

CAPÍTULO SEGUNDO
UNA INTRODUCCIÓN A LA TESIS
DE LA EVALUACIÓN MORAL

I. Introducción	37
II. Evaluación en la teoría jurídica: algunos mitos populares	38
III. Evaluación en la teoría jurídica: ¿todo o nada?.	48

CAPÍTULO SEGUNDO

UNA INTRODUCCIÓN A LA TESIS DE LA EVALUACIÓN MORAL

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo primero introduce la pregunta principal que anima las discusiones en este libro, esto es: ¿hasta qué punto y en qué sentido, un teórico del derecho tiene que llevar a cabo juicios de valoración sobre el derecho para construir una filosofía del derecho analítica exitosa? También mencioné que pretendo abordar esta pregunta examinando tres temas distintos que en ocasiones se disipan por enfocarse dentro del debate metodológico tradicional de si podemos tener una buena explicación del derecho “como es”, distinta a la de una explicación del derecho como “debe ser”. Para recapitular, los temas en cuestión son:

- a) Para entender al derecho adecuadamente, ¿es necesario evaluarlo moralmente? (o para ponerlo en otros términos: ¿un exitoso teórico del derecho tiene que suscribir la tesis de la evaluación moral?);
- b) Para entender al derecho adecuadamente, ¿es necesario sostener que el derecho es un fenómeno moralmente justificado? (o, ¿un teórico del derecho exitoso tiene que suscribir la tesis de la justificación moral?), y
- c) ¿Pueden ciertos juicios valorativos concernientes a las consecuencias morales provechosas que sobrevienen de defender cierto punto de vista en torno al

derecho, figurar legítimamente en los criterios de éxito de las teorías del derecho? (o, ¿puede un teórico del derecho legítimamente suscribir la tesis de las consecuencias morales provechosas?).

Este capítulo aborda la primera de las tres preguntas. Mucho se puede avanzar en ubicar en su justa dimensión esta pregunta metodológica si comparamos los puntos de vista que a este respecto sostienen Joseph Raz y John Finnis, por lo que ésta será la base de mi enfoque. El capítulo también ubica un problema que se debe solucionar para que el enfoque metodológico de Raz responda exitosamente a las observaciones hechas por Finnis. Tengo una solución tentativa a dicho problema, pero ésta se deja pendiente para el capítulo tercero. Sin embargo, antes de examinar estas cuestiones, quiero agregar unas palabras preliminares con relación a por qué estimo que la pregunta subyacente a la distinción *es/debe ser*³⁷ —podemos tener una explicación adecuada del derecho “como es” distinta a la de como “debe ser”— es poco útil y por qué es mejor abordar el tema de la evaluación en la teoría del derecho investigando las tres preguntas acabadas de mencionar.

II. EVALUACIÓN EN LA TEORÍA JURÍDICA: ALGUNOS MITOS POPULARES

Una de las razones por las que considero problemática la pregunta que subyace a la distinción “*es/debe ser*” es porque asume que la respuesta en torno a esta cuestión sólo se divide en dos trincheras metodológicas, lo cual, ni hace justicia a las complejidades metateóricas

³⁷ Véanse las pp. 4 y 5, para confrontar el uso que le doy a este término.

que la pregunta aborda; además, suele gravemente representar erróneamente los puntos de vista de algunos teóricos del derecho. Las dos trincheras suelen etiquetarse como filosofía del derecho “descriptiva” y filosofía del derecho “normativa”, en la que aquellos que contesten afirmativamente a la pregunta anterior se encasillan en la primera (e. g., Bentham, Austin, Hart, Kelsen y Raz), y aquellos que responden de manera negativa a la segunda (e. g., Finnis y Dworkin).³⁸ Tal y como muchas de las discusiones en este libro intentan demostrar, este modelo de las “dos trincheras”, como suele entenderse, resulta ser demasiado simplista y no logra resaltar algunas de las distinciones importantes entre teorías y teóricos en lo que respecta a sus puntos de vista sobre la metodología correcta en la filosofía jurídica.

Otra dificultad al proceder en la discusión de esta forma, es que aquellos que así lo hacen, suelen asumir que la diferencia entre las dos trincheras es la diferencia entre teorías jurídicas libre de valoración, por un lado, y teorías jurídicas cargadas de valoración, por el otro. De acuerdo a esta forma de visualizar la discusión, aquellos que suelen llamarse filósofos del derecho “descriptivos”,

³⁸ Algunos elementos de este esquema clasificatorio descriptivo/normativo (en ocasiones expresado como una distinción entre teoría jurídica descriptiva-explicativa y teoría jurídica normativa-justificativa) se encuentran presentes en muchas de las discusiones contemporáneas sobre la metodología en la filosofía jurídica: Véase Perry, S. R., “Interpretation and Methodology...”, *cit.*, nota 3; *id.*, “Hart’s Methodology...”, *cit.*, nota 3; Postema, G. J., *op. cit.*, nota 3. También Hart hizo referencia a alguna versión de esta dicotomía al intentar explicar las diferencias entre su postura metodológica y la de Ronald Dworkin, lo anterior en la sección I de su “Post Scriptum” publicado póstumamente: véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, nota 14. En un trabajo reciente, Jules Coleman también critica el uso de la dicotomía normativa/descriptiva al caracterizar los debates metodológicos de la teoría jurídica: véase Coleman, J., *op. cit.*, nota 3, concretamente la introducción y el capítulo 12.

e. g., Bentham, Hart y Raz, son aquellos que defienden la posibilidad de llevar a cabo una explicación del derecho totalmente libre de valoración: “las teorías del derecho más satisfactorias suelen ser aquellas que finalmente no son netamente descriptivas y libres de valoración, tal y como lo sostuvo Hart”.³⁹

