

ELIANA DE ROSA

**EL CARÁCTER ANALÓGICO DEL
DERECHO EN JOHN FINNIS Y EL
PROBLEMA DE LA LEY INJUSTA**



EdiUC

Ediciones Universidad de Congreso

De Rosa, Eliana

El carácter analógico del derecho en John Finnis y el problema de la ley injusta / Eliana De Rosa. - 1a ed. - Mendoza : Ediciones Universidad de Congreso - EdiUC, 2023.

344 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-82840-0-2

1. Derecho. I. Título.

CDD 340.1

Director editorial: Dr. Gustavo Made

Primera edición: 2022

© Ediciones Universidad de Congreso, 2022

Colón 90. Ciudad de Mendoza. CP 5500

Tel. 0054 261 4230630

ediuc@ucongreso.edu.ar

www.ucongreso.edu.ar

Hecho el depósito que prevé la Ley 11.723

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida por ningún medio, ya sea digital, eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia sin permiso del editor.



AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE CONGRESO

Rector

Mg. Ing. Rubén Darío Bresso

Vicerrector Académico

Mg. Cdor. Emilio Berruti

Vicerrectora de Administración y Finanzas

Cdra. Irene Casati

Vicerrectora de Planeamiento

Arq. Karen Noval

Secretaria General

Lic. Norma García

Facultad de Ciencias Económicas y de la Administración

Decano Cdor. Emilio Berruti

Facultad de Ambiente, Arquitectura y Urbanismo

Arq. Karen Noval

Facultad de Estudios Internacionales

Decano Mg. Lic. Ernesto Lucio Sbriglio

Facultad de Ciencias Jurídicas

Decano Dr. Alberto Rez Masud

Facultad de Ciencias de la Salud

Decano Dr. Roberto Furnari

Facultad de Humanidades

Decano Dr. Gustavo Made

Prólogo urgente a un libro importante

Me ha llamado Eliana de Rosa para pedirme –ya me había adelantado este pedido– que escribiera un breve prólogo a su primer libro, *El carácter analógico del derecho y el problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis*. Este volumen contiene en lo fundamental el contenido de su Tesis Doctoral en Derecho, defendida en 2020 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y calificada por el jurado como *sobresaliente*. Le dije que aceptaba agradecido, pero que, como los editores le habían pedido que el prólogo estuviera pronto, le haría solo uno breve y urgente. Aquí va.

Ante todo, conviene precisar la relevancia que tiene para alguien que se dedica –y piensa dedicarse el resto de su vida– a la vida intelectual universitaria, la redacción, defensa y publicación de una tesis doctoral. Esta relevancia proviene de que ese tipo de tesis, (i) pone de relieve la aptitud del doctorado para realizar una investigación monográfica de alto nivel intelectual y que signifique una real contribución al debate riguroso de ideas en el ámbito de un saber; (ii) amerita que quien la redactó se encuentra en condiciones de acceder de pleno derecho a la comunidad académica universitaria, y (iii) quien realiza ese tipo de tesis adquiere, generalmente, las virtudes-hábitos intelectuales necesarios para desarrollar con solvencia una carrera universitaria integral: es decir de docencia, investigación y formación, así como de convivencia amistosa en el ámbito de las casa de estudios superiores.

En el caso de la tesis que tenemos entre manos, la autora ha realizado una investigación de muy alto nivel, sobre todo en razón de que: (i) el autor estudiado, el catedrático de *Jurisprudence* (Teoría del Derecho) de la Universidad de Oxford, John Mitchell Finnis, es el más acreditado y notorio representante del iusnaturalismo desde fines del siglo xx hasta la actualidad; (ii) la bibliografía necesaria para realizar la investigación previa a la redacción de la tesis es de una enorme amplitud y se encuentra publicada en varios idiomas extranjeros; (iii) la doctora de Rosa no se ha limitado a exponer las ideas del iusfilósofo australiano, sino que las

ha continuado, criticado y reformulado de un modo original y riguroso, haciendo más comprensible la cuestión tratada y esclareciendo sus alcances y límites; finalmente, (iv) todo esto lo ha hecho en circunstancias complejas, como son la necesidad de ejercer prácticamente la profesión de abogado y de criar y educar –bien– a su seis hijos en una Argentina al menos complicada y llena de incertidumbres.

Por todo ello, ha sido un verdadero mérito de Eliana realizar una tesis sobresaliente, interesante, científicamente rigurosa y esclarecedora, que contribuye indudablemente a la crítica rigurosa de dos de los supuestos centrales del positivismo jurídico: el reduccionismo y el voluntarismo. El primero, es decir, la contracción de la noción de derecho solo a las normas positivas, dejando expresamente de lado todas las demás dimensiones o elementos del fenómeno jurídico, se supera con la mostración del carácter analógico del concepto y del término «derecho», es decir, con la afirmación que «derecho» se dice de muchas maneras: conductas, facultades, valores, principios, saberes, etc., y que todas ellas son raígalmente jurídicas y deben ser explicadas y justificadas por la filosofía del derecho.

El segundo prejuicio positivista es que el derecho, es decir, solo las normas jurídicas, son el mero efecto del poder del Estado ejercido coactivamente (Schauer) por el soberano. Esto ya ha quedado desmentido a partir de la tesis de Herbert Hart, recuperada y mejorada por Raz y sobre todo por Finnis, en el sentido de que el derecho provee «razones para la acción», es decir, que sin razones para actuar no se puede –respetando la dignidad de los seres humanos– dirigir las praxis de los seres racionales, especialmente en el ámbito de lo jurídico. En otras palabras, no es la voluntad del soberano, cualquiera que sea el régimen de gobierno, el que genera la obligatoriedad jurídica, sino radicalmente las razones para la acción –fundadas en bienes humanos, personales o comunes– que la fundamentan y justifican racionalmente.

Todo esto está desarrollado y verificado en este libro de Eliana de Rosa, que además de estar bien escrito y argumentado, sienta las bases, junto con otras obras de destacados iusnaturalistas contemporáneos, para un nuevo florecimiento y regeneración del iusnaturalismo de raíz clásica. En especial en estos momentos de confusión, falta de

rigor científico y superficialidad de lo que se considera como «políticamente correcto», «posmoderno» o «no discriminatorio», que termina inexorablemente en una discriminación injusta para quienes quieren ser fieles a la realidad, a la lógica y al rigor científico. Por ello vale la pena estudiar –no solo leer– este libro, notable resultado del esfuerzo, la objetividad y el rigor desinteresado de la autora, de quien cabe esperar fundadamente la continuidad de una producción abundante, de alta calidad académica y siempre esclarecedora.

Carlos I. Massini-Correas

Índice

Introducción	13
El problema de la ley injusta: distintas interpretaciones	17
Capítulo I: El autor	29
1. Introducción	29
2. Su carrera académica	29
3. El camino de la filosofía analítica al iusnaturalismo	30
3. a. De Hart y Grisez hacia una teoría iusnaturalista del derecho	35
3. b. La obra moral y teológica de Finnis	39
4. Natural Law and Natural Rights	40
5. La recepción de la obra de Finnis en el iusnaturalismo	42
6. Los aportes de Finnis en la filosofía moral y política	44
7. Las obras más significativas	45
Conclusión	47
Capítulo II: El análisis metaético de Finnis	49
1. Introducción	49
2. La índole tomista de la propuesta metaética finnisiana	50
2. a. El fin del hombre y el origen de la moral	51
2. b. La estructura del razonamiento práctico	54
2. c. El razonamiento moral como dimensión del razonamiento práctico	57
3. El ejemplo del bien del conocimiento	59
4. Cómo debe entenderse la noción de «bien»	62
4. a. La evidencia de los primeros principios prácticos	64
4. b. Los otros bienes humanos básicos	67
5. Exigencias básicas de la razonabilidad práctica	73
6. Las objeciones a la meta-ética finnisiana	82
6. a. Ralph McInerny y Henry Veatch	83
6. b. Otros críticos	87
6. c. Las respuestas de Finnis a las objeciones provenientes del neotomismo	92
Conclusión	99

Capítulo III: La dinámica de la analogía en el marco de la teoría jurídica de John Finnis	101
1. Introducción	101
2. El carácter científico del objeto	103
3. Del objeto a la metodología	105
4. La analogía como criterio de distinción conceptual	112
5. El concepto de derecho en sentido analógico	114
6. Aproximación analógica al punto de vista interno	116
6. a. El caso focal del derecho	116
6. b. Aspectos fundamentales del caso central de derecho	119
6. c. La referencia al bien común en el plano conceptual	124
6. d. Consideraciones sobre el significado focal de derecho: Análisis del analogado principal	126
6. e. 1. La autoridad	127
6. e. 2. Los derechos	132
6. e. 3. Las obligaciones	136
7. El problema de la ley injusta: análisis del analogado secundario	139
8. Lex iniusta non es lex?	142
Conclusión	143

Capítulo IV: El debate Alexy-Finnis	146
1. Situación del debate	146
2. La objeción de Alexy a la teoría jurídica de Finnis	149
2. a. La dimensión ideal del derecho	152
2. b. Niveles de corrección y su interacción con las perspectivas del observador y del participante	155
2. c. Tipos de conexión entre justicia y certeza legal	157
2. d. La consideración de la fórmula de Radbruch como un elemento de la dimensión ideal del derecho	161
3. La respuesta de Finnis a la objeción alexyana	163
3. a. La propuesta alexyana de concebir al derecho como un fenómeno bidimensional	166
3. b. Lo que Finnis considera que Alexy no tuvo en cuenta	174
3. c. El problema del derecho injusto y la subsistencia o no de su validez	175
3. d. La conclusión de Finnis acerca de las consecuencias de la injusticia del derecho	183
Recapitulación	184

Capítulo v: La concepción finnisiana de la relación entre el derecho y la moral	187
1. Introducción	187
2. La sentencia disparadora del debate y otras referencias de Finnis a la relación entre el derecho y la moral	189
2. a. 1. Racionalidad humana y perspectiva del participante	192
2. a. 2. De la captación del bien a su inteligibilidad, y de la inteligibilidad a la normatividad	196
2. a. 3. La Regla de Oro y el Principio de Justicia	203
2. b. Autoridad jurídica y autoridad moral	206
2. b. 1. Autoridad política: implicancias morales y jurídicas derivadas de su ejercicio	206
2. b. 2. Deber de obediencia: naturaleza y tipos de obligación	212
2. b. 3. La concepción tomista de autoridad según Finnis	216
2. b. 4. Implicancias de la doble obligatoriedad del derecho: ¿Pretende el derecho ser moralmente obligatorio?	220
2. b. 5. La respuesta de Finnis	226
2. c. Analogía, derecho y moral	230
Conclusión	234

Capítulo vi: El problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis	238
1. Introducción	238
2. El concepto finnisiano de justicia	241
2. a. Diferencias con otras concepciones contemporáneas de justicia	245
2. b. ¿Cómo queda entonces la teoría de la justicia de Finnis?	252
3. El tratamiento de la ley injusta en la teoría jurídica finnisiana	255
3. a. El problema de la ley injusta en otros escritos de Finnis	260
3. b. ¿Cómo resuelve Finnis el problema de la injusticia legal según la crítica de Alexy?	270
4. La validez jurídica	282
Conclusión	287

Capítulo VII: Disgresión acerca de la intelegibilidad del derecho	294
1. Introducción	294
2. ¿Cómo deben entenderse los absolutos morales?	296
3. Derechos humanos como determinación de principios morales absolutos	298
4. ¿Qué ocurre cuando el derecho positivo recepta principios o normas iusfundamentales?	303
5. El problema de la intelegibilidad	305
Conclusión	309
Consideraciones finales	312
1. Recapitulación	312
2. El tránsito de la dimensión individual a la dimensión comunitaria o social	315
3. El derecho como resultante final del proceso de racionalidad práctica	317
4. La crítica de Robert Alexy	319
5. La respuesta de Finnis a la objeción de Alexy	321
A. Acerca de la vinculación conceptual entre derecho y moral	323
B. El problema de la ley injusta	326
C. Intelegibilidad y absolutos morales	331
Bibliografía y fuentes	335
Obras de Finnis	335
Bibliografía secundaria	337

Introducción

No cabe duda de que en el debate iusfilosófico contemporáneo en torno a la cuestión de la esencia del derecho sigue siendo un tema medular. En efecto, en la actualidad continúan apareciendo doctrinas y escuelas filosóficas que intentan dar respuesta a la compleja pregunta «*qué es el derecho*», cómo definir y caracterizar este complejo fenómeno, cuáles son las propiedades (si las hay) que se encuentran presentes de modo estable en cada sistema jurídico conocido, con independencia de su situación espacial y temporal¹, y que permiten arribar a una conceptualización del mismo.

No menos controvertida es la cuestión en relación con la pregunta «*cómo debe ser el derecho*», cuál es su finalidad; si hay o debiera haber, en un sistema jurídico, una aspiración genérica propia de su condición de fenómeno de carácter universal, y si hay aspiraciones específicas. Más aún, se podría afirmar sin dificultades que las cuestiones relativas a la definición de lo que el derecho es y lo que el derecho debería ser continúan atravesando transversalmente el debate iusfilosófico, en la medida en que las distintas etapas históricas con sus particulares incidencias en la conciencia colectiva aportan nuevas visiones y matices a los intentos de responder a esas preguntas medulares de la filosofía jurídica.

Por otra parte, como refiere Garzón Valdés, no ha habido «ningún teórico ni filósofo del derecho, cualquiera sea su posición teórica, que no haya dedicado alguna parte de su obra al análisis de la relación entre el derecho y la moral»², puesto que «el derecho y la moral constituyen los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social»³.

1 AA.VV., *The Nature of Law*, Ed. W. Waluchow & S. Sciaraffa, Oxford, Oxford University Press, 2013.

2 AA.VV., *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Ed. Rodolfo Vázquez, Gedisa, Barcelona España, 1998.

3 *Ibíd.*

Desde un punto de vista histórico, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y hasta la mitad del siglo XX, la teoría del derecho asistió al auge del positivismo jurídico, que se impuso como concepción casi hegemónica del derecho y en el que brillaron como referentes indiscutidos autores como Jeremy Bentham, John Austin, Rudolf von Ihering, J. von Kirchmann, Bergbohm, Merkel, y por último Hans Kelsen, quien fue conocido como más difundido representante de esta corriente filosófico-jurídica. En concreto, es con la teoría jurídica de Kelsen con la que se fortaleció la convicción de que filosofía del derecho había alcanzado la adecuada maduración para adquirir el tan anhelado *status* de conocimiento científico.

Esta solidez inicial del positivismo jurídico comenzó a resquebrajarse al resultar impotente para dar una acabada respuesta a los sucesos ocurridos durante la Segunda Guerra mundial e incluso antes, al tomarse conocimiento de los crímenes cometidos por la Alemania Nazi y un poco más tarde en la Rusia Soviética y en la China Comunista. Se advierten entonces, cuatro razones principales que condujeron a la paulatina crisis de la doctrina positivista:

(i) la primera de ellas, de carácter epistémico, que consistió en el abandono del paradigma positivista de la ciencia propio de Hume, en virtud del cual ningún dato puede ser afirmado como real sino es sometido al método de las ciencias experimentales o exactas y consecuentemente toda obra que no respetara esta metodología debía ser «entregada a las llamas: ya que no pueden contener nada más que sofistería y embustes»⁴. Este paradigma comenzó a perder fuerza con la aparición de otras propuestas hermenéuticas de carácter culturalista, axiológicas, fenomenológicas y pluralistas⁵.

