenderlo adecuadamente. Pienso que el contraste entre los dos puntos puede apreciarse mejor al discutir primero la tesis de la evaluación moral e inmediatamente después introducir y explicar la tesis de las consecuencias morales provechosas. En segundo lugar, uno de los principales argumentos que abordo al discutir la tesis de las consecuencias morales provechosas es el que sostiene Frederick Schauer en su artículo "Positivism as Pariah",<sup>36</sup> el cual útilmente nos encamina a la posición mantenida por Dworkin y nos permite entender cómo la

<sup>36</sup> Schauer, F., "Positivism as Pariah", en R. P., George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

postura de Dworkin se relaciona con la tesis de las consecuencias morales provechosas. Por tanto, el capítulo quinto inicia con una discusión de la tesis de las consecuencias morales provechosas en términos generales y después considera la importancia de este tema para entender la postura metodológica de Dworkin, erigiendo con ello una especie de puente que se conecta con los puntos de vista de Dworkin.

El capítulo sexto del libro se ocupa aún más de la perspectiva de Dworkin sobre la metodología correcta para la filosofía del derecho. El capítulo inicia con un repaso de la posición de Dworkin en relación con las tesis de evaluación moral y justificación moral respectivamente. Después considero la relación entre estas dos tesis y su punto de vista concerniente al propósito o la función del derecho. También aborda la cuestión de si en general los teóricos necesitan tomar postura en cuanto al propósito general o función del derecho para con ello construir una teoría adecuada y certera del derecho. Los objetivos principales del capítulo son proporcionar un análisis crítico de los puntos de vista de Dworkin en este sentido, y resaltar la manera en que el enfoque de evaluación indirecta hacia la teoría del derecho, para dar una explicación adecuada del mismo, no nos exige entender al derecho como algo que realiza una función moral concreta.

En el capítulo final del libro, intento resumir algunas de las conclusiones a las que hasta ese momento se llegan y elaborar aún más sobre la naturaleza de la teoría jurídica de evaluación indirecta y las razones que tenemos para adoptar dicha postura metodológica.

Así como se discuten las posiciones metodológicas de Finnis, Dworkin y Raz, intento de vez en cuando, en ocasiones en las notas al pie de este trabajo, ubicar mi punto de vista en relación con el de otros autores que úl-

timamente han expresado un interés por estas cuestiones metodológicas. No obstante lo anterior, los confines y los objetivos del presente trabajo determinan que no puedo pretender ofrecer un análisis detallado de cualquiera de estos autores o señalar en qué medida o por qué sus puntos de vista difieren del mío. De acuerdo al presente estudio, esta labor comparativa se deja abierta para el lector interesado, una labor que sólo puede lograrse a través de un estudio cuidadoso de lo que, estimo y expreso en este libro, es la metodología adecuada en la filosofía del derecho y comparar lo anterior con las obras de los otros teóricos que menciono en este libro y/o otros. Este enfoque se debe a mi esperanza de que el estudio en su conjunto sirva para iniciar la respuesta a algunas preguntas existentes, pero también que sirva para generar nuevas interrogantes, para animar a otros a continuar con la conversación.