Si tomamos lo anterior al pie de la letra, dicho argumento llevaría a sostener que un teórico del derecho no necesita involucrarse con ningún tipo de juicio valorativo al intentar construir una explicación adecuada de la naturaleza del derecho. Esto es falso en un sentido trivial y otro más importante, es decir, hay dos formas en las que los juicios evaluativos sí juegan un papel en teorías del derecho como las de Hart y Raz. Sin embargo, como vamos a argumentar a lo largo del libro, es importante darse cuenta que ninguna de estas dos formas de evaluación —por ejemplo, la teoría del derecho de Raz que se involucra con este tipo de evaluación— hace que este tipo de teoría sea “normativa”, en el sentido en que suele entenderse el concepto, *i. e.*, para representar la postura que adoptan Finnis y Dworkin, la cual, dicho sea de paso, señala que no podemos tener una explicación adecuada del derecho sin dedicarnos a evaluaciones *morales* del derecho, y en un sentido más concreto dirán que no podemos tener una explicación adecuada del derecho sin llevar a cabo evaluaciones morales de las funciones o propósitos del derecho en su conjunto. No obstante, es evaluativa tanto en un sentido trivial y otro más que trivial. La postura metodológica que intento elucidar a lo largo de este trabajo y que denomino *teoría jurídica de evaluación indirecta*, no exige de los teóricos llevar a cabo una evaluación moral (o justificación mo-

³⁹ Perry, “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, *cit.*, nota 3, p. 100.

ral) del derecho para caracterizarlo adecuada y acertadamente, tal como sí lo exigen las teorías de Finnis y Dworkin. Por lo anterior, debe ser obvio por qué la postura que intento dilucidar no encuadra dentro del esquema “descriptivo/normativo” de clasificación, o dentro de la dicotomía “libre de valoración/evaluación moral” que suele mencionarse para su comprensión. Así las cosas, el presente trabajo lleva consigo la petición de que dejemos a un lado el clasificar las teorías del derecho en términos de la terminología poco útil de lo “descriptivo/normativo”.

La fuerza de estas observaciones y los argumentos respectivos, espero se esclarezca en el desarrollo de las discusiones en este capítulo y del libro en su conjunto. Para iniciar ilustrándolas, empecemos con el sentido más trivial en el que la teoría del derecho no puede estar libre de evaluación. Si reflexionamos sobre lo que una teoría —cualquier teoría— intenta hacer, entonces ciertas conclusiones al parecer son inevitables. Por ejemplo, es común señalar que las teorías buscan desarrollar y comunicar argumentos de manera efectiva y coherentemente; que intentan comunicarse y plasmar sus puntos de vista de una forma accesible para los interesados, para que comprendan lo más ampliamente posible lo que la teoría intenta señalar. De forma que hay ciertas virtudes que una teoría debe tener e intentar dominar, tales como sencillez, claridad, elegancia, exhaustividad y coherencia. Me gustaría denominar estas virtudes “valores netamente metateóricos”. Las razones para usar este término las analizaré en breve más adelante, pero por ahora resulta suficiente mencionar que tales virtudes son importantes para que sean exhibidas por una teoría referente a cualquier tema, y esto se debe simplemente a la naturaleza de las teorías, concretamente, dado el hecho de que intentan comunicar argumentos eficazmente.

Entonces, lo que estoy sosteniendo es que las virtudes tales como la sencillez, exhaustividad y claridad son virtudes valiosas para ser poseídas por cualquier teoría, incluso una teoría del derecho.⁴⁰ De esta forma, lo anterior significa que los teóricos que intentan comunicar sus argumentos de manera exitosa, así como cualquier otro teórico de otra índole, tienen necesariamente que, al construir sus teorías, ocuparse en hacer juicios evaluativos para asegurarse de que presenten dichas virtudes de la mejor manera posible. El que las teorías del derecho, como la de H. L. A. Hart, que generalmente son caracterizadas como “descriptivas”, sean necesariamente evaluativas en *este* sentido, es de hecho reconocido por muchos comentaristas de la materia. Así que cuando alguno de estos comentaristas señala que una supuesta teoría descriptiva sostiene ser libre de toda valoración, lo que al parecer realmente intentan señalar es que, no obstante la construcción de la teoría, obviamente tiene que implicarse con juicios de valoración netamente metateóricos como los que acabamos de mencionar; la teoría de todas formas puede ser caracterizada como “descriptiva” siempre y cuando no exija evaluaciones que van más allá del sentido “trivial” para que sea exitosa. De tal forma, las teorías del derecho “descriptivas” no son caracterizadas de acuerdo a lo anterior como enteramente libres de valoración, sino libres relativamente de valoración: obviamente que en dichas teorías se involucran evaluaciones netamente metateóricas, pero esto no lleva a sostener que los autores de las mismas se encuentran en el territorio de, por ejemplo, la evaluación moral del derecho para explicarlo adecuada y acertadamente.

⁴⁰ En este punto también véase Waluchow, W., *op. cit.*, nota 3, pp. 19-29.

Un ejemplo de este tipo de caracterización de la teoría del derecho “descriptiva” emerge en el curso de las discusiones de Stephen Perry concernientes a si la postura metodológica de H. L. A. Hart se comprende mejor como un ejemplo de lo que Perry denomina enfoque “descriptivo-explicativo”: “El método descriptivo-explicativo juzga teorías a través de criterios propiamente denominados evaluativos, tales como poder de previsión y sencillez, pero los valores en cuestión son aplicables a todas las teorías científicas y no son en sí propiamente normativos”.⁴¹

El hecho de que sea aceptado que esta valoración “inocente”⁴² o netamente metateórica inevitablemente figure en teorías caracterizadas como “descriptivas” dentro del debate descriptivo/normativo, nos da razón para evitar esta forma de caracterizar el debate y apostar en favor de otras maneras de caracterizar las diferencias entre tipos de teorías jurídicas, dado que el término “descriptivo” en ocasiones lleva consigo una connotación de ser “libre de valoración”. Por otra parte, al considerar el lugar que le corresponde a los valores puramente metateóricos en la teoría del derecho, ya iniciamos a discutir uno de varios puntos referentes al papel que la evaluación juega en la teoría del derecho, discusión que es mejor abordar precisamente de esta forma, *i. e.*, de manera individual, en lugar de envolverlas en la demasiado simplista dicotomía descriptivo/nor-

⁴¹ Perry, “Hart’s Methodological Positivism”, *cit.*, nota 3, p. 438. Posteriormente en este artículo Perry llega a rechazar la idea de que Hart sea caracterizado como un filósofo del derecho descriptivo/explicativo.