(ii) La segunda razón ya es propiamente de carácter científico-jurídico, y se centra en la afirmación de que el positivismo es incapaz de abarcar el fenómeno jurídico, como objeto de estudio, de manera

4 HUME, D., *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Ed. A. Flew, Chicago & La Salle-Illinois, Open Court, 1996, p. 195.

5 Sobre el tema, véase: SEIFERT, J., *Discurso de los métodos*, trad. R. Rovira, Madrid, Encuentro, 2008, *passim*.

íntegra y adecuada. Entre los autores más representativos de esta crítica, se encuentra el iusfilósofo Ronald Dworkin, quien sostiene que la experiencia jurídica contiene inevitablemente –en tanto jurídica– una dimensión valorativo-deóntica que el positivismo no logra comprender y explicitar en razón del reduccionismo epistémico que le es inherente; de este modo, el iuspositivismo no puede ser aceptado como modelo o paradigma explicativo de la realidad jurídica completa⁶.

(iii) La tercera de las razones de la crisis del positivismo reviste carácter ético, ya que, como se expuso con anterioridad, el positivismo puro resultó impotente para dar una respuesta valorativa adecuada en los supuestos de sistemas jurídicos radicalmente injustos. Ello ocurrió fundamentalmente al finalizar la Segunda Guerra Mundial y sobre todo al tomarse conocimiento de las reales dimensiones del holocausto nazi, momento en el que se destacan autores como Gustav Radbruch y Robert Alexy, quienes han sostenido enfáticamente que un sistema jurídico notoriamente injusto –la injusticia extrema– no puede ser considerado derecho y, por tanto, no conlleva –siempre en casos extremos– la obligación de acatarlo.

(iv) Finalmente, la última de las razones tiene su raíz en el fenómeno propio de la posmodernidad y se caracteriza por el abandono, en la conciencia colectiva contemporánea predominante en el mundo occidental, de los postulados racionalistas propios de la modernidad, en virtud de los cuales, la validez del conocimiento estaba determinado por la comprobación y la evidencia científica, siguiendo la metodología propia de las ciencias experimentales. En este contexto, el derecho pareciera también abandonar su pretensión de racionalidad objetiva, para pasar a asumir un carácter meramente instrumental.

Pero, además, otra característica propia de este proceso está constituida por la aparición de un conjunto de movimientos y formas de pensamiento de contenido heterogéneo, que tienen en común la pretensión de convertirse en una alternativa al modelo positivista, y de intentar superar la separación constitutiva entre ciencia y valor, au-

⁶ Véase: DWORKIN, R. M., «Is law a system of rules?», en AA. VV., *The Philosophy of Law*, Ed. R. M. Dworkin, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 38-65.

toridad y razón práctica, derecho y moral. Entre estos movimientos, se destacan el comunitarismo, el multiculturalismo, la doctrina de la sociedad civil, la fenomenología, la hermenéutica y varios más⁷.

Todo esto resulta evidente que el modelo positivista ya no sirve para explicar la totalidad de la realidad en general y la jurídica en particular. Se impone, por tanto, la necesidad de sustituir este modelo en el abordaje del estudio del derecho y adoptar un nuevo paradigma que sea capaz de explicar las realidades humanas de manera más completa y matizada.

Asimismo, es compartida por muchos de estos movimientos la afirmación de que, junto con el modelo positivista, es necesario también revisar la tesis de las fuentes sociales, reformulando la noción de fuente del derecho, así como el abandono de la tesis de la necesidad del escepticismo ético para la elaboración de una teoría del derecho⁸. Tampoco es menos significativo el hecho de la aparición en la filosofía jurídica de nuevas corrientes que, no obstante calificarse de iuspositivistas, se autodenominan incluyentes, casualmente porque «incluyen», de uno u otro modo, valoraciones morales en su propuesta de un sistema jurídico⁹.

De lo expuesto, y habiéndose puesto en evidencia el fracaso del modelo positivista para explicar en su totalidad el fenómeno jurídico, parece surgir nuevamente la necesidad de discutir acerca de si el derecho está dotado exclusivamente de una dimensión fáctica-institucional –tal como lo ha pretendido desde sus orígenes el positivismo– o si también es posible hablar de una dimensión racional-valorativa.

7 Sobre el tema, véase: CRUZ PRADOS, Alfredo, *Ethos y Polis. Bases para la reconstrucción de la filosofía política*, EUNSA, Pamplona, 1999, pp. 54-76.

8 Véase: BULYGIN, E., «Validez y Positivismo», en AA. VV., *Actas del Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, Vol. I, La Plata, Argentina, 1987, pp. 241-255; y COLEMAN, J. & LEITER, B., «Legal Positivism», en AA. VV., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Coord. D. Paterson, Oxford, Basil Blackwell, 2000, pp. 241 y passim. Véase asimismo: NINO, C. S., *Algunos modelos metodológicos de la «ciencia» jurídica*, México DF, Fontamara, 2007, pp. 73-88.

9 ETCHEVERRY, J. B., *El debate sobre el positivismo incluyente*, México DF, UNAM, 2006, passim.

En otras palabras, es posible apreciar, en el debate iusfilosófico contemporáneo un resurgimiento de la discusión acerca de la relación entre el derecho y la moral, y, el consiguiente problema de la validez o invalidez jurídica de la ley injusta.

El problema de la ley injusta: distintas interpretaciones

En el contexto de auge positivista, resulta oportuno recordar que la objeción predominante por parte de esta corriente iusfilosófica frente al iusnaturalismo clásico se centra en la importancia asignada a la máxima *lex iniusta non est lex* como criterio de demarcación entre el derecho válido y el inválido, haciendo residir ese criterio en parámetros axiológicos que nada tendrían que ver con la definición de lo propiamente jurídico, y conduciendo de este modo a una confusión conceptual entre los órdenes normativos del derecho y la moral.

Esta objeción ha sido encabezada por autores destacados como Hans Kelsen, para quien una interpretación literal de la máxima citada supondría la existencia de una moralidad absoluta y objetiva con la cual pudieran contrastarse los contenidos del derecho para determinar su justicia y, por tanto, su juridicidad. Como esa, moralidad objetiva no existe ni podría existir, aquella concepción es radical e insanablemente falsa y perniciosa¹⁰. Por su parte, su continuador Herbert L. A. Hart, en sintonía con el maestro de Praga, ha sostenido que de la proposición de que una regla es demasiado inicua para ser obedecida no se sigue que no sea una regla válida de derecho¹¹.

Otros autores, como Norbert Hoerster, han enfatizado la necesidad de que «el concepto de derecho tiene que ser definido con prescindiendo de su contenido»¹² y, en similar sentido, Carlos Nino ha argumentado

10 KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. Vernengo, Porrúa, México, 1995, pp. 75-82.

11 HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford U.P, Oxford, 1994, p. 208. (Para la versión en español, véase *El concepto del derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963)

12 HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdéz, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 11.

sobre la distinción entre dos tesis fundamentales del iusnaturalismo: «a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior»¹³, y concluye que la segunda tesis desaparece en cuanto se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un único concepto de derecho¹⁴.

Por otro lado, quienes abogan por la importancia de esa máxima en orden a la conceptualización del derecho, sostienen que el error de la impugnación antes referida radica fundamentalmente en la atribución a aquella de una literalidad categórica, que desconoce el verdadero sentido que Tomás de Aquino originariamente le asignó. En efecto, si se centra el estudio del adagio *lex iniusta non est lex* en los textos del Aquinate, se podrá verificar ante todo que ella no ha citada de modo literal en ninguno de sus escritos¹⁵.

En efecto, solo hay algunas referencias relacionadas con el tema tales como, «si verdaderamente en algún momento [la ley positiva] resulta discordante con la ley natural, ya no será ley sino corrupción (*corruptio*) de ley»¹⁶; o bien «toda ley se ordena al bien común de los hombres y en esa medida tiene fuerza y carácter de ley, y en la medida en que se aparta (*déficit*) de ese fin, carece de fuerza obligatoria»¹⁷, o por último, «que una ley tiránica, que no es conforme a la razón, no es ley pura y simplemente (*simpliciter*) sino más bien una cierta perversión de la ley (*non est simpliciter lex*)». Esta última expresión de Aquino remitiría a la necesidad de hacer un empleo analógico del concepto de ley, y, por ende, del concepto de derecho.

13 NINO, C., *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires 1984, p. 24.

14 *Ibid.*

15 Sobre el particular, véase *Index Thomisticus* de Robertus Busa, <http://w.corpusthomicum.org/it/index.age>.

16 TOMÁS DE AQUINO, STh, I-II, q. 95, a.2.c.

17 STh, I-II, q. 96. a. 6.c.

Según esta interpretación, una ley *simpliciter* pura y simplemente sería aquella que además de obligar jurídicamente, genera una vinculación en conciencia (o moralmente), y en esa inteligencia, la ley que es contraria a la razón no obligaría en este segundo sentido y, por tanto, su concepto se extendería solo *secundum quid* en cierto sentido, en la medida en que conserva otros caracteres que integran su definición.

Entre quienes participan de esta interpretación tomista se encuentra, por ejemplo, el iusnaturalista norteamericano Robert P. George, quien ha afirmado que

... como violaciones de la justicia y el bien común, las leyes injustas carecen de la fuerza moral de la ley, [y] comprometen en conciencia como mucho, solo en la medida en que uno se encuentre obligado a no causar efectos secundarios que, en un caso particular, podrán resultar de desafiar la ley –por ejemplo, provocar «escándalos o disturbios», socavando el respeto por la ley en un sistema legal [jurídico] básicamente justo, o traspasando la carga de una determinada ley injusta a los hombros de ciudadanos inocentes. En otras palabras, las leyes injustas comprometen en conciencia, no *per se*, sino solo *per accidens*. Son leyes no *simpliciter* o *directas*, en el sentido «focal» o «paradigmático», sino solo en sentido derivativo o secundario (*secundum quid*, en un cierto respecto pero no en todos)¹⁸.

También, entre quienes se han dedicado a abordaje de la hermenéutica tomista en lo relativo a la máxima de referencia, es menester hacer referencia a autores como Mark Murphy, quien efectúa un distinción sobre la fuerza semántica que tiene la sentencia según que la misma sea analizada según la perspectiva del iusnaturalismo fuerte o débil. En el primero de los casos, el mencionado autor señala que de las proposiciones tales como «la ley (el derecho) está respaldada por razones decisivas para su cumplimiento» y «este dictamen no está res-

18 GEORGE, R. P., «Ley Natural», en ID., *Moral Pública. Debates actuales*, trad. M. Rabinovich, IES, Santiago de Chile, 2009, pp. 34-35.

paldado por razones decisivas para su cumplimiento”, se puede inferir directamente la proposición “este dictamen no es ley”»¹⁹. Mientras que, para la versión débil del iusnaturalismo, sostiene una interpretación más matizada de aquellas proposiciones, de modo que la sentencia *lex iniusta non est lex* debe entenderse –empleando las mismas proposiciones a las que recurre el autor para ejemplificar– en el sentido de que la proposición de que «la ley (derecho) no respaldada por razones decisivas para su cumplimiento, no dejaría por ello de ser derecho, sino que se convertiría en una ley (derecho) defectivo o imperfecto»²⁰.

A primera vista, pareciera que las soluciones propuestas por este último autor en lo que respecta al sentido y alcance que debe atribuirse a la máxima de referencia serían similares. Sin embargo, Murphy se distancia de George en su intención de realizar un abordaje analítico-conceptual de la misma, mientras que el abordaje de George es de tipo moral, y remite a un posicionamiento del destinatario de las normas autoritativas respecto del deber de obediencia, cuando ellas son de contenido inicuo.

Sobre el particular, resulta también relevante el aporte de José Antonio Seoane, quien en su trabajo «La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación»²¹, propone una serie de precisiones respecto de la máxima analizada, acentuando que el problema reside en cómo resolver la tensión manifiesta entre el aspecto moral y el aspecto jurídico del fenómeno y señalando que, en este sentido, «la preocupación de la tradición clásica se centra exclusivamente en los efectos de la injusticia de las normas en la obligación

19 MURPHY, M.C, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 8-24. Véase también MURPHY, M.C, «Natural Law Jurisprudence», en *Legal Theory*, N° 9, New York, 2003, pp. 241-267, y *Natural Law Theory*, en Golding M.P/Edmunson, W.A (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Blackwell Publishing, Malden, Oxford-Carlton, 2005, pp.15-28.

20 MURPHY, M.C, «Natural Law in Jurisprudence and Politics», p. 10.

21 SEOANE, J. A. «La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación», en VIGO, R., et alii, *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, la Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 253-288.

de obedecer el derecho»²², con lo cual da a entender que la cuestión remite al aspecto moral y que por tanto no incide –o no debiera incidir– en la cuestión analítica-conceptual del derecho.

En este sentido, Seoane reafirma esta tesis, sosteniendo que «la doctrina clásica de la ley injusta no es el resultado de una preocupación conceptual: la definición o caracterización del concepto de derecho, sino de una problemática práctica: cómo comportarse y actuar ante una ley injusta»²³. En otros términos, se advierte una tendencia generalizada a confinar el problema de la injusticia legal al ámbito exclusivo de la moral, remitiendo al posicionamiento de aquel que se ve afectado por el acto autoritativo injusto, con lo cual se excluye toda posibilidad de recurrir a criterios sustantivos, axiológicos o de razonabilidad en la reflexión filosófica respecto de cómo conceptualizar el fenómeno jurídico desde esta perspectiva.

En este punto, el presente trabajo se propone analizar la propuesta del iusfilósofo australiano John Finnis, uno de los principales representantes de la llamada Nueva Escuela del Derecho Natural²⁴, quien tiene la particularidad de haberse formado bajo el influjo del movimiento positivista anglosajón conocido con el nombre de *Analytic Jurisprudence*, para luego apartarse de él en el momento en que tomó contacto con la particular interpretación de los textos de Tomás de Aquino propuesta por Germain Grisez²⁵. En concreto, el aporte novedoso de Finnis consistió en trasladar esa propuesta interpretativa al ámbito de la filosofía del derecho y de la teoría jurídica.

22 Ibid., p. 281.

23 Ibid. p. 281.

24 Acerca de la Nueva Escuela del Derecho Natural puede consultarse: *The Revival of Natural Law. Philosophical, Theological and Ethical Responses to Finnis-Grisez School*, Ed. by BIGGAR, Nigel and BLACK, Rufus, Routledge, London, 2000.

25 GRISEZ, G., «The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question94, Article2», *Natural Law Forum*, vol. 10, 1965, págs. 168-196. Véase también: GRISEZ, G. y SHAW, R., *Beyond the new morality. The responsibilities of freedom*, University of Notre Dame Press, última ed. 1988; y GRISEZ, G., *The way of Lord Jesus*, Franciscan Press, 1997, ISBN 0819909815, 9780819909817.

En ese contexto, interesa el análisis de las respuestas finnianas en relación con las cuestiones más álgidas que se plantean en el seno del debate iusfilosófico, específicamente en lo que se refiere a las posibles vinculaciones entre el derecho y la moral en orden a la tarea de conceptualizar el fenómeno jurídico y el problema de la ley injusta, en los que ciertamente se aprecia una posición en la que subyace la pretensión de resolver el posible dilema entre el orden moral y el orden jurídico sin abandonar el enfoque científico que ha caracterizado a la corriente positivista, pero procurando aportar una solución que no resulte indiferente a la problemática de la posible injusticia del derecho válido.

De este modo, el profesor Finnis realiza un novedoso y útil aporte a la teoría jurídica sobre la base de los lineamientos proporcionados por la Nueva Escuela del Derecho Natural, movimiento que funda y del que forma parte junto con Germain Grisez y Joseph Boyle entre otros, y cuya característica más saliente está determinada por la intención de aportar una nueva perspectiva hermenéutica del pensamiento de Tomás de Aquino, desconocida, o más bien ignorada por las perspectivas anteriores, lo cual le merecerá la crítica de la mayor parte del neotomismo contemporáneo. Así lo manifestará con ocasión de explicar los propósitos que lo condujeron a escribir su obra central:

Cualquiera que se embarcara en un proyecto como *NLNR* necesitaba investigar, como prioridad principal, si Aquino y Aristóteles eran culpables de las falacias y elecciones del neotomismo, y si no lo eran, si era una exposición filosóficamente crítica e independiente de los fundamentos de la ética y la filosofía política, que mostrarían que, en sus líneas principales, Aquino y Aristóteles habían llegado primero, por así decirlo, y que pueden, ahora también, ser filosóficamente útiles²⁶.

A partir de esta nueva perspectiva, se vislumbra una dinámica en el funcionamiento del razonamiento práctico que dirige la conducta hu-

26 FINNIS, J., «Grounding Human Rights in Natural Law», in *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 60, N° 2, 2015, pp. 199-225.

mana libre con un sentido teleológico, previo haber captado el objeto de la acción presentado al intelecto dándole razón de bien. Se trata de un proceso complejo en el que se pueden identificar distintas etapas o estadios, que transitan tanto un plano pre-moral, consistente en la apetencia sensible del fin de la acción bajo la apariencia de bien, hacia el plano moral, en el que se aprehende definitivamente el carácter de bien del fin de la acción a partir de la comprensión de la búsqueda compartida por todos los individuos que razonan y deliberan en idénticas circunstancias.

Este proceso transita asimismo desde un plano individual –en el que la razón práctica opera aisladamente– hacia un plano comunitario, en el que razón práctica advierte la necesidad de que cada individuo que forma parte de un determinado grupo social, pueda acceder a lo que se ha identificado como bien común. Este último concepto tiene la particularidad de involucrar a lo que previamente se identificó como bienes humanos básicos, y Finnis lo define en términos de la posibilidad de acceso a los bienes humanos básicos por parte de todos los miembros del grupo. Este aspecto teleológico de la vida comunitaria requiere, para su concreción fáctica, de la coordinación de la acción social, por lo que conlleva a la necesidad de crear instancias autoritativas encargadas de esa función.

De este modo se evidencia que el proceso de razonamiento práctico principia y opera desde la esfera pre-moral hacia la moral y desde la moral individual hacia la moral comunitaria, para terminar constituyéndose allí en explicación y justificación de la política y consecuentemente del derecho.

En este contexto y en esta lógica, John Finnis presenta su teoría jurídica como culminación de la previa elaboración teórica de una teoría del derecho natural que proyecta sus efectos hacia el ámbito jurídico. Esta teoría jurídica tendrá la particularidad del empleo de una metodología consistente en la adopción de un punto de vista interno como criterio explicativo idóneo para la comprensión adecuada del fenómeno jurídico, por un lado, y por otro, el recurso del análisis analógico, consistente en la selección de un caso central –o modelo teórico ideal– que sirva de marco de referencia para el abordaje de experiencias jurídicas concretas. Este caso central de derecho, será

lo que Finnis presente como punto culminante de todo el proceso de razonabilidad práctica, aglutinando en la noción de bien común todos los elementos que intervienen en el proceso que se inicia en el ámbito moral y que concluye en el ámbito jurídico.

El empleo de la analogía le permitirá a Finnis, poder mantener conceptualmente bien diferenciados los ámbitos morales y jurídicos, toda vez que le permitirá extender el concepto hacia casos en los que, por faltar algún elemento constitutivo del caso central, se pueda continuar predicando su carácter de «derecho», «orden jurídico» o «sistema jurídico».

En esa inteligencia, el profesor de Oxford, parece haber creado la amalgama perfecta entre dos perspectivas históricamente enfrentadas, a saber: iusnaturalismo e iuspositivismo, logrando reconciliar –en una primera aproximación– las tesis principales de una y otra. Así, Finnis encontrará un punto de encuentro entre la tradición analítica de la cual proviene y en la que se ha formado como jurista y el iusnaturalismo tomista que en algún momento irrumpe en su vida obligándole a revisar todos sus esquemas conceptuales anteriores. Esta amalgama encontrará su máxima expresión en la obra matriz del autor investigado: *Natural Law and Natural Rights*, obra densa, minuciosa y detallista que permite vislumbrar la exposición de la propuesta teórica sin abandonar la forma de argumentación propia de la *Analytic Jurisprudence*.

Se aprecia así en *NLNR* –y se confirma en sus escritos posteriores– la construcción de una teoría jurídica basada en un sistema conceptual que reconoce su génesis en la correcta interpretación de la teoría moral de Tomás de Aquino, que no es otra cosa que una teoría de la ley natural, en la que se encuentran las bases para la formulación de una posterior teoría jurídica. La novedad de la teoría del derecho natural propuesta por el profesor Finnis radica en que admite soluciones que serían compatibles con las tesis principales del iuspositivismo en lo referente a ciertos tópicos centrales que han informado el debate iusfilosófico, y en los que hasta el momento no se había logrado el acuerdo entre corrientes antagónicas, a saber:

(i) la vinculación conceptual entre el derecho y la moral, esto es, si para definir –elaborar teóricamente– un concepto de derecho se precisa recurrir a nociones extrajurídicas o axiológicas, o, por el

contrario, el derecho puede ser conceptualizado de forma autónoma, echando mano solamente de nociones y herramientas técnicas e instrumentales propias del sistema que conforma.

(ii) más aún, profundizando este razonamiento hacia otras cuestiones cuya complejidad reclama un análisis más detenido, cabe preguntarse si esa amalgama –aparentemente lograda en la propuesta teórica finnisiana– no se resquebraja ante la imprecisión o la falta de definición en puntos más álgidos de la controversia filosófica, tales como el de los efectos jurídicos de la injusticia legal.

En efecto, en relación con esta última cuestión, las soluciones finnisianas parecen querer forzar argumentativamente tanto este intento de conciliación entre tradiciones iusfilosóficas rivales, como la verdadera doctrina del Aquinate, en orden a la definición del *status* deóntico que cabe adscribirle a la ley injusta. Este problema se agudiza si el teórico jurídico –o el iusfilósofo– emprende la tarea de construir un modelo ideal –o concepto– de derecho.

Este esfuerzo teórico le supondrá a Finnis incurrir en inconsistencias argumentativas que generan una tensión entre elementos constitutivos dentro de su propio sistema conceptual, hasta el punto de sostener una postura que, ante la imprecisión o falta de definición en lo medular de la controversia, puede implicar un atentado contra toda la elaboración teórica previa de la que el mismo autor se vale para la conceptualización del fenómeno jurídico como objeto de estudio de cualquier teoría jurídica.

En concreto, el presente trabajo se propone adentrarse en los tópicos fundamentales que definen al iusnaturalismo en cuanto a corriente iusfilosófica, y analizar cuáles son los matices y particularidades que ellos sufren dentro de toda la construcción teórico-filosófica de John Finnis, a los efectos de medir la compatibilidad o no entre ambos, así como la sistematicidad y coherencia interna de su sistema conceptual finnisiano, siempre a la luz de las controversias iusfilosóficas fundamentales.

La hipótesis que pretende demostrarse es que Finnis elabora un sistema conceptual acabado e interconectado entre su teoría de la razón práctica o teoría de la ley natural y su teoría jurídica, y –en este intento de aproximar la doctrina tomista con la tradición analítica– propone

el abordaje analógico del derecho como la herramienta metodológica adecuada para el logro de ese acercamiento. Esta vinculación entre la teoría de la ley natural y la teoría jurídica se realiza a través de un elemento presente en todo el desarrollo teórico pero que es innominado, esto es, no tiene una designación explícita. Este elemento lo designamos como *pretensión de razonabilidad*.

Sin embargo, Finnis no considera la posibilidad de limitar empleo de la analogía, sino que la extiende indiscriminadamente, por lo que a la luz de las críticas que le formula Robert Alexy, se advierte que, en determinadas circunstancias extremas, el abordaje analógico ilimitado genera un problema de coherencia interna del desarrollo teórico finnisiano que ha quedado irresoluto.

Ahora bien, el primer capítulo de este trabajo tiene un carácter netamente biográfico. En el mismo se presentan los rasgos más salientes del autor a investigar, su formación académica, su filiación filosófica, y los antecedentes que lo conducen al cambio de paradigma en su forma de aproximarse al fenómeno jurídico. Asimismo, se desarrollan brevemente y de modo introductorio, las principales tesis del autor.

Los capítulos segundo y tercero se proponen desarrollar del modo más exhaustivo posible la llamada metaética finnisiana y la teoría jurídica respectivamente. En lo que respecta a la metaética –o teoría de la razón práctica– se explica y justifica la índole tomista de la construcción teórica, fundamentalmente a partir de la propuesta hermenéutica de Germain Grisez, la presentación de la estructura del razonamiento práctico y su vinculación con la perspectiva de los bienes humanos básicos; la forma de operar de ellos según los niveles pre-moral y moral y la dinámica de las exigencias de la razonabilidad práctica. Al finalizar el capítulo se analizan las objeciones formuladas por destacados exponentes del neotomismo contemporáneo a la interpretación finnisiana de los postulados tomistas sobre los cuales hace descansar su propuesta metaética.

El capítulo tercero se dedica al análisis de los principales aspectos de la teoría jurídica, a través del método bifásico propuesto por el autor, a saber: (i) el llamado punto de vista interno y (ii) el abordaje analógico del derecho. Sobre esa base se atenderá a los aspectos fundamentales del llamado «caso central del derecho», analizando

separadamente cada uno de los elementos constitutivos del analogado principal para luego señalar la problemática propia del analogado secundario en relación con los restantes elementos de la construcción teórica finnisiana.

El capítulo cuarto se detiene a analizar la particularísima objeción formulada por Robert Alexy a la teoría jurídica de Finnis, poniendo especial atención al problema de la ley injusta. La crítica de Alexy proporciona una apertura a la consideración de una serie de implicancias que generan las soluciones propuestas por Finnis este problema, y que no han podido ser resueltas satisfactoriamente sin derivar en un problema de coherencia interna en el resto de su planteamiento teórico. En concreto, se analiza el debate entre ambos autores, al cabo del cual se identifican puntualmente tres problemas: (i) la forma en que Finnis concibe la relación entre derecho y moral, (ii) La particular postura respecto de los efectos jurídicos que cabe atribuir o reconocer a reglas positivas extremadamente injustas, (iii) Tendiendo en cuenta los puntos anteriores, el problema de la inteligibilidad del derecho.

Cada uno de estas cuestiones controvertidas identificadas en el capítulo cuarto, son las que intentan resolverse en los capítulos V, VI y VII respectivamente. Para ello, el presente trabajo ha procurado la búsqueda de todos los textos en los que el profesor de Oxford se ha pronunciado sobre aquellas, analizando la forma en que se ha posicionado en cada pronunciamiento que conduzcan a dilucidar cuál es su verdadera postura respecto de las cuestiones señaladas como más oscuras. Del análisis de los puntos señalados se infiere la hipótesis de que la teoría jurídica finnisiana no lograría ser el culmen de su teoría de la razón práctica, como él mismo manifiesta, precisamente porque en los tópicos medulares necesarios para que se complete el proceso –como el referente al problema de la injusticia extrema del derecho positivo– Finnis propone una solución tan ecléctica que provoca una situación de indefinición respecto de su posicionamiento, y de inconsistencia con todo el planteamiento previo.

Finalmente, en las consideraciones finales se ofrece una enumeración detallada de los problemas identificados que colocarían al autor frente al desafío de tener que definir o completar su desarrollo teórico para subsanarlos.

Por último, no me queda más que expresar mi profundo agradecimiento a mi familia: en primer término, a mi esposo que me impulsó en todo momento a no abandonar la empresa, sin importar las dificultades; a mis seis hijos que constituyen el motor e impulso de este emprendimiento, y de todo cuanto me propongo en la vida.

A mi querido maestro, el profesor Dr. Carlos Ignacio Massini Correas, quien, como director, me ha acompañado, orientado y asistido intelectualmente, con una disponibilidad y generosidad sin límites. A mi co-directora, la Dra. Pilar Zambrano, quien, desde la Universidad de Navarra, ha acompañado muy de cerca la elaboración de esta tesis, y ha sido muy diligente en el cuidado de su corrección y rigor científico.

Por último, agradezco a todas aquellas personas, familiares y amigos, que con su apoyo, afecto y disponibilidad han contribuido a que este trabajo llegue a su fin.

Capítulo I: El autor

1. Introducción

La cuestión acerca de la incidencia del contenido moral de las normas jurídicas en su validez legal o formal, ha sido desde siempre el tópico que divide aguas entre el iuspositivismo y la tradición iusnaturalista, tanto clásica como moderna. Como se expuso en el prólogo, el presente trabajo se propone abordar el tratamiento de la cuestión en la obra iusfilosófica del emblemático exponente de la Nueva Escuela del Derecho Natural John Finnis, poniendo especial atención en las particularidades de la misma, que son las que, en apariencia, permiten adscribirle un carácter ecléctico en el contexto del debate. Pero este carácter es resultado de un proceso histórico-biográfico que atravesó y vivenció el autor durante su carrera académica, y que el presente capítulo se propone desarrollar a los efectos de comprender cabalmente, sus tesis principales.

2. Su carrera académica

John Mitchell Finnis nació en Adelaida, South de Australia, en el año 1940. Realizó sus estudios secundarios en la *South Australia Church of England School*. Posteriormente realizó su carrera universitaria en la *University of Adelaida*, donde obtuvo el título de abogado. Luego de su graduación, en 1962, ganó beca *Rhodes Scholarship*, que le abriría las puertas para comenzar sus estudios de posgrado en la *Oxford University*. Allí comienza su carrera de investigador y realiza su tesis doctoral bajo la dirección de Herbert L. A. Hart, la que culmina en 1965 con la obra titulada *The Idea of Judicial Power*, que coloca como objeto de estudio central el Derecho Constitucional Federal australiano.

Luego de obtener el título de doctor, Finnis comenzó una intensa carrera académica, primero en la Universidad de California-Berkeley, entre 1965 y 1966 donde se desempeñó como Asociado en Derecho (Profesor Ayudante), más tarde en Oxford, siendo designado *Tutor* en

derecho en el *University College* de la misma Universidad, cargo que desempeñó desde 1966 hasta su reciente retiro.

Junto a su inserción en la academia oxoniense, realizó diversas estancias de corta y mediana duración en otros centros universitarios del mundo. En los años 1993/1994 enseñó en el *Boston College* de Estados Unidos, y entre 1976 y 78 se desempeñó como docente e investigador en la Universidad de Malawi, un pequeño Estado del sudeste africano, donde el inglés es uno de los idiomas oficiales. Entre 1972 y 1989 fue *Rhodes Reader* en Derecho del *British Commonwealth* y de los Estados Unidos, y desde 1989 se desempeñó en Oxford como *Professor in Law & Legal Philosophy*.