⁴² Este adjetivo se toma prestado de Gerald Postema, quien lo utiliza al discutir el papel que juega la evaluación en la teoría de H. L. A. Hart, véase Postema, “Jurisprudence as Practical Philosophy”, *cit.*, nota 3, p. 333.

mativo. Pero, tal y como lo vamos a discutir enseguida, los inconvenientes que realmente presenta el esquema clasificatorio descriptivo/normativo no son visibles hasta que veamos cómo aquellos que lo utilizan tienden a caracterizar aquellas teorías que se sobrepasan de lo que denominan el lado “descriptivo” como teorías “normativas”.

Perry, en la cita mencionada anteriormente, señala que los valores puramente metateóricos tales como la sencillez son aplicables a todas las teorías científicas. De hecho, considero dichos valores como aplicables a teorías referentes a cualquier tópico, dado que no giran en torno a la verdad de las tesis sustanciales que determinada teoría formula sino que más bien se refieren a maneras de hacer más óptima la comunicación del mensaje que la teoría propone, y por tanto, son consideraciones que se aplican independientemente del contenido que pueda tener el mensaje.⁴³ Esto explica de inicio por qué dichos valores pueden denominarse “netamente-metateóricos”, *i. e.*, debido a que se relacionan sólo con la naturaleza de las teorías en lo general, en lugar de relacionarse con la naturaleza de la información específica que una teoría o tipo de teoría aborda. Más aún, también de manera preliminar esto nos permite entender por qué denominé este tipo de evaluación “trivial”. Si vamos a aprender algo interesante en relación con el papel que desempeña la evaluación en la teoría *jurídica*, entonces debemos indagar si, o en qué forma, la información concreta con la que trabaja la teoría jurídica tiene alguna importancia en relación con el tipo de juicios evaluativos que tiene

⁴³ Esto puede ser también el punto que Perry intenta demostrar, sin embargo, no me queda claro lo que quiere decir en este contexto con el término “científico”. Véase Perry, “Hart’s Methodological Positivism”, *cit.*, nota 3, pp. 436-338.

que hacer un teórico exitoso del derecho. Las discusiones del papel que juegan las consideraciones evaluativas en las teorías de cualquier materia, no obstante son interesantes hasta un punto, aún no nos dicen nada especial o particularmente importante en relación con la empresa de entender al derecho.

Estos puntos son reconocidos implícitamente por Perry al caracterizar el enfoque de H. L. A. Hart en la teoría del derecho, un enfoque que excede dicha evaluación “inocente” y puramente metateórica: “Hart sostiene tesis evaluativas no sobre teorías, sino en relación con las prácticas sociales mismas que está estudiando”.⁴⁴ El punto que Perry intenta transmitir es uno de suma importancia, y ciertamente, gran parte de mi función en este trabajo es ilustrar cómo el enfoque que defiende para la teoría jurídica, teoría jurídica de evaluación indirecta, ciertamente exige llevar a cabo juicios evaluativos en relación a la práctica social que se estudia por parte de las teorías del derecho. Adicionalmente, estimo que Perry tiene razón al argumentar que también Hart está efectuando juicios evaluativos en relación con las prácticas sociales que está estudiando.⁴⁵ Sin embargo, poste-

⁴⁴ Perry, “Hart’s Methodological Positivism”, *op. cit.*, nota 3, p. 438. También en el mismo artículo véase pp. 456 y 457. Postema también menciona este punto: véase Postema, “Jurisprudence as Practical Philosophy”, *op. cit.*, nota 3, p. 334.

⁴⁵ En el artículo del cual se extrae la cita mencionada, Perry acertadamente nos indica un hecho del que quizás el mismo Hart no se dio cuenta. En lo que respecta a mi propio punto de vista en relación a esta discusión y no obstante utilizo el trabajo de Raz en lugar de el de Hart para proporcionar un ejemplo del enfoque de la metodología en la filosofía jurídica con el que coincido y defiende, estimo que Hart, deliberadamente o no, se encuentra comprometido a muchos de los mismos postulados metodológicos que Raz. Desafortunadamente, el trabajo que implica demostrar esto no puede ser llevado a cabo en este espacio. Sin embargo, para una discusión sumamente

riormente a esta observación, los puntos de vista de Perry en relación con la metodología adecuada para la filosofía del derecho toman una dirección que ejemplifica lo que denominé como los verdaderos inconvenientes del esquema clasificatorio descriptivo/normativo.

La opinión de Perry es que para ser adecuadas y cumplir con sus funciones, todas las teorías del derecho tienen que ir más allá de la ya mencionada evaluación “inocente” y netamente metateórica, realizando además juicios evaluativos relacionados con la información con la que trabaja la teoría del derecho, *i. e.*, la práctica social del derecho. No obstante lo anterior, Perry señala que una vez que sobrepasamos los límites de la evaluación netamente metateórica, para estar en una posición de posible éxito, las teorías finalmente tendrían que ser “normativas” por naturaleza, lo que según Perry equivale a señalar que son evaluativas en el sentido de que implican: “argumentos morales y políticos encaminados a demostrar cuál teoría le da mejor sentido moral a la práctica social que llamamos derecho”.⁴⁶

Adicionalmente, para Perry las teorías que adecuadamente se ocupan de tales argumentos morales y políticos se encuentran aliadas, metodológicamente hablando, con el enfoque peculiar que hacia la teoría jurídica propone Ronald Dworkin, de tal forma que dichas teorías lo que hacen es:

demostrar cómo la práctica, construida en relación con determinado propósito o función que de manera plausible se le puede atribuir, puede bajo ciertas condiciones específicas engendrar para los participantes obligaciones mo-

esclarecedora del papel de la evaluación en la teoría de Hart, véase Green, L., “The Concept of Law Revisited”, *Michigan Law Review*, vol. 94, section IV, 1996, p. 1687.