Paralelamente a su ilustre desempeño en el ámbito académico, Finnis ejerció la profesión de abogado asesorando a estados australianos en materia constitucional, integró el *Gray's Inn de la English Bar* ante varias cortes de apelaciones; y entre 1986 y 1991 fue designado miembro de la Comisión Teológica Internacional de la Santa Sede. Asimismo, condujo en Oxford, junto con Herbert Hart y Joseph Raz, un semanario periódico de filosofía del derecho en el que se debatían públicamente los temas más polémicos de la teoría jurídica y la filosofía práctica¹.

A partir de 1989 se desempeñó como *Professor of Law and Legal Philosophy* y *Fellow of the University College*, y desde 1995 es el primer *Biochini Family Professor of Law* en la Universidad de *Notre Dame*. En el año 2008 Finnis se retiró de la cátedra, pero continuó ejerciendo la docencia hasta la actualidad como *Emeritus Professor*.

3. El camino de la filosofía analítica al iusnaturalismo

Luego de su paso por la Universidad de California-Berkeley, John Finnis retornó a Oxford en 1966, donde enseñó Teoría del Derecho (*Jurisprudence*) hasta el año 1975. Durante los años previos, Finnis había sido formado en la tradición filosófica analítica, concretamente

1 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia Analítica y Derecho Natural. Estudios sobre el pensamiento jurídico de John Finnis*, en prensa, ED. Marcial Pons, Buenos Aires, 2016, p. 22.

en el movimiento conocido como *Analytic Jurisprudence*² que, bajo la influencia preponderante de Hart y de Kelsen, también receptaba el positivismo radical de Jeremy Bentham y John Austin³, pero tomando el modo analítico de pensar enraizado en George E. Moore, Ludwig Wittgenstein, Julius Stone y Wensley N. Hohfeld⁴.

Entre las tesis más significativas de este movimiento que enmarcó la primera aproximación de Finnis a la teoría del derecho, destacan:

a) El derecho está constituido exclusivamente por normas que tienen su fuente en hechos sociales;

b) la única vía de acceso cognitivo al derecho estaría dada por el análisis lógico-semántico del lenguaje jurídico que usan corrientemente los operadores del derecho⁵;

c) las valoraciones de tipo ético no constituyen parte esencial del concepto de derecho, aun cuando puedan formar parte esencial del razonamiento judicial;

d) el control coactivo de la conducta social es el propósito más esencial del derecho.

En esta tradición fue formado el autor, quien luego se enfrentaría a ella, sin abandonar, no obstante, el lenguaje y estilo argumentativo que le es propio.

2 Sobre la *Analytic Jurisprudence*, véase, entre muchos otros: SHINER, R., *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 199; MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 49 ss.; BIX, B., «Legal Positivism», en AA.VV., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Ed. M.P. Golding & W.A. Edmundson, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2006, pp. 29-49; y FINNIS, J., «Legal Philosophy: Roots and Recent Themes», en *Collected Essays: IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 157-173.

3 Sobre esta versión del positivismo, entre otras posibles referencias, véase: HART, H.L.A., «Introduction», en AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing, 1998, pp. vii-xxi; también: MARMOR, A., *Philosophy of Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2011, pp. 35-59.

4 Acerca de la filosofía analítica, véase: TUGENDHAT, E., *Introduzione alla filosofia analitica*, Genova, Marietti, 1989; y AA.VV., *Précis de philosophie analytique*, Ed. P. Engel, Paris, PUF, 2000.

5 *Ibid.*

La segunda mitad de los años sesenta se caracteriza por la influencia, en el ámbito filosófico analítico, de la dialéctica entre Hart y los críticos de *The Concept of Law* (Fuller y Dworkin, en sus comienzos)⁶. Esta primera etapa en el desarrollo del pensamiento del autor, también estaría signada por la epistemología de Russell y Hume que fue objeto de estudio desde su tercer año en Oxford, como también el conocimiento teórico y práctico de las instituciones jurídicas y sociales más relevantes del *Common Law*.

El estudio de autores más representativos del positivismo jurídico analítico, permitió a Finnis familiarizarse con las caricaturas de las teorías del derecho natural corrientemente aceptadas en la época. Sin embargo, el iusfilósofo en estudio no se satisfizo con esas simplificaciones. El mismo autor comenta que durante su carrera de derecho, estudió a Austin, Kelsen y Julius Stone y «quizás, en la periferia de esos estudios, hubo alguna referencia a la Teoría del Derecho Natural»⁷. Fueron estos estudios los que le despertaron cierto interés y que lo condujeron a la búsqueda de respuestas sobre los fundamentos de la ética. Simultáneamente, experimentaba la inquietud en refutar su «propio escepticismo humeano y russelliano»⁸.

Al referirse a aquellas circunstancias que marcan el inicio de su cambio de perspectiva, Finnis relata: «Entonces progresé en lo que se podrían llamar mis fundamentos filosóficos de tipo no-práctico (v. g., sobre la existencia de Dios) antes de hacer cualquier tipo de avance en relación con el conocimiento práctico. Así, me interesé en el libro *Insigth*⁹, del jesuita canadiense Bernard Lonergan, que consiste en un estudio del entendimiento humano que a su vez es una crítica radical a las respuestas empiristas y reductivistas sobre la ciencia, la metafísica y la epistemología»¹⁰.

6 ORREGO, Cristobal S., *Estudio Preliminar de Ley Natural y Derechos Naturales de John Finnis, Abeledo Perrot*, Buenos Aires, 2000, p. 10.

7 ETCHEVERRY, Juan B., «Entrevista a John Finnis», en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 35, 2012, pp. 859-867.

8 *Ibíd.*, p. 860.

9 LONERGAN, B.J.F., *Insight. A Study of Human Understanding*, London, Longmans, Green & Co., 1964 (la primera edición es de 1957).

10 ETCHEVERRY, Juan B., «Entrevista a John Finnis», *op. cit.*, p. 860.

No obstante, la obra de Lonergan –aunque lo ayudó a liberarse de los prejuicios empiristas predominantemente enquistados en los ambientes académicos– no logró satisfacer del todo las expectativas de Finnis en la materia. En efecto, según el autor en estudio, el jesuita «no comprendía los principios del razonamiento práctico. Esto fue confirmado cuando diez o quince años después escribió su famoso libro llamado *Method in Theology* en el que expone una teoría de valores que no aplicaba su propia teoría propuesta en *Insigth* al ámbito práctico. Al final, termina ofreciendo una teoría cuasi-empirista de intereses, emociones y sentimientos. Así –comenta Finnis– estaba bastante insatisfecho con la pregunta sobre los fundamentos de la ética cuando finalicé mi doctorado y partí a California a enseñar»¹¹. Sin embargo, esta primera aproximación, lo condujo gradualmente a percatarse de que el iusnaturalismo contenía algo más que oscuridad y superstición¹².

La verdadera transformación en el pensamiento del profesor oxoniense opera, sobre todo, al entrar en contacto directo con autores clásicos como Tomás de Aquino, Platón y Aristóteles, tamizados por los lineamientos interpretativos de la teología moral católica liderada por Germain Grisez, profesor en el *Mount St. Mary's University* de los Estados Unidos, a quien comienza a leer estando en California. Particularmente llamará su atención el conocido artículo de Grisez titulado «*The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae* I-II, Question 94, Article 2»¹³, en el que advirtió una aproximación «a los textos clásicos de la teoría de la ley natural que resultaba inmune a la acusación positivista de incurrir en la denominada «falacia naturalista»¹⁴, y un importante análisis de la posición de Tomás de Aquino sobre el carácter inderivable y evidente de los primeros principios de la razón práctica.

11 Ibid., pp. 860-861.

12 ORREGO, Crstobal S., *Estudio Preliminar de Ley Natural y Derechos Naturales de John Finnis, Abeledo Perrot*, Buenos Aires, 2000, p. 10

13 GRISEZ, G., «The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question94, Article2», *Natural Law Forum*, vol. 10, 1965, págs. 168-196.

14 MASSINI CORREAS, C. I., *Jurisprudencia Analítica y Derecho Natural. Estudios sobre el pensamiento jurídico de John Finnis*, op. cit., p. 21.

Este encuentro marcará el punto de inflexión que conducirá a Finnis a asumir como propios, los rasgos fundamentales de la teoría ética que Grisez desarrolló a partir de su interpretación de Tomás de Aquino, las que pueden sintetizarse del siguiente modo: Grisez acepta el valor lógico de la llamada Ley de Hume, que postula el carácter inderivable del «deber» a partir del «ser», y afirma que esa tesis está presente en la enseñanza del Aquinate sobre el carácter fundamental, evidente y no derivado de los primeros principios de la ley natural, y, más aún, también se encuentra en la distinción aristotélica entre razón especulativa y razón práctica.

Asimismo, Grisez emprende la tarea de llenar las lagunas existentes en la ética de Tomás, principalmente en lo que se refiere al paso desde los principios correspondientes a la captación intelectual de los bienes humanos básicos (que Grisez denomina principios directivos). Estos principios se encuentran en un estado «pre-moral», anterior a los principios imperativos, que no son evidentes de suyo. Este tránsito, y su fundamentación, se llevan a cabo mediante un modo de razonamiento práctico que Grisez denominó «modo de responsabilidad»¹⁵, y que constituye un concepto análogo a lo que Finnis trata bajo la denominación de «exigencias básicas de la razonabilidad práctica».

A través de la aplicación de esos «modos de responsabilidad» a la variedad de problemas éticos contemporáneos, Grisez logrará la reivindicación de tesis tradicionales en materia de anticoncepción, ética matrimonial, la existencia de normas morales necesarias (que no admiten excepción), la crítica del consecuencialismo o proporcionalismo, etc¹⁶.

Ahora bien, según Grisez y Finnis, Tomás de Aquino comprendió correctamente que los primeros y más básicos principios de la razón práctica (*per se nota e indemonstrabilia*), que dirigen las elecciones y acciones humanas hacia bienes humanos inteligibles, proveen de ra-

15 Sobre el tema, véase: GRISEZ, G. y SHAW, R., *Beyond the new morality. The responsibilities of freedom*, University of Notre Dame Press, última ed. 1988.

16 *Ibid.* Véase asimismo, GRISEZ, G., *The way of Lord Jesus*, Franciscan Press, 1997, ISBN 0819909815, 9780819909817.

zones para la acción que son algo más que razones meramente instrumentales. En efecto, estos principios (y los bienes humanos a los cuales ellos se refieren en orden a dirigir nuestras acciones y elecciones, tales como la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, etc.), no son en sí mismos normas morales. Más bien, ellos gobiernan todo el pensamiento práctico coherente, tanto en una acción moralmente elevada como en una acción inmoral. Las reglas morales, tales como la Regla de Oro «trata a los otros como te gustaría que los otros te traten a ti», u otras similares, son especificaciones de la obligación general de honrar la dignidad de todo ser humano respetando su bienestar en su totalidad, es decir, los bienes básicos de las personas consideradas de modo integral. Al respecto, señala Robert P. George que «así como los diversos “bienes humanos básicos” son especificaciones del primero y más general principio de la razón práctica, que Tomás de Aquino formula como “el bien (*bonum*) ha de ser hecho y perseguido y el mal (*malum*) evitado”, las diversas normas morales (...) son especificaciones del primero y más general principio de moralidad (...) son fruto del razonamiento sobre los bienes humanos y su directividad integral, y son, en ese sentido, como dice Finnis, requerimientos de la razonabilidad (práctica)»¹⁷.

3. a. De Hart y Grisez hacia una teoría iusnaturalista del derecho

La originalidad de la obra de Finnis con relación a la de Grisez, no radica tanto en un desarrollo ulterior de la teoría de la razón práctica inicialmente propuesta por su maestro, sino en la incorporación a una teoría del derecho sensiblemente marcada por los aportes de su otro maestro, el oxoniense Herbert Hart.

La incorporación y reformulación por Finnis de las ideas de Grisez, tendría origen algunos años antes, en 1966, cuando, luego de su paso por California, John Finnis recibiría de Herbert L. A. Hart, su maestro

17 GEORGE R.P., «The Achievement of John Finnis», *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*. Edited by John Keown and Robert P. George, Oxford University Press, 2013, págs. 1-9.

y editor de la *Clarendon Law Series*, el encargo de escribir un libro cuyo título fuera *Natural Law and Natural Rights* (en adelante *NLNR*), con el propósito de presentar una teoría general del derecho en el que se desarrollara la influencia que tanto la ética, como las cuestiones sociales o políticas podían tener en el desarrollo de la ciencia jurídica. En 1975, cuando Finnis ya había escrito las tres cuartas partes de *NLNR*, su pensamiento había experimentado ya un giro copernicano hacia el iusnaturalismo.

No obstante, es menester reconocer que mucho de lo que Finnis logró en la filosofía legal y política, estaba fuertemente enraizada en el compromiso crítico con el pensamiento de su maestro. Aunque Hart simpatizaba con un empirismo moderado, que de alguna manera lo conducía en dirección al utilitarismo, hay algo en su obra, *The Concept of Law*¹⁸, que de algún modo prefigura el resurgimiento aristotélico. A pesar de su firme compromiso con la metodología a-valorativa propia del positivismo jurídico, Hart fue un crítico severo de la visión del derecho (o del concepto del derecho) externalista y reduccionista de Jeremy Bentham. Este último autor supuso que los fenómenos sociales, o la serie de fenómenos que conocemos bajo la denominación de «derecho» o sistema jurídico son mejor entendidos sobre la base del modelo según el cual las órdenes son emitidas por un soberano que habitualmente es obedecido, pero que no obedece a nadie, lo que Bentham llamaba «*orders backed trheats*», u órdenes respaldadas por amenazas. Desde esta concepción, las leyes cumplen una función de «causas» del comportamiento humano, es decir, no crean una obligación, al menos no en el sentido normativamente razonado de la palabra.

La objeción de Hart a la concepción de Bentham no fue de índole moral, sino más bien teórico, Hart considera que Bentham ha fallado descriptivamente, esto es, que su descripción no se ajusta a los hechos¹⁹. Particularmente, no da cuenta de la forma en que los sistemas jurídicos funcionan característicamente en el razonamiento práctico

18 HART, H. L. A., *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961), Segunda edición publicada en 1994.

19 HART, H. L. A., *The Concept of Law*, op. cit., p. 78

de los ciudadanos y funcionarios proveyendo, con frecuencia, ciertos tipos de razones para la acción, que posteriormente designará como «razones perentorias independientes de su contenido»²⁰.

Para «ajustarse a los hechos», una concepción del derecho debe prestar atención al punto de vista práctico de las leyes e instituciones jurídicas, y diseñar las distinciones entre los diferentes tipos de sistemas jurídicos y sus diversas funciones. Pero, a su turno, esto requiere de un teórico jurídico o de un sociólogo descriptivo del derecho y de los sistemas jurídicos, para adoptar lo que Hart llamó el «punto de vista interno», esto es, el punto de vista práctico para quienes las leyes proveen razones para actuar, activándolo individual y/o colectivamente para perseguir ciertos objetivos y cumplir ciertas metas²¹.

Por tanto, el concepto de derecho de Hart, una vez identificado y adoptado el punto de vista interno, comienza apartándose del voluntarismo, hacia un reconocimiento del derecho como práctica de control social que no se propone tanto la motivación a obrar a través del temor, cuanto la formación de conciencia de la obligatoriedad moral del mandato, o –en otras palabras– proveyendo a sus participantes de razones morales para obedecer el derecho. Por tanto, el derecho no puede ser descrito como una serie de imposiciones de la voluntad del soberano, sostenidas únicamente en la amenaza del uso de la coacción, sino como conjunto de normas que –sistemáticamente consideradas– ofrecen a sus participantes razones morales para ajustar su conducta al Derecho. Y lo será, en el caso central o focal del término, cuando el derecho funciona en el sentido en que lo hace inteligible, como producto de la deliberación y del juicio humano.

Si bien las diferencias esenciales entre la concepción de razón práctica iusnaturalista que inspira a Finnis y la concepción humeana

20 HART, H. L. A, *Essay on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

21 GEORGE, R. P., «The Achievement of John Finnis», *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*. Edited by John Keown and Robert P. George, Oxford University Press, 2013, pp. 1-9. En este sentido, Frederick Shauer ha hecho resurgir el debate interno en el positivismo, proponiendo una vuelta a sus orígenes, según Austin y Bentham. Al respecto, vease: SHAUER, F., *The force of Law*, Harvard University Press, Cambridge-Masachussets, London, England, 2015.

que inspira a Hart, se proyectarán hacia una renovación copernicana del método del punto de vista interno, lo cierto es que la propuesta de Finnis responde a las mismas inquietudes metodológicas que inspiraron a Hart, pero incorporando muchas distinciones conceptuales.

Además de la adopción del punto de vista interno como perspectiva de estudio del derecho, Finnis tomará de Hart también la noción de caso focal del derecho, aunque nuevamente, en un sentido superador de aquel que le dio su maestro. En efecto, a diferencia de Hart, el caso focal es para Finnis, aquel en el cual las reglas y principios funcionan como directivas prácticas, tanto para ciudadanos como para jueces y otros agentes, debido a la apreciación de la gente sobre la virtud o valor de la conducta imperada. La famosa definición práctica de derecho de Tomás de Aquino, como el mandato de la razón dirigida al bien común por personas e instituciones que tienen a su cargo el cuidado de la comunidad, tiene aquí su significado en la teoría jurídica descriptiva. Según Finnis, «si consideramos las razones que llevan a la gente a establecer sistemas de derecho positivo (...), encontramos que solo las razones *morales* en virtud de las cuales esas personas frecuentemente actúan, bastan para explicar por qué muchas de las empresas de esa gente toman la forma que tiene, dando a los sistemas jurídicos los diversos aspectos que tienen (...)»²².

El talante dialogante de Finnis con su maestro Hart, y con la tradición analítica en general, se advierte no solamente en la recepción de la terminología y metodología de análisis propia de esta tradición. Se manifiesta también en un esfuerzo genuino por reformular algunas de las tesis que se consideran irreconciliables en el debate entre la tradición analítica y la tradición iusnaturalista, tales como la tesis de sujeción de la validez de las normas a su contenido moral, que constituye la materia de investigación del presente trabajo.

En este sentido, Finnis no afirma de forma tajante la tesis contraria a la de la separación conceptual entre el derecho y la moral, pero sostiene que tal aserción es en cierto sentido ambigua y que es necesario distinguir los aspectos en los que tiene lugar tal separación, de

22 FINNIS, J., *CEJF* IV, 7, p. 204.

aquellos en los que no. Menos aún sugiere esto que, la creencia en la ley natural u otras formas de realismo moral entrañan la proposición de que el derecho y la moral se encuentran conectados de tal modo, que confieren a los jueces autoridad plena hacer cumplir los requerimientos de la ley natural, invalidando normas o mandatos del derecho positivo que se juzgan en conflicto con tales requerimientos.

Para el autor, la verdad de la proposición «*lex iniusta non est lex*» es una verdad de carácter moral, es decir, que la obligación moral creada por una promulgación autoritativa legal es condicional más que absoluta. Como se verá en los capítulos siguientes, Finnis no pretende que las leyes injustas no son leyes en sentido formal, sino que parte, del compromiso crítico de Hart con el positivismo legal de Bentham, e intenta ponerlo dentro de sus lógicas conclusiones. Estas son las que conducen a la filosofía legal hacia horizontes que trascienden el positivismo, y la conducen hacia un reconocimiento del derecho como conectado con una búsqueda de razones para la justicia y el bien común.

3. b. La obra moral y teológica de Finnis

Durante la década de los setenta, Finnis continuó profundizando en cuestiones teológicas y morales, en el marco del debate sobre la anticoncepción y otras cuestiones de bioética. En efecto, en 1968 publicó una nota explicativa sobre la Encíclica *Humanae Vitae*, titulada «*Natural Law in Humanae Vitae*»²³. En 1970 publicó el artículo «*Natural Law and Unnatural Acts*»²⁴, en la que expone claramente su concepción ética, siguiendo los lineamientos propuestos por Grisez. En el mismo año, enseñó a Tomás de Aquino en Australia, y tres años más tarde se enfrentó en un debate con Judith Jarvis Thomson, defendiendo el derecho a la vida²⁵. En 1971 colaboró con Grisez en la redacción de algu-

23 FINNIS, J., «Natural Law in Humanae Vitae», *Law Quarterly Review*, vol. 84, 1968, págs. 467-71.

24 FINNIS, J., «Natural Law and Unnatural Acts», *Heythrop Journal*, vol. 11, 1970, págs. 365-387.

25 FINNIS, J., «The rights and wrongs of abortion: a reply to Judith Jarvis Thomson», *Philosophy and Public Affairs*, vol.2, 1973; págs. 117-45; actualmente en Ronald

nos capítulos de teología moral del nuevo catecismo, por encargo de Ronald Lawer.

Por otra parte, entre los años 1974 y 1975, Finnis ya había definido con claridad su postura a favor de la teología moral católica y la doctrina social de la Iglesia. *NLNR* sería completado entre los años 1976 y 1978, ya desde una clara perspectiva iusnaturalista, aunque, como se expuso con anterioridad, sin abandonar el método de argumentación propio de la Jurisprudencia Analítica, que heredó de su maestro, Herbert. L. A. Hart.

4. Natural Law and Natural Rights

Tal como se expuso con anterioridad, en 1980 vio la luz lo que sería la obra central de Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, que catorce años antes le había sido encargada por su maestro Herbert L. A. Hart. La obra, que fue objeto de numerosas impresiones, fue editada por segunda vez en el año 2011, en la Oxford University Press. En esta segunda edición, el autor incorporó un escrito final, denominado *Proscript*, en el que aclara algunos conceptos e interpretaciones, y responde críticas dirigidas a la primera edición. «No caben dudas –escribe Massini Correas– de que este libro, algunas de cuyas afirmaciones han sido corregidas, ampliadas y aclaradas por su autor en escritos posteriores, es uno de los textos relevantes de la filosofía del derecho contemporánea»²⁶, puesto que se trata de una obra que provocó fuertes repercusiones en el ámbito del debate iusfilosófico jurídico, y que ha sido objeto de múltiples referencias, reseñas, artículos, notas y citas. A este respecto, conviene traer a colación la observación del iusfilósofo positivista Neil MacCormick:

Algunos libros causan la impresión radical en el lector por la audacia y la novedad de las tesis que enuncian; escribir un libro

Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law* (Oxford University Press, Oxford: 1977).

26 MASSINI CORREAS, C. I., *Jurisprudencia Analítica y Derecho Natural. Estudios sobre el pensamiento jurídico de John Finnis*, op. cit., p. 23

así es un logro raro y difícil. No es más fácil, con todo, ni menos raro, causar una impresión radical mediante el cuidadoso replanteamiento de una idea antigua, volviendo a la vida temas viejos merced al carácter vívido y vigoroso con que son traducidos a un lenguaje contemporáneo. Ese ha sido el logro de «*Natural Law and Natural Rights*» (...), un libro que ha devuelto a la vida, para los estudiosos británicos, la teoría clásica, tomista y aristotélica, de la ley natural²⁷.

En efecto, MacCormick señala que la teoría de la ley natural, que fue desdeñada por más de una generación de pensadores como una falacia anticuada y desacreditada, mantenida viva solo como dogma teológico de una iglesia autoritaria, fue rescatada de un conjunto completo de malentendidos y tergiversaciones. Al mismo tiempo, fue exhibida como una explicación del derecho por completo desafiante, plenamente capaz de resistir a las teorías que, según se creía la habían refutado y sustituido²⁸. Más adelante, MacCormick reconocerá expresamente que pocas obras le causaron semejante sensación de excitación y de descubrimiento como *NLNR* lo hizo, así como la misma constituye un hito intelectual, capaz de provocar un cambio permanente en el pensamiento y en el propio paradigma personal.

Como señala el profesor Massini Correas en *NLNR*, Finnis «reformuló la doctrina clásica del derecho natural, presentándola en el lenguaje, las estructuras argumentativas y la temática propia de la teoría jurídica analítica dominante en Gran Bretaña desde mediados del siglo XIX»²⁹. Hasta entonces, la doctrina clásica del derecho natural se consideraba, en el ámbito de la filosofía del derecho, como una rama de la teología que debía mantenerse ajena al ámbito de lo político y

27 MACCORMICK, N., «Natural Law and the Separation of Law and Morals», en Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford University Press, Oxford: 1992), págs. 105-133, en pág 105.

28 *Ibid.*

29 MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia Analítica y Derecho Natural. Estudios sobre el pensamiento jurídico de John Finnis*, op. cit., p. 23.

de lo jurídico, puesto que permitir una intromisión de esa naturaleza implicaría un retroceso en el avance de una disciplina que ya había adquirido rigor científico, habiendo logrado «depurarse» de la influencia de la religión y de la moral. El iusnaturalismo clásico se presentaba en el pensamiento de los filósofos del momento como algo primitivo y oscurantista que afortunadamente había logrado superarse. Es entonces cuando el profesor de Oxford declara que, a partir de un determinado momento, comenzó a sospechar que podría haber algo más que superstición o tinieblas en las doctrinas de la ley natural.

La forma en que Finnis expone la teoría de la ley natural, utilizando el método que había heredado de la tradición analítica, constituyó un paso revolucionario en las tendencias filosóficas del momento, y obligó a gran parte de los filósofos jurídicos de entonces a revisar los contenidos de la teoría del derecho natural, ya que la misma parecía tener mucho que aportar a los debates contemporáneos. Entre estos aportes, los más significativos han sido, sin duda, los siguientes: la necesidad de explicar el derecho positivo dentro del marco de la razonabilidad práctica y de los bienes humanos básicos fundantes del orden moral; la teoría de la justicia; la obligatoriedad del derecho, del bien común, de la autoridad y de los derechos humanos naturales; el problema de la ley injusta, considerado desde la perspectiva política, jurídica y moral, sin que ello suponga excluir su análisis del método analítico, etc.

Muchos intelectuales contemporáneos no dudaron en presentar el libro, junto con otros escritos del profesor de Oxford, como parte de un fuerte resurgimiento de aproximaciones aristotélicas al pensamiento moral y político que comenzó a ganar prominencia a fines de los años 70. Finnis adoptó y adaptó métodos aristotélicos para superar los defectos de las éticas consecuencialistas y utilitaristas, como así también de las éticas kantianas o puramente «deontológicas».

5. La recepción de la obra de Finnis en el iusnaturalismo

Es menester destacar, a su turno, que la mencionada obra tampoco estuvo exenta de críticas e incomprendiones dentro de la propia tradición iusnaturalista. En efecto, la misma fue duramente resistida en

los ambientes más conservadores del iusnaturalismo clásico de raíz tomista, que no comprendieron o no tuvieron en cuenta su estructura argumentativa analítica, ni hacia quienes estaba dirigido, ni la índole de la formación intelectual de su autor, ni las ideas de los autores a los que se oponían las principales tesis del libro³⁰. En este sentido, el propio Finnis manifestará en la nota final de la segunda edición de *NLNR*, el desconcierto que le produjo el encontrarse con estas críticas y destacará también la falta de habilidad y escasa voluntad de autores modernos más representativos del iusnaturalismo clásico para enfrentarse a estudiantes adiestrados intelectualmente en el método analítico, y formados con una fuerte impronta secular. «El libro era, pensaron, una capitulación ante Hume y su falacia “Ser y Deber-Ser”»³¹.

Si bien, hay que reconocer que *NLNR* es una propuesta que rompe los esquemas en relación con la metodología utilizada en los libros convencionales de derecho natural, no es menos cierto que la obra se dirigía, no a jóvenes católicos practicantes o seminaristas, sino a un público secularizado, fuertemente influido por Hume y Russell, entre otros. De ahí que este malentendido en la forma de presentar la teoría del derecho natural de Finnis, no haya sido aún superado³².

30 MASSINI CORREAS, C.I., *Jurisprudencia Analítica y Derecho Natural. Estudios sobre el pensamiento jurídico de John Finnis*, op. cit., p. 24.

31 *NLNR*, pp. 415-416.

32 En este punto, véase, como ejemplo, entre una bibliografía muy vasta: MAY, W.E., «Contemporary Perspectives on Thomistic Natural Law», en AA.VV., *St. Thomas Aquinas & the Natural Law Tradition. Contemporary Perspectives*, Ed. J. Goyette et alii, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 2004, pp. 113-156; y LONG, S.A., «Natural Law or Autonomous Practical Reason: Problems for the New Natural Law Theory», en *Ibid.*, pp. 165-193 (El primer trabajo defiende las ideas de Finnis y sus colegas, el segundo las impugna). Véase asimismo: Lisska, A.J., *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*, Oxford, Oxford University Press, 1996; George, R.P., *In Defense of Natural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Donnelly, B., *A Natural Law Approach to Normativity*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2007, pp. 96 ss.; Westerman, P., *The disintegration of Natural Law Theory*, Leiden-New York-Köln, Brill, 1998, pp. 231 ss.; LópezMartínez, A., *El debate anglo-americano sobre la teoría tomista de la ley natural*, Roma, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, 2006; AA.VV., *Natural Law & Moral Inquiry*, Ed. R.P. George, Washington D.C., Georgetown University Press, 1998; y AA.VV., *The Revival of Natural Law. Philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-*

6. Los aportes de Finnis en la filosofía moral y política

Por otra parte, la contribución de Finnis también se extiende al ámbito de la filosofía política, y va más allá de la crítica a otras obras importantes de pensadores liberales contemporáneos de gran influencia como Rawls o Dworkin, y recientemente, Robert Nozick. *NLNR*, especialmente, en los capítulos VI al XI, constituye un positivo aporte para reflexionar sobre la justicia y sus requerimientos, el contenido y alcance del bien común político, los derechos (incluyendo derechos humanos) y su identificación, los campos racionales para valorar la autoridad jurídica y política y para reconocer la obligación jurídica y política, la naturaleza y funciones sociales del derecho, etc.

Todos estos conceptos desarrollados en *Natural Law and Natural Rights* han sido objeto de defensa, aclaración, ampliación en los posteriores cinco volúmenes de *Collected Essays of John Finnis*, publicados en 2011 por la *Oxford University Press*. Tomados juntos, representan una importante y distintiva contribución al debate contemporáneo sobre la selección de principios políticos y el propio diseño y saludable funcionamiento de las instituciones políticas³³.

Por su parte, en el campo de la filosofía moral, Finnis también fue blanco de críticas en ambientes calificados de liberales o progresistas. Particularmente, ha resultado sumamente controvertida su concepción del matrimonio como unión de hombre y mujer ordenada a la procreación, su condena al aborto provocado, al infanticidio, a la eutanasia, la disuasión nuclear, su férrea defensa de la vida humana en todas sus etapas; estas posiciones le trajeron aparejadas exclusiones y discriminaciones entre sus colegas académicos, con quienes, a pesar de ello, supo mantener relaciones cordiales.