⁴⁶ Perry, “Hart’s Methodological Positivism”, *cit.*, nota 3, p. 466.

rales que de cualquier otra forma no tendrían. La idea es dar sentido moral a la práctica demostrando a la gente cómo y bajo qué circunstancias puede que tengan razones para ajustarse a ella.⁴⁷

Gran parte del trabajo de Perry sobre metodología de la filosofía del derecho se dedica a examinar la postura de Hart y las tensiones internas que él piensa contiene la misma, las discusiones que Perry ofrece son sutiles en su naturaleza y se encuentran tejidas finamente, por tanto, no puedo hacerles justicia aquí. Pero cabe señalar que Perry no sostiene que la postura de Hart necesariamente colapsa, metodológicamente hablando, a los terrenos de Dworkin,⁴⁸ ni tampoco sostiene que no existen otras perspectivas metodológicas en la teoría del derecho viables aunadas a la evaluación netamente metateórica que denomina “enfoque descriptivo-explicativo”⁴⁹ por un lado, y la metodología dworkiniana por el otro. Más bien, su argumento es que, como toda teoría jurídica explicativa que sea adecuada debe hacerlo,⁵⁰ se debe superar la etapa de la evaluación netamente metateórica, que figura en el enfoque “descriptivo-explicativo” para poder contar con una teoría jurídica adecuada en relación con su tarea, y en concreto, para contar con una teoría jurídica adecuada en relación con la tarea específica de explicar la normatividad del derecho; resulta necesario adoptar un enfoque “normativo” que implique

⁴⁷ Perry, “Hart’s Methodological Positivism”, *op. cit.*, nota 3, p. 463.

⁴⁸ No obstante, sí sostiene que “las semillas de la versión del interpretativismo fuerte de Dworkin fueron plantadas por el mismo Hart, lo anterior en Perry, “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, *cit.*, nota 3, p. 101.

⁴⁹ Perry, “Hart’s Methodological Positivism”, *cit.*, nota 3, p. 429.

⁵⁰ Este punto se analiza con mayor profundidad en la sección siguiente.

valorar moralmente al derecho para darle el mejor sentido moral, mejor sentido del propósito general o función que dicha institución social se entienda que sirve.⁵¹

Mi postura en este trabajo es que esta última tesis es falsa. Las teorías del derecho implican y deben implicarse en juicios evaluativos que en su esencia van más allá de aquellos basados en lo metateórico y que se refieren a los tipos específicos de información/prácticas sociales que dichas teorías intentan explicar. Sin embargo, no es el caso que al hacerlo, dichas teorías estén evaluando *moralmente* al derecho, y además, las mismas no muestran o deben presentar al derecho desde su mejor perspectiva moral de acuerdo a una función general o propósito que se le asigna. Podemos decir que existe otro terreno que el papel de la evaluación en la teoría jurídica puede ocupar y que Perry a su vez no ha descubierto, terreno que sospecho se ha mantenido en el anonimato gracias a la influencia de la dicotomía descriptivo/normativo. Es precisamente este terreno el que es ocupado por el enfoque de evaluación indirecta en la teoría jurídica que examina este libro. Ya demarcados los límites del territorio que nos ocupa deslindar, ahora pasamos a su análisis y mejor esclarecimiento.

III. EVALUACIÓN EN LA TEORÍA JURÍDICA: ¿TODO O NADA?

Como lo mencioné en la introducción, este capítulo se ocupa de la primera, y quizás para estos propósitos más importante,⁵² de las tres cuestiones metodológicas que

⁵¹ Véase Perry, "Hart's Methodological Positivism", *cit.*, nota 3; asimismo, Perry, "Interpretation and Methodology in Legal Theory", *cit.*, nota 3, *passim*.

⁵² Véanse las pp. 12 y 13.

se encuentran en el corazón de estas indagaciones, es decir, si es necesario evaluar moralmente al derecho para construir una adecuada teoría jurídica explicativa.⁵³ En esta sección comparo los puntos de vista de John Finnis y Joseph Raz, para con ello intentar ubicar la discusión en su justa dimensión. Tanto Finnis como Raz están de acuerdo en que la evaluación en la teoría jurídica es esencial para una adecuada teoría jurídica explicativa, pero como vamos a ver, ambos autores tienen ideas muy distintas sobre qué es lo que implica dicha evaluación.

En el capítulo inicial de *Natural Law and Natural Rights*, Finnis tajantemente rechaza la idea de que la teoría del derecho pueda ser “libre de valoración”, resaltando que la construcción de las teorías inevitablemente implica por parte del teórico una labor evaluativa, dado

⁵³ Para evitar la posible confusión entre la pregunta sobre la identificación del contenido del derecho (*i. e.*, la pregunta que el positivismo jurídico contesta a través de la tesis social, véase *e. g.*, Hart H. L. A., *The Concept of Law*, *cit.*, nota 14, pp. 100-110 y 250; así como Raz, J., *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, capítulo 3) y la pregunta referente a cómo llevar a cabo la caracterización e identificación de la institución social llamada derecho (*i. e.*, la pregunta que este trabajo sostiene se tiene que contestar adoptando el enfoque metodológico evaluativo indirecto en la teoría jurídica), permítanme señalar y aclarar lo siguiente: en este trabajo abordo las dos preguntas de manera separada, y salvo que se mencione lo contrario de acuerdo al contexto de la discusión (por ejemplo, en algunos puntos de los capítulos quinto y sexto donde discuto algunos argumentos a favor de la tesis social del positivismo jurídico), a lo que me enfoco es a los factores referentes a la caracterización de la institución social del derecho, *i. e.*, el segundo tipo de pregunta que acabo de mencionar. Por supuesto, algunos teóricos como Ronald Dworkin no admiten que las preguntas puedan ser separadas de esta forma. El punto de vista de Dworkin sobre esta cuestión resulta ser sumamente relevante para estos efectos y será discutido en los capítulos quinto y sexto.

que: “no hay forma de escapar el requerimiento teórico de un juicio *significante* y de *importancia* que debe llevarse a cabo si es que la teoría pretende ser algo más que un montón de basura de hechos diversos descritos en una multitud de terminologías inconmensurables”.⁵⁴

No obstante lo anterior, tal y como se lee, esta idea no trasciende la noción de que todo teórico tiene que juzgar o evaluar cuáles son las características más importantes de la información que deben explicarse, corriendo el riesgo, en caso contrario, de presentar una colección inconexa de hechos diversos en lugar de argumentos coherentes en la forma de una teoría. De esta forma, el “requerimiento teórico”, como lo llama Finnis, lleva al teórico a involucrarse en juicios evaluativos netamente metateóricos, los cuales son aplicables a teorías sobre cualquier tópico y que aún no dicen nada especialmente relevante para la labor de la teoría *jurídica*. Ciertamente, el requerimiento tal y como es presentado por Finnis sólo dilucida lo que *es* una teoría, en lugar de constituir una presentación de hechos que toman la forma de un “montón de basura” de hechos.