Grisez School, Ed. N. Biggar & R. Black, Aldershot, Ashgate, 2000. Puede verse también la bibliografía citada por Orrego, C., *o.c.*, pássim.

GEORGE, R.P., «Introduction», en AA.VV., *Reason, Morality, and Law. The Philosophy of John Finnis*, Ed. J. Keown & R.P. George, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 7.

33 GEORGE P.P., «The Achievement of John Finnis», *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*. Edited by John Keown and Robert P. George, Oxford University Press, 2013, págs. 1-9.

7. Las obras más significativas

Finalmente, además de su obra central, Finnis es autor de *Fundamental of Ethics; Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (en coautoría con Joseph Boyle y Germain Grisez); *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth*; y *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Este último libro, que inaugura la serie *Founders of Modern Social and Political Thought* de la Oxford University Press, es un examen renovador de la filosofía de Tomás de Aquino sobre la vida social, la moral, la política y el derecho³⁴.

Por último, el profesor de Oxford ha escrito numerosos artículos. Entre los más destacados podemos mencionar: «Revolutions and Continuity of Law»³⁵; «Reason, Authority and Friendship in Law and Morals»³⁶; «The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph McInerny»³⁷; «Natural Law and the “Is-Ought” Question: an Invitation to Professor Veatch»³⁸; «The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory»³⁹; «On “Positivism” and “Legal Rational Authority”»⁴⁰; «On Reason and Authority in Law’s Empire»⁴¹; «Law as Coordination»⁴²; «Object and Intention in Moral Judgments according to St. Thomas Aquinas»⁴³, etc. Y entre las publicaciones más destacadas a partir de 1997, podemos mencionar como especialmente relevantes: «Commensuration and Public Reason»⁴⁴; «Public Good: The Specifica-

34 ORREGO, CRISTOBAL S., *Estudio Preliminar de Ley Natural y Derechos Naturales de John Finnis, Abeledo Perrot*, Buenos Aires, 2000, p. 29.

35 En A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Second Series* (Oxford University Press, Oxford: 1971), págs. 44-76.

36 En B. Y. Khanbai, R. S. Kats, R. S. Pineau (eds.), *Jowetts Papers 1968-1969* (Basil Blackwell, Oxford: 1970), págs. 101-124.

37 FINNIS, J., GRISEZ, G., en *American Journal of Jurisprudence*, vol.26, 1981, págs. 21-31.

38 En *Catholic Lawyer*, n° 26, 1982, págs. 266-277.

39 En *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 1, 1984, págs. 115-137.

40 En *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 3, 1985, págs. 74-90.

41 En *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987, págs. 357-380.

42 En *Ratio Iuris*, vol. 2, 1989, págs. 97-104.

43 En *The Tomist*, vol. 55, 1991, págs. 1-27.

44 AA.VV., RUTH CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts: 1997), págs. 215-233 y

lly Political Common Good in Aquinas», (en el que Finnis sostiene la tesis de que Tomás de Aquino habría tenido una concepción liberal— aunque distinta de la sostenida por Dworkin y Rawls— sobre la competencia del derecho y de los gobiernos estatales)⁴⁵; «Public Reason, Abortion and Cloning»⁴⁶ (criticando los argumentos sostenidos por Jeffrey Reiman y John Rawls en torno a la despenalización del aborto como exigencia de razón pública); «Natural Law and the Ethics of the Discourse»⁴⁷ (se trata de una crítica a la ética del discurso habermasiana desde la perspectiva de la teoría ética, social y política de Platón), entre otros.

Con esto, resulta evidente la fructífera carrera académica que ha llevado adelante el profesor de Oxford. No cabe duda de que aun cuando la teoría del derecho natural no goce de aceptación por la mayoría de los filósofos del derecho contemporáneos, no es menos cierto que muchos de sus postulados no han perdido vigencia, y que vuelven a aparecer como posibles respuestas ante los distintos dilemas que integran el actual debate ético y jurídico. La revolucionaria forma en que el autor presenta la teoría del derecho natural obliga al menos, a una reapertura, un cambio de paradigma, hacia lo que la misma ofrece como propuesta.

Por último y para concluir esta introducción a la teoría jurídica del profesor oxoniense, merece la pena destacar como sus ejes fundamentales, ante todo, a la noción de derecho que, en Finnis, es aquel orden normativo que se presenta a la inteligencia, suministrando razones para la acción, concepto este que el autor toma a su vez del iusfilósofo Joseph Raz. Pero estas razones que orientan las acciones humanas no pueden tener cualquier contenido, ni pueden presentarse con carácter meramente instrumental, sino que deben estar informadas por los principios básicos de razonabilidad práctica que orientan dichas

285-289.

45 GEORGE, R. P. (ed.) *Natural law and Moral Enquiry* (Georgetown University Press, Washington D. C: 1998), págs. 174-209

46 En *Valparaíso Law Review*, vol. 32, n° 3, 1998, págs. 361-382.

47 En *Ratio Iuris*, vol. 12, 1999, págs. 354-373.

acciones hacia bienes humanos básicos. Estos principios son los que informan todo el pensamiento práctico coherente, y no tienen carácter moral *strictu sensu* sino pre-moral, por tanto, las normas morales se presentan como especificaciones, derivaciones y consecuencias prácticas aquel primer principio de moralidad según el cual «el bien ha de ser hecho y el mal evitado».

Asimismo, el derecho tiene un significado focal, que es aquel en el cual las reglas y principios que lo integran funcionan como directivas prácticas que deben estar dotadas de inteligibilidad. Esta inteligibilidad intrínseca es la que hace que las razones para la acción que suministra el derecho para actuar en conformidad con las normas que lo integran, sí sean, al fin y al cabo, razones de tipo moral.

Finalmente, es menester aclarar que, si bien el profesor de Oxford distingue conceptualmente entre el derecho y la moral, y no pretende que las leyes injustas no estén dotadas de validez si se las considera en un sentido intrasistemático, parte, sin embargo, del compromiso crítico de su maestro con el positivismo legal de Bentham para superar las tesis positivistas fundamentales y proponer el resurgimiento de una filosofía legal orientada hacia un reconocimiento del derecho ontológicamente conectado con una búsqueda de la justicia y el bien común.

Por tanto, el derecho no es ni puede ser concebido desde una perspectiva estrictamente formal, ni con una referencia exclusiva a hechos sociales, sino que es un fenómeno más complejo, dotado de una dimensión sustancial, ética y axiológica, que trasciende su situación histórica y cultural de la comunidad concreta a la que se aplican sus normas, y que lleva en su génesis ontológica y conceptual, su propia razón de ser, que no puede ser otra que contribuir al perfeccionamiento del individuo y de toda la familia humana.

Conclusión

A través de este recorrido biográfico de la carrera académica de Finnis, permite entender –al menos en una primera aproximación– la razón por la cual, su propuesta iusfilosófica se presenta como una propuesta matizada, enraizada en los principios generales de la teoría clásica del derecho natural, pero procurando rescatar aquellas he-

rramientas conceptuales de la tradición analítica que puedan ser de utilidad para un abordaje acabado del fenómeno jurídico en cuanto a objeto de estudio.

En las líneas que siguen, se intentará analizar con profundidad algunas de las tesis del autor, con sus particulares matizaciones, con especial referencia al problema de la ley injusta, y sus implicancias en relación con dispositivos técnicos o formales como la validez legal o la eficacia. Particularmente, se procurará dilucidar hasta qué punto este aparente eclecticismo que caracteriza al iusfilósofo en estudio, es compatible –o no– con los conceptos fundamentales que devienen en inherentes y definitorios de una coherente Teoría del Derecho Natural.

Capítulo II: El análisis metaético de Finnis

1. Introducción

Luego del recorrido biográfico a lo largo de la carrera académica e intelectual del autor en estudio, efectuado en el capítulo primero, las siguientes páginas se proponen realizar una aproximación, hacia aquellos aspectos de la teoría finnisiana susceptibles de ser calificados como «meta-éticos». El propósito de este análisis es identificar las bases conceptuales sobre las cuales el autor ha cimentado, fundamentado y justificado su posterior construcción teórica acerca del razonamiento práctico-jurídico.

Como es sabido, el autor desarrolla su teoría metaética, en el marco del de la corriente teórica conocida como Nueva Escuela del Derecho Natural, surgida con la pretensión de ser una recuperación de la Teoría Clásica de la Ley Natural. Así, la Nueva Escuela del Derecho Natural, surge con el ambicioso propósito de «recuperar la versión auténtica de Tomás de Aquino de la ley natural, para una reinterpretación de la misma, al entender que ella ha sido deformada por teólogos morales posteriores»¹.

En el caso particular de Finnis, lo propio de su construcción teórica, es el intento de reinterpretación de la teoría moral de la ley natural, proponiendo a la misma como no deducida ni inferida de presupuestos metafísicos. Ciertamente, se trata de una suerte de metaética que –sin prescindir de toda referencia ontológica– se focaliza en el modo en el que el razonamiento práctico se desenvuelve de forma tal que orienta las acciones humanas hacia la búsqueda de bienes conducentes al florecimiento humano.

1 DONADÍO MAGGI DE GANDOLFI, M. Celestina, «Nueva Lectura del concepto del Ley Natural en Tomás de Aquino», en *Prudentia Iuris* N° 70, Ed. UCA, mayo-junio 2011, pp. 15-29.

En las líneas que siguen, se intentará delinear los aspectos fundamentales de la esta propuesta metaética finnisiana. Gran parte del tema se encuentra desarrollado en la obra central del autor en estudio, *Natural Law and Natural Rights*, fundamentalmente en los capítulos III, IV y V. No obstante, y con carácter previo, merece la pena analizar en el texto publicado por el autor en la *Stanford Encyclopedia of Law*, titulado «*Aquinas. Moral, Political and Legal Philosophy*»², cuya primera publicación data de diciembre del 2005, y posterior revisión en septiembre del año 2011. Este texto tiene la particularidad de que en el mismo se detiene a responder algunas objeciones a su interpretación tomista de la ley natural, brindando una serie de precisiones hermenéuticas que ayudan a su mejor comprensión.

2. La índole tomista de la propuesta metaética finnisiana

La crítica más aguda a la interpretación finnisiana de la teoría del Aquinate –de parte del neotomismo contemporáneo– es la supuesta negación de los fundamentos metafísicos de los principios de razón práctica que se propone identificar. Frente a esta crítica, son dos las cuestiones fundamentales a elucidar, a saber: (i) si el fin de la investigación y de la adquisición del conocimiento en el orden práctico es el mismo que en el orden ontológico o de dependencia metafísica, y (ii) si es posible resolver esta cuestión empleando el axioma epistemológico según el cual, las naturalezas dinámicas, se comprenden a partir del análisis de las capacidades, estas se comprenden por sus actuaciones, y las actuaciones por sus objetos o fines.

Se debe tener presente, que John Finnis elabora su teoría del derecho a partir de la interpretación que hace Germain Grisez de la filosofía ética, política y jurídica de Tomás de Aquino. En consecuencia, el texto referido *ut supra*, publicado en la *Stanford Encyclopedia of Law*,

2 Para consultar artículo completo, véase: <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.

se inscribe en el marco del debate y desacuerdo entre aquellos que sostienen la referencia del Aquinate a la razón práctica como «función distintiva» o «peculiarmente humana», (McInerny y O'Callaghan 2005); concepto este que, a su turno, habría sido tomado de Aristóteles; y entre aquellos que, como Finnis, realizan un abordaje de la cuestión desde otra perspectiva.

2. a. El fin del hombre y el origen de la moral

Para McInerny y O'Callaghan –representantes destacados del neotomismo contemporáneo–, se asume la premisa de que si cada arte tiene su propia función característica, y un modo específico de operar, ergo, la vida humana en su totalidad debería tener una función u «*operatio*» general, propia y característica, y en la tarea de determinar esta función, se da forma decisiva a la ética y a la teoría política. En efecto, este argumento depende del postulado de la que «la naturaleza no hace nada en vano», lo que a su vez implica la afirmación de que la naturaleza es producto de la racionalidad creativa divina, premisa esta que, aunque el Aquinate considera demostrable, de ninguna manera es evidente.

Frente a esta interpretación, el profesor oxoniense formula sus objeciones de forma categórica. En líneas generales, considera que «la raíz de la debilidad del argumento de la “función peculiar / distintiva” es que está mirando en la dirección equivocada, hacia una proposición metafísica sobre la naturaleza de las cosas, en lugar de hacia lo que es inteligible como una buena oportunidad, tal vez incluso la oportunidad suprema, para mí, para alguien como yo (un ser humano)»³. Se trata de un axioma metodológico que se encuentra presente en toda la filosofía de Tomás de Aquino, en virtud del cual es posible la comprensión de la naturaleza humana como una realidad dinámica, en la que se impone primero la necesidad de entender las capacidades propias del ser humano, para entender luego sus actividades. Y, a su turno, es

3 FINNIS, J., «Aquinas. Moral, Political and Legal Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Law*, Stanford, última revisión 2011.

menester comprender también el objeto de estas actividades, pero no ya como funciones distintivas o peculiares, sino como oportunidades inteligibles por las cuales se tiene la experiencia de «conocer», de estar vivo y sano, de estar en amistad con los demás, etc. En otras palabras, se trata de objetos cuyo atractivo, oportunidad o conveniencia no depende ni se encuentra subordinada a la proposición de que son distintivamente característicos de los seres humanos respecto del resto de los animales.

Esto se evidencia en el hecho de que hay fines de la naturaleza que no entrañan ninguna capacidad, ni de justificación ni de guía moral *qua* fines. En consecuencia, su doble relevancia práctica está condicionada a su captación intelectual como bienes u «oportunidades inteligibles». De modo que según Finnis –siguiendo a Grisez– lo que primero se captan son los bienes (como objetos de las tendencias) y luego –y a través de los mismos– se llega a la comprensión de las potencias humanas –inclinaciones– que se dirigen a ellos. Y finalmente este proceso conduce a la visión del ser del hombre (o naturaleza).

De esta manera, Finnis toma distancia de aquellos autores que procuran explicar la ética y la filosofía política del Aquinate, en conexión con la teología. En efecto, según esta postura, la filosofía moral al igual que la teología de Aquino se fundaría en la determinación que él mismo efectúa del concepto de «*felicitas*» (*perfecta beatitudo* o *eudamoinia* en Aristóteles), equivalente a visión beatífica. Mientras que Finnis enfatiza, que además de la perfecta *beatitudo* –que solo es alcanzable luego de la muerte–, Aquino también vincula el concepto de *felicitas* a una forma de vida consistente en alcanzar la excelencia humana (*virtuosus*), que no es otra cosa que la vida vivida de forma completamente razonable. Por lo tanto, para Finnis, Aquino no circunscribe el concepto de felicidad solamente en relación con el «fin último del hombre», sino que va más allá, es decir, la felicidad también es alcanzable, aunque no de forma plena, mediante «la buena vida» vivida en comunidad, y así es como ha procurado identificar cuáles son los primeros principios de la ética y de la política, probablemente con más atención de lo que lo hizo Aristóteles.

En otras palabras, la objeción de Finnis a esta postura no se vincula con el método consistente en preguntarse por el fin último del

hombre, sino con el modo de determinar cuál es el fin/bien último relevante, para comprender los primeros principios del razonamiento práctico. A su vez, este fin natural no es individual sino común.