Sin embargo, lo anterior no nos lleva al núcleo de la perspectiva de Finnis en dicho capítulo inicial de *Natural Law and Natural Rights*. En este capítulo, Finnis avanza otra tesis en torno a la forma en que las consideraciones evaluativas significativas y de importancia se entrelazan con las actividades que ocupan a los teóricos del *derecho*, ello debido a la naturaleza del material o información con el que trabaja la teoría jurídica. Esta tesis ulterior resulta obvia cuando Finnis sostiene que un teórico del derecho no tiene simplemente que elegir y explicar las facetas importantes y significativas de la in-

⁵⁴ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., nota 17, 1980, p. 17 (el énfasis se encuentra en la versión original).

formación respectiva, sino tiene que, “atribuir una importancia o significado en las similitudes y diferencias dentro del objeto de estudio preguntándose qué se consideraría importante o significativo por aquellos cuyas preocupaciones, decisiones y actividades dan nacimiento o constituyen dicho objeto de estudio”.⁵⁵

Este punto es de suma importancia en el presente contexto y es elaborado con más detalle por Joseph Raz en el siguiente párrafo:

La teoría del derecho contribuye... a un entendimiento mejorado de la sociedad. Pero sería erróneo concluir, como lo ha hecho D. Lyons, que uno juzga el éxito del análisis del concepto derecho por sus frutos teóricos sociológicos. Hacerlo así sería ignorar el objetivo de que, a diferencia de conceptos como “masa” o “electrón”, el concepto “derecho” es un concepto utilizado por las personas para entenderse a sí mismas. No somos libres para elegir cualquier concepto provechoso. Es una de las principales funciones de la teoría del derecho avanzar nuestro entendimiento de la sociedad ayudándonos a entender cómo las personas se entienden a sí mismas. Hacerlo de esta forma sí nos involucra en juicios evaluativos, dado que dicho tipo de juicio es inevitable al tratar de distinguir qué es lo medular y significativo en el entendimiento común del concepto derecho.⁵⁶

Como lo indica este párrafo, tanto Raz como Finnis están de acuerdo en señalar que la teoría del derecho implica evaluación por parte del teórico. Las ideas de ambos también revelan que, desde sus puntos de vista, dicha evaluación constituye algo más que las evaluacio-

⁵⁵ Finnis, *op. cit.*, nota 17, p. 12.

⁵⁶ Raz, J., “Authority, Law and Morality”, *cit.*, nota 2, pp. 210-237, en la p. 237 se omite la nota interna.

nes netamente metateóricas ya discutidas en la sección anterior. Este “algo adicional” es evidente dada la insistencia de ambos en señalar que existen ciertas consecuencias metodológicas para la teoría del *derecho* que surgen del hecho de que la información que intenta explicar esta disciplina goza de una naturaleza particular. Lo que tanto Raz como Finnis pretenden poner en nuestra atención es que la información u objeto de estudio con el que trabaja la teoría del derecho ya se encuentra penetrado de evaluaciones sobre lo que es importante o significativo del mismo, dado que dicha información en parte se constituye por creencias y actitudes sobre el derecho y de acciones a la luz del derecho por parte de aquellos subordinados al mismo. Este punto resulta ser de gran trascendencia para señalar cómo es que los teóricos del derecho deben llevar a cabo su empresa.

Como lo menciona Raz en la cita anterior, existen algunas diferencias importantes entre tipos de conceptos que pueden figurar en explicaciones teóricas. Raz ubica una de estas diferencias entre conceptos que son utilizados por las personas para comprenderse a sí mismas y aquellos que no tienen esta función. Lo importante de la distinción es que en el primer caso, dado que se trata de un concepto utilizado por la gente para comprender y caracterizar su propia conducta y creencias, esto trae consigo ciertas consecuencias metodológicas para alguien que intenta ofrecer una explicación teórica de dicho concepto. Este punto es importante para la teoría del derecho, porque el derecho es un concepto que cuenta con dicha naturaleza y que la gente utiliza para entenderse a sí misma. De esta forma, la habilidad de una teoría del derecho para dar cuenta y explicar adecuadamente creencias y actitudes hacia el derecho, por parte de aquellos sujetos al mismo y que entienden el mundo social en parte en estos términos, resulta ser un criterio

de central importancia para determinar si es una buena explicación de esta institución social.

Al ilustrar este punto, Raz contrasta el caso del derecho con otros dos conceptos utilizados con bastante frecuencia en la física, pero esto no significa que él pretenda que la distinción registre diferencias entre conceptos en las ciencias naturales y conceptos en las ciencias sociales, dado que (entre otras razones) también podemos encontrar ejemplos en las ciencias sociales de conceptos que no son utilizados por la gente para entenderse a sí mismos. Por ejemplo, en la rama de la criminología conocida como “teoría de la tensión”, Robert K. Merton emplea una clasificación con cinco vertientes de las formas de adaptación de los individuos a situaciones de tensión provocadas por un acceso restringido a metas y medios aceptados socialmente. Los conceptos utilizados en el esquema clasificatorio de Merton pueden utilizarse para caracterizar tipos de conductas y actitudes humanas, pero dichos conceptos no son utilizados por aquellos a quienes se aplican, sobre todo para entender sus propias conductas y actitudes.⁵⁷ Tomemos el caso del concepto de “ritualismo” en Merton. De acuerdo a Merton, tenemos “ritualismo” donde un individuo que se encuentra frustrado respecto a su acceso a ciertas metas, rechaza dichas metas y decide enfocarse a los supuestos medios a través de los cuales se supone son alcanzables:

En esta modalidad, los medios pueden convertirse en las aspiraciones de tal individuo, como cuando uno puede in-

⁵⁷ Las cinco formas de adaptación de Merton son: conformidad, innovación, ritualismo, refugio y rebelión. Véase McShane, Marilyn D. y Williams III, F. P., *Criminological Theory*, 2a. ed., Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall Inc., 1994, capítulo 6; Merton, Robert K., *Social Theory and Social Structure*, edición corregida y aumentada, Nueva York, Free Press, 1968.

tentar utilizar un trabajo (medio) como una forma de tener seguridad, en lugar de verlo como un medio para alcanzar el éxito. En este ejemplo, mantener el trabajo se convierte en una meta por sí misma al resolver la frustración de perseguir estérilmente la meta original.⁵⁸

Es poco probable que aquellos que demuestran el comportamiento y las actitudes elegidas por el concepto de ritualismo de Merton estén conscientes de su estatus desde la perspectiva de los teóricos de la tensión en la criminología, o es poco probable que tengan un punto de vista sobre qué es lo importante o significativo del ritualismo como una forma de adaptación, lo anterior dado que —y excluyendo a aquellos instruidos en torno a cuestiones de criminología— las personas generalmente no tienen, al entenderse a sí mismos, acceso al concepto de ritualismo. Al ser éste el caso, cuando un teórico de la tensión en la criminología como Merton introduce y explica el concepto ritualismo, lo que lo guía es sólo lo útil que puede ser la introducción y explicación de este concepto para facilitar y auxiliar en su programa de investigación: no es el caso de que existan entendimientos generalizados y preexistentes de ritualismo entre aquellos cuyo comportamiento pretende caracterizar, entendimientos que tendría que registrar y explicar adecuadamente al elucidar este concepto.

Las cosas son bastante distintas en el caso del concepto derecho. La gran mayoría de personas que viven en una sociedad gobernada por el derecho son conscientes de esta institución social y tienen puntos de vista sobre cómo es y qué es importante de la misma. Saben, por ejemplo, que una de las cosas importantes del derecho es que puede emplear un poder coercitivo sobre uno; que

⁵⁸ McShane y Williams III, *Criminological...*, cit., nota 57, p. 92.

si uno desobedece, puede ser recluido físicamente o perder por la fuerza algunas de sus propiedades. Asimismo, la gente sabe que el derecho se erige como un sistema de conducta y comportamiento no optativo, cuestión distinta a la de practicar yoga o la masonería. Es decir, el derecho no es algo a lo que uno se inscribe, ya que es aplicable y obligatorio para todos los que se encuentran bajo su jurisdicción, con o sin su consentimiento. A la luz de esta advertencia acerca de cómo es el derecho, la gente además se forma opiniones sobre cuándo y bajo qué circunstancias se debe obedecer. Dado que el concepto derecho es parte del bagaje conceptual que utilizamos para entender nuestro mundo social, esto significa que el filósofo del derecho no está en la misma posición que el teórico de la criminología que pretende elucidar el concepto ritualismo. El filósofo del derecho no introduce un concepto nuevo para mejorar su explicación del comportamiento de las personas que no están familiarizadas con el concepto. En lugar de ello, lo que sucede en la filosofía del derecho es que se explica un concepto que la gente ya conoce y que la gente utiliza para caracterizar a la sociedad en la que vive, junto con sus propias actitudes y comportamiento en dicha sociedad. Al ser éste el caso, cualquier teoría explicativa acertada en la filosofía del derecho tiene que, al evaluar cuáles son las características sobresalientes del derecho a explicar, ser sensible o tomar nota de lo que se estima es importante o significativo, bueno o malo del derecho por parte de aquellos cuyas creencias, actitudes, comportamiento, etcétera, se encuentran sometidas a consideración. Por lo anterior, el filósofo del derecho no se involucra como tiene que hacerlo cualquier teórico en simples evaluaciones acerca de lo que es importante o significativo en relación con el material que analiza, sino que lleva a cabo juicios evaluativos respecto a lo que es importante y significati-

vo del derecho, considerando e intentando explicar la forma en cómo es visto por aquellos que viven bajo su dominio.

Al hacer estos comentarios es importante advertir que no estoy tratando de darle un estatus superintelectual a los puntos de vista que sobre el derecho tienen aquellos que se encuentran bajo su dominio, y el objetivo tampoco es el de menospreciar la labor del filósofo que intenta explicar y entender la importancia de dichos puntos de vista para entender la naturaleza del derecho. La filosofía jurídica analítica hace mucho más que simplemente reportar puntos de vista que sobre el derecho tienen las personas que se encuentran bajo su dominio, ya que al hacerlo intenta además sistematizar, clarificar y procesar su importancia para incorporarlo a una explicación coherente y persuasiva de la naturaleza del derecho. Además, los puntos de vista que sobre el derecho mantienen aquellos sujetos al mismo, obviamente no se presentan en la forma en que se publican los escritos sobre filosofía del derecho. El punto a resaltar es que la filosofía jurídica analítica tiene una responsabilidad hacia los puntos de vista que sobre el derecho tienen aquellos bajo su dominio y que esto trae consigo varias consecuencias metodológicas para esta disciplina.

De regreso a nuestra discusión principal, tanto Finnis como Raz están de acuerdo en señalar que para construir una teoría del derecho explicativa apropiada, es necesario llevar a cabo evaluaciones respecto a lo que es importante o significativo acerca de la práctica social que se intenta explicar. Ello no constituye una evaluación netamente metateórica aplicable a todas las teorías, sino una evaluación peculiar por el material con el que trabaja la teoría del derecho, *i. e.*, la práctica social del derecho y con el hecho de que la naturaleza de dicha práctica incluye la comprensión de sí mismos por parte de la

gente sujeta al derecho, lo cual finalmente viene a constituir un elemento importante para el éxito de una teoría del derecho. En este sentido, para construir una teoría jurídica analítica exitosa, un teórico tiene que llevar a cabo juicios evaluativos razonables respecto a qué es lo importante a explicarse en el derecho, tomando en consideración cómo se entiende el derecho por parte de aquellos bajo su dominio, intentando explicar adecuadamente dichas características sobresalientes.