En efecto, señala el profesor de Oxford que, «cuando Aquino hace referencia a *beatitudo* como perspectiva fundamental para la identificación de los primeros principios de la razón práctica y de la ley moral natural (porque es razonable), en la misma frase hace hincapié en que esto no debe ser considerado como la felicidad de la deliberación y actuación del individuo que actúa aisladamente, sino más bien como el florecimiento común de la comunidad»⁴. De ello se infiere que, siendo el fin último de la vida humana, la *felicitas o beatitudo*, la principal preocupación de la ley (incluida la ley natural-moral) debe ser conducir al hombre hacia tal fin. Y puesto que, así como cada parte representa al todo como soporte incompleto que debe ser completado, siendo los seres humanos individuales parte de una comunidad completa, la preocupación apropiada de la ley ha de ser necesariamente dirigir esa comunidad hacia la *felicitas común*, es decir, al bien común (Q ST I-II. 90 a. 2.).

Ahora bien, esta comunidad completa, señala Finnis, «no puede ser otra que la comunidad política con sus leyes, pero esta proposición implícita se refiere también a la comunidad de todas las criaturas racionales a cuyo bien común, la moral (la ley moral) nos dirige»⁵.

En síntesis, todo razonamiento práctico comienza con la captación de ciertos principios que se perciben fines, a la manera de bienes –valiosos en sí mismos– y que, a su turno, conducen al bien último del hombre, la felicidad perfecta. A este último concepto, no se le debe adscribir exclusivamente un carácter metafísico, sino también racional, en el sentido de realización humana (*fulfilment*) dentro de la vida en comunidad.

4 FINNIS, J., «Aquinas. Moral, Political and Legal Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Law*, Stanford, última revisión 2011.

5 *Ibíd.*

2. b. La estructura del razonamiento práctico

Para aclarar esta cuestión el autor parte de la afirmación de que «la razón» o el «razonamiento», en un sentido estricto, constituye aquella extensión de la inteligencia en el trabajo proposicional del razonamiento hacia el juicio, esto es, la capacidad de alguien para la visión inteligente de los datos proporcionados por la experiencia. Pero esta potencia no puede circunscribirse a su aspecto meramente especulativo, sino que también es susceptible de ser extendida al aspecto práctico, el cual tiene lugar cuando el intelecto piensa inteligentemente y formula juicios razonables y verdaderos, no acerca de la naturaleza de las cosas, sino acerca de lo que se debe elegir, hacer, o no hacer.

El concepto de «razón práctica» a veces se refiere (i) directamente a este tipo de pensamiento, a veces (ii) al contenido o la estructura proposicional que este tipo de pensamiento tiene cuando está bien hecho –y por lo tanto– a las proposiciones que identifican qué tipo de acción uno debería juzgar como dignas de persecución, no deseables, correctas, equivocadas, etc., y a veces (iii) a la capacidad de involucrarse en este tipo de pensamiento mediante la comprensión de tales proposiciones y de guiarse por ellos⁶.

Ahora bien, la razón práctica se materializa en dos acciones fundamentales: el reconocimiento de lo bueno o apetecible como fin del obrar (que se produce en un nivel pre-moral); y la deliberación acerca de qué debe hacerse o participar en alguna forma de aquello que se reconoce como bueno (que se produce en un nivel moral). La actividad específica de la razón práctica es la segunda, que consiste en la deliberación acerca de *lo que se debe hacer*, en las situaciones en las cuales el individuo se enfrenta con varias posibilidades alternativas de acción, todas ellas atractivas. En este contexto, se comprende que el uso de la razón práctica se presupone y más aún, se orienta a la posibilidad de elegir libremente.

Finnis recoge, en este sentido, la distinción de Aquino entre actos humanos y actos del hombre. Si bien muchas actividades son libre-

⁶ *Ibíd.*

mente elegidas, «efectivamente hay actos de la persona humana, tal vez bastante frecuentes, que no son “actos humanos” en el sentido central (de libre elección)»⁷, sino que se trata de actividades o acciones de carácter espontáneo, no deliberado. Incluso, muchos actos que se realizan, no están precedidos por un proceso deliberativo inmediatamente anterior, sino que son producto de deliberaciones y elecciones que se hicieron en el pasado, y que no es necesario que se reiteren ante la ausencia de opciones alternativas más atractivas.

La concepción de libre elección del Aquinate es mucho más amplia que la de Aristóteles, puesto que, en esta última, las elecciones solo son libres en la medida en que quien elige no se encuentre sujeto a factores determinantes externos. Asimismo, la concepción tomista es también incompatible con las nociones modernas de determinismo, y con la supuesta compatibilidad de responsabilidad humana con la determinación de cada evento por las leyes de la naturaleza. Tomás concibe la libertad, en términos de posibilidad de deliberación, elección y acción, como una realidad primaria y metafísica, conceptualmente irreductible, a diferencia de lo que ocurre con las leyes de la física, y es en este contexto donde él desarrolla todas sus reflexiones sobre la moral y la razón práctica bajo el título «*El dominio sobre los actos propios*» (*STh* I-II, prólogo). También insiste, señala Finnis, en que si «no existiera libertad y autodeterminación, no puede haber responsabilidad (culpa, mérito, etc.), ni tampoco tiene sentido o contenido “el deber” (la normatividad) tales como aquellos de los que se ocupa la ética»⁸.

Asimismo, no se puede ignorar el papel fundamental que juega la intención en el proceso deliberativo. Este se inserta dentro de una teoría absolutamente original del acto humano, según la cual, la acción libre brota de una articulación entre actos parciales de la inteligencia y de la voluntad. En efecto, esta se refiere a los fines, mientras que la elección apunta a los medios. Ahora bien, lo cierto es que estos mismos medios son también analizables como fin, esto es, como objeto de una intención en relación con otras elecciones anteriores.

7 *Ibíd.*

8 *Ibíd.*

Este esquema de análisis de la acción podría pues conducir a un regreso al infinito, lo cual es tanto como tornarla inútil. Frente a esta dificultad, responde Finnis que un acto o una acción «es paradigmáticamente lo que se pretende que sea, es decir, su descripción moral primaria –antes de cualquier valoración o predicado moral– es la descripción que tenía en la deliberación a través de la cual se ha formado la propuesta de actuar de ese modo»⁹. Aquino postula que los actos se especifican por su objeto, por tanto, el término objeto tiene aquí el significado focal de fin próximo tal como lo ha previsto la persona deliberante y actuante.

De este modo, Finnis se aparta de aquella corriente hermenéutica que interpreta este postulado de Tomás identificando el término «objeto» con la materia física del acto, y determinando la licitud o ilicitud moral de un acto en razón de estas características físicas y de su estructura causal. Según esta interpretación, la materia u objeto del homicidio sería el despliegue de movimientos físicos que producen/causan la muerte de una persona inocente. El acto se definiría, en fin, como aquella conducta causal inmediata en virtud de la cual se produce el efecto de producir la muerte.

Según el profesor australiano, esta interpretación es incompatible con las posiciones fundamentales y consistentes de Aquino sobre la acción humana, para quien la materia del acto moralmente significativo es «su objeto inmediato, bajo la descripción que tiene en la deliberación de alguien. Es, en otras palabras, no un elemento de conducta considerado en su materialidad observable sino más bien, la conducta de alguien en cuanto funciona como objetivo»¹⁰, o, como lo denomina Finnis, como razón para la acción.

Sin embargo, resulta necesario observar que esta explicación no se ocupa de aquellos supuestos en los cuales, la descripción del objetivo de la conducta (razón para la acción) se encuentran distorsionadas en la intención del agente actuante. Ello sucede cuando en el proceso deliberativo, la opción elegida no se presentaba efectivamente como

9 *Ibíd.*

10 *Ibíd.*

la más atractiva para el sujeto, sino que intervinieron otros factores que se erigieron en razón para la acción, como es el caso de muerte del ofensor por ejercicio de la legítima defensa.

Por tanto, los primeros principios de la razón práctica son anteriores a las normas morales. Son más concretamente los que indican lo que no es moralmente necesario u obligatorio, sino lo que es racional apetecer. Como tales, proporcionan las bases o fuentes para el establecimiento de normas éticas, y constituyen las bases para juzgar las acciones en cuanto elegibles, o deseables y –más ampliamente– para guiar la autodeterminación de los agentes actuantes. En este sentido se distinguen de otros estándares de carácter práctico, racional o normativo como las normas técnicas propias de cada arte u oficio u otros sistemas de dominio de la materia.

Señala Finnis, en este orden de ideas, que el Aquinate trata la diferencia significativa entre normas éticas y las normas técnicas alrededor de tres características centrales: (i) el primero es el pensamiento moral, cuya preocupación central consiste en poner orden en la propia voluntad, el carácter y la acción, (ii) los efectos de las decisiones libres moralmente significativas (buenas o malas), en primera instancia tienen carácter intransitivo, es decir, solo se proyectan sobre la voluntad y el carácter del sujeto actuante, solo secundariamente pueden proyectarse fuera de él, y (iii) mientras que las artes y la técnica tiene un objetivo (fin) específico y limitado, que se puede lograr mediante el despliegue hábil de la una actividad o destreza concreta, el pensamiento moral tiene un punto de vista (compartido), u horizonte ilimitado y común, que es el de la vida humana en su conjunto [*finis communis totius humanae vitae*] (q ST I-II. 21 a. 2 ad 2), para cada una de las propias decisiones moralmente significativas.

2. c. El razonamiento moral como dimensión del razonamiento práctico

Bajo el título de «*At the origin of Ought*» Finnis comienza el análisis de la explicación tomista sobre el surgimiento del deber moral. En efecto, el punto de partida del argumento es que la razón práctica, según Tomás, tiene por un lado un primer principio de carácter ab-

soluta y, por otro, varios principios igualmente verdaderos. Este primer principio de carácter formal, es considerado el marco dentro del cual surge la normatividad de los primeros principios sustantivos no directivos y de los principios morales que son deducibles de ellos. Este primer principio de carácter absoluto es enunciado con la siguiente fórmula: «El bien debe perseguirse y el mal evitarse».

Cabe recordar que, en este punto, Finnis sigue la postura hermenéutica que Germain Grisez desarrolló ampliamente en el artículo titulado «*The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae I-II, Question 94, Article 2*»¹¹. Según esta interpretación, este primer principio práctico no constituye un imperativo ni un principio moral, y ello es así porque «tanto la gramática como el contenido proposicional del gerundio “es-ser” no es imperativo ni predictivo, sino racionalmente directivo –un deber– en la forma más desarrollada del término, en su sentido y normatividad central, en el más especificado *deber* de carácter moral»¹².

En este sentido, Aquino explicaba que, así como el principio de no contradicción –que es el principio que da forma a todo el pensamiento racional– tiene su origen en la estructura de la realidad, es decir, en la verdadera oposición entre el ser y el no ser, de igual modo, el primer principio práctico tiene su origen en la conveniencia real de bienes inteligibles, como también la auténtica inconveniencia de lo que no es bueno.

Ahora bien, cada uno de estos primeros principios sustantivos que la razón práctica recoge y dirige hacia los distintos bienes inteligibles –a los cuales Finnis denomina «valores» básicos– aún no tienen naturaleza moral. Si bien, el Aquinate no empleó esta terminología, no obstante, distinguió a los primeros principios prácticos «*per se notum*», es decir, que se conocen en sí mismos, lo que equivale a decir que son

11 GRIZEZ, Germain, «The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question 94, Article 2», en *Natural Law Forum*, vol. 10, 1965, pp. 168-196.

12 FINNIS, J., «Aquinas. Moral, Political and Legal Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Law*, Stanford, última revisión 2011.

evidentes; y, como tales, «*primum*» e «*indemonstrabile*», esto es, no deducidos. Cabe aclarar, que este carácter no deducido de los primeros principios prácticos no implica que sean «intuidos», sino que los mismos son cognoscibles por el intelecto a través de datos de la experiencia. Aun así, o quizás precisamente, por la condición de la experiencia práctica, esta autoevidencia es de carácter relativo, puesto que lo que es evidente para algunos, no lo será para otros que tengan una menor experiencia y comprensión de la totalidad de los aspectos involucrados en la cuestión.

Habiendo llegado a esta instancia de su argumentación, el autor sienta el principio de que «el deber no puede inferirse a partir del ser» apartándose así de aquellas corrientes tomistas contemporáneos que sostienen que la ética de Tomás supone esa deducción, con lo cual también puede hacer frente a la clásica acusación que se le ha hecho a las teorías de derecho natural, de incurrir en la denominada falacia naturalista, en virtud de la cual se pretende el paso de un enunciado descriptivo (vgr, «x» es natural) a un enunciado prescriptivo o normativo (vgr. Entonces «x» es justo). El carácter práctico de los primeros principios de la razón práctica, refutan esta inferencia.

3. El ejemplo del bien del conocimiento

En el capítulo III de *NLNR*, el profesor australiano comienza el tratamiento del tema vinculado a los bienes humanos básicos, tomando como ejemplo el bien del conocimiento. Pero antes de proceder a su análisis, hace la salvedad de que se está frente a un estado de la argumentación que no presupone ningún juicio moral, sino que se analiza aquellos actos de comprensión práctica a través de los cuales se produce la captación de valores básicos de la existencia humana, y los correlativos principios que guían todo el razonamiento práctico.

De este modo, luego de definir o conceptualizar lo que él llama «valor básico» o «principio práctico básico», el autor procura ilustrar como «estos valores y principios» se constituyen o devienen en razones últimas para la acción, de donde se infiere su carácter obvio o auto-evidente, en tanto que los mismos guían el razonamiento práctico tanto en las acciones moralmente buenas como en las inmorales.

Ahora bien, la comprensión cabal y acabada de la tesis finnisiense de la razón práctica precisa una serie de clarificaciones conceptuales. Como se expuso en el apartado anterior, el texto en análisis, comienza formulando la previa aclaración de que los bienes humanos no constituyen juicios morales en tanto juicios de valor sobre conductas, sino que se indaga sobre el sustrato valorativo de los mismos. Por esta razón, el autor considera necesario efectuar un esquema conceptual sobre el cual se erige la noción de bien humano y, con ese propósito, emprende un recorrido sobre todos aquellos «actos de la comprensión práctica en los que captamos los valores básicos de la existencia humana»¹³. Ello conduce a la necesaria distinción teórica entre «valor básico» y «principio práctico básico». A simple vista, pareciera que ambos conceptos comparten una característica en común, a saber: ambos se integran en el proceso en virtud del cual, se consideran como buenas, ciertas razones para actuar de una determinada manera. En el caso del valor básico, se le añade la característica específica de ser –en términos del autor– «autoevidente», como equivalente a objetivo, «obvio o incuestionable»¹⁴. Ambos conceptos se relacionan e interactúan en el proceso deliberativo práctico y están presentes en cualquier descripción integral del comportamiento humano.

Todo proceso deliberativo práctico, se desencadena con una inclinación. En el caso del conocimiento, Finnis utiliza el término «curiosidad», para designar la inclinación o impulso inicial a partir de la cual, el agente se encamina hacia la obtención de aquello que percibe como un bien (aquello que desea saber, aquel dato que desea obtener). En este sentido, señala Finnis que «tan pronto como uno lo advierte, mediante tan solo un esfuerzo de reflexión, se hace claro que el conocimiento es una cosa buena, que vale la pena obtener por sí misma (no solo por su utilidad), más allá de las materias específicas que hasta ahora han despertado nuestra curiosidad»¹⁵.

13 FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights* (en adelante NLNR), Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 59-75.