El siguiente movimiento de Finnis en el debate es señalar que una parte de lo que constituye el entendimiento propio y las evaluaciones por parte de los miembros de la sociedad sujetos al derecho son entendimientos acerca de las relaciones del derecho con la moralidad, esto también es parte del material a ser explicado por una teoría jurídica. Por ejemplo, el derecho inevitablemente pretende tener autoridad legítima moral, y con ello exige la obediencia por parte de aquellos a quienes se dirige. Esto significa que está en la naturaleza del derecho que éste se exhiba utilizando una terminología moral tal como autoridad, deber, obligación y derecho, y pretende señalar cómo es que verdaderamente deben comportarse los sujetos. Además, donde existe un sistema jurídico en vigor, mucha gente, sobre todo los oficiales en ese sistema jurídico, creen que dicha pretensión se encuentra justificada, y este punto de vista —consistente en pensar que el derecho determina qué es lo que realmente debemos hacer— al parecer es uno de gran importancia a ser explicado por la teoría jurídica.⁵⁹

La postura de Raz se une a la de Finnis en cuanto a la necesidad que tiene la teoría jurídica de explicar el

⁵⁹ De nuevo, véase Finnis, *op. cit.*, nota 17, capítulo I, *passim*, pero concretamente pp. 13 y 14.

entendimiento que sobre el derecho tiene la gente y de la autoridad que pretende: “Se encuentra en la naturaleza del derecho el que pretenda tener autoridad sobre sus súbditos, y es aceptado como derecho en gran medida sólo por aquellos que aceptan dicha pretensión. Para entenderlo necesitamos comprender lo que pretende ser y cómo se entiende por aquellos que reconocen dicha pretensión”.⁶⁰

No obstante lo anterior, es en este punto donde las posturas de Raz y Finnis se separan. Ambos están de acuerdo en que el teórico del derecho tiene que llevar a cabo evaluaciones de aquello que es importante de la materia, y ambos coinciden en señalar que dichas evaluaciones tienen que ser lo suficientemente sensibles a la forma en que aquellos sujetos al derecho lo entienden y valoran incluyendo —donde se tienen— evaluaciones y entendimientos del mismo como un fenómeno moral. Sin embargo, Finnis pretende avanzar dos ideas adicionales que Raz refuta. Estas tesis son: *a)* para poder evaluar cuáles son las características importantes del derecho y poder explicar dichas características, el filósofo del derecho tiene que evaluar moralmente al derecho, y *b)* dicha evaluación llevará a la conclusión de que el derecho es un fenómeno moralmente justificado que cumple con su pretensión de ser moralmente legítimo y que debe ser obedecido.

En cuanto al primer punto:⁶¹ la opinión de Finnis parece sostener que una vez que iniciemos el proceso de evaluación en cuanto a qué es lo importante del derecho

⁶⁰ Raz, J., “On the Nature of Law”, *cit.*, nota 21, p. 13. También véase Raz, J., *The Authority of Law*, *cit.*, nota 17, capítulo 2; Raz, J., “Authority, Law and Morality”, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, nota 2, pp. 210-237.

⁶¹ La segunda tesis se discute en el capítulo cuarto.

no podemos —por decirlo de una forma— detenernos; el filósofo del derecho tiene que evaluar moralmente al derecho para entenderlo adecuadamente.⁶² Su postura es una donde para identificar y dar una explicación apropiada de ciertas características importantes del derecho, el teórico no elige simplemente lo importante y explica ciertas creencias y entendimientos propios que las personas sujetas al derecho tienen, más bien, tendrá que evaluar y tomar una postura en torno a lo *acertado* de dichas creencias y entendimientos propios.⁶³ Como una de las características importantes del derecho es su pretensión de ser una autoridad legítima moral y la aceptación de esta pretensión por parte de muchos sujetos al mismo, Finnis sostiene que como teóricos sólo podemos finalmente llegar a una explicación adecuada de la naturaleza del derecho, si nos manifestamos en torno a lo acertado de dichas actitudes y pretensiones y al intentar entender si y bajo qué condiciones esa pretensión del derecho y aceptación de la misma resultan justificadas. De acuerdo con Finnis, la razón para ello es que dicha evaluación es necesaria para entender el significado principal o núcleo medular del derecho.⁶⁴ Para Finnis esto se caracteriza en términos de la función del derecho, la cual consiste en guiar adecuadamente la conducta de la gente bajo su dominio, de acuerdo a ciertos principios de razonamiento práctico y solucionar problemas

⁶² Debo advertir al lector que algunas de las exposiciones que en este capítulo hago de la postura de Finnis se basan en las explicaciones que sobre la misma expuso este autor en los seminarios que dio en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford durante el periodo de octubre de 1994 a marzo de 1997, es decir, la presentación no se basa sólo en lo que señala en *op. cit.*, nota 17.

⁶³ Véase Finnis, *ibidem*, pp. 13-18.

⁶⁴ Finnis, *op. cit.*, nota 17, pp. 9-11.

de coordinación de una comunidad en aras del bien común de la misma:⁶⁵

las evaluaciones del teórico mismo constituyen un componente indispensable y decisivo en la selección o formación de cualquier concepto a utilizarse en la descripción de estos aspectos de los asuntos humanos tales como el derecho o el orden jurídico... el teórico no puede identificar el significado principal de dicho punto de vista práctico que utiliza para identificar el núcleo medular de la materia, a menos que decida cuáles son realmente los requerimientos de razonamiento práctico.⁶⁶

Por lo anterior, desde el punto de vista de Finnis, el filósofo del derecho no puede simplemente elegir como importantes —tal y como lo sostiene la postura de Raz— y explicar ciertas características del derecho, por ejemplo, la tocante a su pretensión de constituirse en autoridad moral y señalar que ciertas personas sujetas a la misma así lo aceptan. En lugar de ello, para Finnis, el filósofo tiene que decidir si las pretensiones del derecho son verdaderas y la aceptación por parte de los individuos sujetos al mismo justificada, aunado a ello tiene que caracterizar al derecho desde su punto de vista “medular”, un punto de vista que mantiene el individuo sujeto al derecho y que lleva a cabo juicios acertados acerca de los requerimientos de razón práctica y el papel que juega el derecho en relación a los mismos:

⁶⁵ Finnis, *op. cit.*, nota 17, *passim*, concretamente véase los capítulos I al VI, IX, X y XII. Los límites del presente trabajo impiden desarrollar más detenidamente los diversos elementos de la postura de Finnis o las relaciones entre los mismos. Para un entendimiento más amplio del proyecto de Finnis, el lector por su cuenta deberá consultar el libro *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, nota 17.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

Entre aquellos que desde una perspectiva práctica consideren al derecho como un aspecto del razonamiento práctico, existirán algunas perspectivas cuya noción acerca de lo que requiere el razonamiento práctico serán más razonables que otras. Por lo anterior, el punto de vista que gira alrededor del núcleo medular es el punto de vista no sólo de aquellos que apelan al razonamiento práctico, sino que son razonablemente prácticos.⁶⁷

Además, según Finnis, el filósofo que agota este proceso consistente en identificar correctamente el núcleo medular del derecho, llegará a la conclusión de que las pretensiones del derecho de ser moralmente legítimo y que por tanto, debe ser obedecido, *son* verdaderas, de tal forma que

si existe un punto de vista en el que la obligación jurídica es tratada por lo menos presuntamente como obligación moral... entonces dicho punto de vista se erige como el núcleo medular del punto de vista jurídico... dicho punto de vista es el punto de vista que debe ser utilizado como punto de referencia por el teórico que describe las características del orden jurídico.⁶⁸

Por lo anterior, para Finnis un filósofo del derecho inevitablemente tiene que sumergirse en la evaluación moral, dado que una teoría jurídica será exitosa en la medida en que logre identificar correctamente los requerimientos de la razón práctica humana y en la medida en que entienda al derecho por tener como función ayudarnos a entender dichos requerimientos, tal y como el de generar una obligación moral de obedecerlo.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

Por otra parte, la postura de Raz es que no obstante la evaluación del derecho resulta necesaria en la filosofía jurídica, la evaluación respectiva no es moral. Por ejemplo, al discutir la forma en que consideraciones evaluativas entran en juego al momento de defender su tesis de las fuentes sociales del derecho, Raz nos señala:

Gira hacia concepciones evaluativas sobre qué es lo significativo e importante de instituciones sociales centrales, *i. e.*, instituciones jurídicas. Pero al sostener que estas características son importantes, uno no las recomienda como buenas... no obstante estamos ante la presencia de un juicio evaluativo, no es un juicio que gire en torno a los méritos morales de algo.⁶⁹

Por lo anterior, parece ser que Raz desea tener un tipo de evaluación en su teoría jurídica, es decir, una evaluación que permita al filósofo del derecho identificar cuáles son las actitudes, creencias y el entendimiento por las mismas personas sujetas al derecho más importantes y significativas; pero no otro tipo de evaluación, es decir, una evaluación moral de sustancia y contenido de dichas actitudes, creencias y entendimientos propios. El primer “tipo” de evaluación es absolutamente esencial para que la teoría del derecho del tipo de Raz sea un éxito en sus objetivos, dado que una teoría del derecho es apropiada en su explicación sólo si elige acertadamente y explica qué es lo importante y significativo de la forma en que nos entendemos a nosotros mismos y nuestro mundo social en términos del derecho. Se podría

⁶⁹ Raz, J., “Authority, Law and Morality”, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, nota 2, pp. 236 y 237. También véase Raz, J., “The Relevance of Coherence”, *Ethics in the Public Domain*, *cit.*, nota 2, pp. 300 y 301, nota 35. Este argumento de Raz se examina con más detalle en el capítulo sexto.

pensar que el intentar fijar esta línea divisoria entre los dos “tipos” de evaluación sería problemático para Raz, sobre todo por el punto tan enfatizado por Finnis y Raz de que algunas de las características sobresalientes del derecho implican pretensiones y actitudes morales, tal como la pretensión del derecho de que posee autoridad legítima moral y debe ser obedecido, y la aceptación de dicha pretensión por gran parte de aquellos sujetos al derecho.

Por tanto, el argumento de “nunca acabar” de Finnis podría formularse de la siguiente manera: no tiene ningún sentido concebir dos tipos de evaluación distintos en relación a las características del derecho, tal como al parecer lo sugiere la postura de Raz. No importa si queremos utilizar de manera especial el adjetivo “moral” o no (y por varias razones quizás sea mejor eliminarlo, algunas de las cuales analizaremos en el capítulo siguiente), evaluar algo es atribuirle verdadero valor y este sentido unívoco es el único que el término implica. Simplemente no contamos algo como evaluación salvo que constituya una adscripción de algún valor o que implique tal adscripción. Raz acepta que un filósofo del derecho debe involucrarse en evaluaciones de su *explanandum* para construir una explicación adecuada del mismo y lo único que puede resultar de dicha evaluación es “entender lo que es realmente bueno para las personas humanas y lo que realmente se exige por el razonamiento práctico”.⁷⁰

Finnis puede sostener que por lo anterior, a un filósofo del derecho le resulta imposible llevar a cabo el trabajo que tiene que desarrollar para que su teoría sea adecuadamente explicativa, sin entrar al negocio de evaluar moralmente al derecho, por tanto, construir una teoría que depende para su éxito de las adscripciones correctas

⁷⁰ Finnis, *op. cit.*, nota 17, p. I.

de valor moral a las características del derecho.⁷¹ La fuerza de la postura de Raz —y el enfoque a la teoría jurídica que ejemplifica— depende por tanto de responder adecuadamente a este reto. ¿Cómo puede una teoría jurídica ser evaluativa —en el sentido que tiene que serlo una teoría para ser adecuadamente explicativa— sin inmiscuirse en evaluaciones morales? Éste es el problema que el capítulo tercero intenta solucionar.

⁷¹ Este intento de formular el tipo de reto que Finnis podría plantearle a Raz se encuentra fuertemente influenciado por lo que sostuvo Finnis en un seminario que impartió en Oxford en el bimestre Michaelmas durante 1994.