14 NLNR, p. 59.

15 NLNR, p. 61.

El reconocimiento del valor como algo que es apetecible en sí mismo, o digno de alcanzar o poseer, se puede formular de distintas maneras: «Sería bueno saber tal cosa, o estar informado sobre un asunto determinado...». Estas constituyen formulaciones de un principio práctico, en cuanto motor inicial de un proceso de reflexión (deliberativo), que culminará en una acción. Así, la comprensión del valor (lo deseable en sí), se erige en punto de partida «para razonar sobre qué hacer –en palabras de Finnis– y de este modo, constituye un principio de razonabilidad práctica»¹⁶.

El bien básico del conocimiento, con el que el profesor australiano comienza su argumentación, se refiere al «conocimiento especulativo», que no es aquel que corresponde a la clásica distinción aristotélica entre conocimiento teórico y práctico, sino el que se busca como fin en sí mismo, en tanto que el mismo contribuye al crecimiento personal de aquel que lo posee. También se debe distinguir conceptualmente de la creencia, en el sentido de que el término «conocimiento» hace referencia al estado en que se alcanza la verdad buscada (*achievement*), mientras que la creencia es una convicción que puede o no haber sido fruto de una previa búsqueda, y que es susceptible de ser verdadera o falsa. En este orden de ideas, señala Finnis que «la verdad no es una misteriosa entidad abstracta; queremos la verdad cuando queremos que los juicios en que afirmamos o negamos proposiciones sean juicios verdaderos, o (lo que viene a ser lo mismo) queremos que las proposiciones afirmadas o negadas, o que han de ser afirmadas o negadas, sean proposiciones verdaderas»¹⁷.

Desde esta perspectiva, el término conocimiento designa en primer lugar, en la explicación del autor, el apetito, deseo o inclinación de averiguar, de tomar contacto con un dato de la realidad al solo efecto de saberlo. En este caso, la curiosidad es el modo de manifestación de la inclinación, no la inclinación misma. En esta instancia del razonamiento, la ignorancia o confusión se percibe como claramente negativa, esto es, se presenta como un estado que el agente que reflexiona y busca saber, rechaza.

16 NLNR., p. 63.

17 FINNIS, J., NLNR, op. cit. 60-61.

4. Cómo debe entenderse la noción de «bien»

Como ya se había adelantado, Finnis también realiza una distinción entre «bien» en cuanto objetivo o meta que se considera como deseable y «bien» como una forma general de la que se puede participar o realizar de manera indefinida en un número también indefinido de situaciones. Para esta última acepción el autor se reserva el vocablo «valor». «El término “bien” designa un objeto determinado de un deseo, elección o acción de una persona determinada (...) y de este modo es (o se lo considera) una cosa buena»¹⁸. Aristóteles afirmaba que «el bien es lo que todas las cosas desean»¹⁹. Al comentar esta afirmación, Tomás de Aquino explica que el Estagirita no está afirmando que exista una única cosa buena hacia la que todo tiende; más bien se está refiriendo a la concepción general del bien (*bonum comuniter sumptum*).

Desear o apetecer expresa aquí una tendencia que bien puede ser inconsciente, o bien, consciente o volitivo dependiendo de la naturaleza del sujeto de esa tendencia. Los objetos son deseados (apetecidos) en cuanto deseables (apetecibles), y son aprehendidos como deseables (apetecibles) en cuanto hacen a la plenitud de la persona. Esta idea se encuentra implícita en la ética aristotélica, y se explicita en los comentarios de Tomás de Aquino, en virtud de los cuales, la bondad de algo consiste en su ser deseable (*appetibile*); (...) Ahora bien, el ser deseable es consecuencia de la perfección (o realización) puesto que las cosas siempre desean su propia perfección (...) El término «bien» expresa la idea de perfección deseable [*bonum dicit rationem perfecti quod est appetibile*]²⁰.

Por tanto, el conocimiento al que se refiere el iusfilósofo en estudio es aquel que se considera como un *bien intrínseco*, algo apetecible por sí mismo y no meramente como medio o instrumento para la consecución de un objetivo determinado, como puede ser el caso de la búsqueda

18 *Ibíd.* p 61.

19 ARISTÓTELES, *Tópicos III*, 1: 116a 19-20, *Retórica I*, 6: 1362a 23; *Ética a Nicómaco I*, 1: 1094a 3.

20 TOMÁS DE AQUINO, *STh.* I, q. 5, a. 1c y ad 1. También véase *STh.* I, q. 5, a. 3c; q. 48, a. 1c; q. 6, a. 3c.

da de conocimiento para impresionar a un auditorio, o para confirmar una creencia previa, tal como ejemplifica el autor. Decir que el conocimiento es un valor básico implica la afirmación de que, por esa misma razón, todos los actos, actividades o esfuerzos que lo integran y que se encuentran implicados en su búsqueda adquieren carácter inteligible.

Expresiones tales como «la ignorancia debe ser evitada» o «el conocimiento es algo bueno que vale la pena poseer», constituyen según Finnis, formulaciones de un principio práctico, en el sentido en que se erigen en puntos de partida del razonamiento y obrar humano. Es un principio de razonabilidad práctica.

El ejemplo con que el autor ilustra el proceso que se inicia con el principio práctico es el siguiente: «(i) sería bueno averiguar la verdad sobre los supuesto principios de la ley natural; (ii) es probable que la lectura crítica de este libro me ayude a averiguar sobre estas materias; (iii) luego, a pesar de lo aburrido que es, lo leeré por completo y reflexionaré sobre sus argumentos»²¹. Así, el proceso que se realiza es el siguiente: en la primera premisa se formula el deseo que funciona como principio práctico, pero este deseo no es equivalente a un impulso, sino que transforma su objeto (que en el ejemplo citado es el estudio de la ley natural) a una forma inteligible, en la medida en que «ese conocimiento» se le presenta al sujeto como un bien en el que quiere participar. En la segunda premisa, aparece el juicio que el sujeto que reflexiona realiza sobre la necesidad o conveniencia de adquirir ese saber, y finalmente, en la tercera premisa aparece la determinación del sujeto de actuar en el sentido en que se produzca la adquisición del bien en cuestión.

En este sentido, Finnis señala que «los primeros principios básicos (...) no desempeñan el mismo papel que las reglas, en el razonamiento práctico, o en la explicación y descripción del obrar inteligente. Un principio práctico básico sirve para orientar nuestro razonamiento práctico, y puede concretarse (más que aplicarse) en un gran número indefinido de premisas y principios prácticos más específicos. Más que restringir, sugiere nuevos horizontes para la actividad humana»²².

21 *Ibid.*, p 63.

22 *Ibid.*, p 63.

4. a. La evidencia de los primeros principios prácticos

Conviene destacar dos caracteres que son propios de los primeros principios prácticos: su carácter no deducido y su carácter evidente. Respecto del primero de ellos, este surge del hecho de que no aparece formulado de modo expreso en ninguna premisa, sino que está implícito en el razonamiento del agente. Es decir, por lo general, el proceso no va precedido de una proposición que se formule del siguiente modo: «Todo conocimiento de la realidad es algo valioso que debe ser perseguido» o «la verdad es un valor que merece ser buscado». Por el contrario: las estructuras de razonamiento práctico comienzan como el ejemplo citado en el apartado anterior, formulando una proposición o premisa en la que se exprese el deseo o apetencia de adquirir o aprehender algún dato de la realidad.

Por otro lado, es menester reconocer que los que principios prácticos tienen carácter evidente (*per se notum*) lo que equivale a afirmar que no requieren el despliegue de una actividad tendiente a su demostración. No obstante, esto no quiere decir que el bien del conocimiento sea, de hecho, susceptible de un reconocimiento general, ni que tenga carácter innato. Por el contrario, supone un esfuerzo que trascienda el impulso de la mera curiosidad hacia la captación intelectual del mismo como valor. Dicho de otro modo, no se produce la deducción de ningún otro principio o valor, sino su aprehensión a partir de una reflexión sobre acciones concretas de participación en el valor básico en cuestión. A su vez, Finnis deja claro que el valor tampoco puede ser deducido o inferido de un hecho o conjunto de hechos, como ocurre con la mera circunstancia de experimentar curiosidad, o deseos de conocer. El autor dice que ni siquiera se puede apelar a la universalidad del deseo para inferir su carácter bueno u objetivo.

Entonces, ¿a qué se refiere el autor cuando apela a la evidencia? Continuando con el análisis del caso del bien humano del conocimiento, Finnis señala que decir «que el conocimiento debe ser un valor real porque los hombres inteligentes o grandes hombres o los hombres maduros lo han considerado un valor y un aspecto de su propia realización, no es hacer lo que podría llamarse una inferencia. Porque nuestra estimación de una persona como plenamente realizada, ma-

dura, grande, o, inteligente en el aspecto relevante, solo se hace posible gracias a nuestra propia comprensión no derivada de que lo que esa persona es y hace es realmente bueno»²³.

Por tanto, afirmar que un principio es evidente no implica (a) que sea formulado reflexiva ni explícitamente por quienes son guiados por él, ni tampoco que (b), cuando es formulado así por alguien, su formulación será invariablemente considerada precisa o aceptablemente refinada y suficientemente apta, ni tampoco (c) que se llegue a él, aunque solo sea implícitamente, sin experiencia del campo al cual se refiere²⁴.

Para reforzar su argumento, el iusfilosofo en estudio sugiere además la conveniencia de analizar analógicamente los principios generales de racionalidad teórica tales como las formas de inferencia deductivas propias de la lógica formal, o de la necesidad de razones para fundamentar afirmaciones, o de la exclusión de tesis contradictorias, la preferencia de descripciones completas en relación con las parciales, etc. «tales principios de racionalidad teórica no son demostrables, pues se presuponen o despliegan en cualquier cosa que aceptaríamos como demostración (...) Son objetivos; su validez no es materia de convención, ni es relativa a los propósitos individuales de nadie (...) Bajo todos estos aspectos, los principios de racionalidad teórica son evidentes. Y es bajo estos aspectos que sostenemos que es evidente el principio *práctico* básico de que el conocimiento es un bien que ha de buscarse»²⁵.

Asimismo, afirmar que un principio práctico tiene carácter no derivado implica que ni su inteligibilidad ni su fuerza vinculante se fundan en un principio ulterior. Pero también el autor también previene contra un error –en el que de hecho incurren con mucha frecuencia los filósofos– que es el de confundir la falta de derivación de un principio con la falta de objetividad o justificación.

Tampoco se debe confundir el bien con el deseo de obtención de ese bien, puesto que lo que le asigna el carácter de bien no es su de-

23 NLNR, op. cit. p. 67.

24 *Ibid.*, p. 68.

25 *Ibid.*, p. 69.

seabilidad por una mayoría, sino su valor intrínseco. En el ejemplo del bien del conocimiento, este puede no ser objeto de deseo por algunas personas, pero nadie está en condiciones de negar que este adquirir conocimiento o sabiduría es algo *intrínsecamente* valioso, aun cuando lo que movilice al sujeto a la búsqueda de ese bien constituya un auténtico deseo. De esta manera, Finnis critica aquellas posturas que consideran que nuestros juicios de valor no son más que expresiones de sentimientos y deseos, y que son los sujetos de esos sentimientos y deseos los que proyectan y objetivan los mismos sobre esos objetos y les adscriben cualidades como bondad, valor, deseabilidad, etc. Lo propio del escepticismo es sembrar la duda filosófica, cuestionando la objetividad sobre toda materia que se considere en sí misma relevante. Pero en el caso de los principios y valores básicos, los escépticos incurren en lo que el autor denomina «inconsistencia performativa», en el sentido en que sus argumentos se refutan a sí mismos, lo que, por otra parte, no implica afirmación de que un valor o bien básico sea evidente.

La inconsistencia performativa es aquella que tiene lugar cuando lo que se afirma en un enunciado se contradice con los hechos que se dan «en y por el acto de enunciarlo», de donde surge su carácter falaz. En el caso del bien del conocimiento, toda afirmación escéptica de que el mismo no constituye un bien, como así también toda negación de su validez, se autorrefuta operacionalmente. Ciertamente «quien hace una afirmación de esta naturaleza –escribe el autor– entendiéndola como una contribución sería a la discusión racional, se encuentra implícitamente comprometido con la proposición de que él cree que vale la pena hacer su afirmación, y que vale la pena hacerla *qua* verdadera; está de este modo comprometido con la proposición de él cree que la verdad es un bien que vale la pena buscar»²⁶. Así se demuestra que la contradicción entre los enunciados es manifiesta, toda vez que la premisa con la que se origina el argumento es que la verdad no constituye un valor o bien objetivo que vale la pena buscar.

26 NLNR, p.74.

4. b. Los otros bienes humanos básicos

Como se vio en el apartado anterior, Finnis analiza específicamente el bien humano del conocimiento, no por ser el más importante sino porque en él se encuentran disponibles todos los elementos para efectuar dicho análisis de modo más acabado posible.

Al tratar la cuestión sobre los restantes bienes humanos, el autor advierte que la dificultad de su investigación proviene de múltiples razones tales como el hecho de que se efectúen reducciones arbitrarias de los distintos valores a uno solo o a unos pocos, o bien, que los listados de valores ofrecidos por los investigadores se realicen según criterios y tendencias que cambian o se diluyen.

Asimismo, hay que tener en cuenta que es necesario distinguir entre «el hecho bruto del impulso (instinto, inclinación o tendencia) y las formas de bien que alguien que posee tales impulsos puede pensar que vale la pena buscar y realizar»²⁷, sobre la base de la percepción del bien que constituye el objeto de esa búsqueda o realización. Tampoco se pueden ignorar las condiciones materiales necesarias que afectan o facilitan la búsqueda de un valor, o el valor en sí mismo. Y por último, al enumerar los valores básicos en los que los seres humanos pueden participar, es necesario distinguir también entre los fines u objetivos generales y los medios disponibles para la obtención de esos fines, los cuales dependerán, a su turno, de las condiciones materiales «necesarias para, o que afectan, la búsqueda del valor y el valor mismo»²⁸, con lo cual se referencia al conjunto de factores y/o circunstancias, tanto de índole endógeno como exógeno, que influyen y condiciones la percepción, búsqueda y participación en el valor en cuestión. Continuando con el ejemplo del bien del conocimiento, Finnis explica que el cerebro sano y la inteligencia son condiciones materiales necesarias para la búsqueda comprensión de la verdad.

Por otra parte, la mayor parte de los estudiosos de las ciencias humanas contemporáneas sugieren que el hecho ineludible del pluralismo

27 *NLNR*, p. 82.

28 *Ibid.*, p. 82.

cultural dificulta o imposibilita delinear un criterio objetivo que permita la identificación o reconocimiento de valores de carácter evidente y universal. El profesor de Oxford considera que la asunción de esta postura es injustificada. En efecto, es posible observar como fenómeno constante el hecho de que «todas las sociedades humanas muestran una preocupación por el valor de la vida humana; en todas, la propia conservación es generalmente aceptada como un motivo adecuado para la acción y en ninguna se permite matar a otros seres humanos sin una justificación bien definida»²⁹. En todas las comunidades humanas se puede apreciar también la valoración de la procreación en un sentido positivo, así como la necesidad de evitar perversiones de tipo sexual. Es un factor constante también, la valoración en términos positivos de una sociedad instruida y sus ventajas frente a la que no lo es; la necesidad de un adecuado proceso de socialización que permita el óptimo desenvolvimiento de las potencialidades humanas (tanto individuales como sociales); el fenómeno siempre perenne de la apertura a la trascendencia que se descubre en las distintas manifestaciones de religiosidad presentes en toda sociedad y en todos los tiempos.

Se trata de factores objetivos cuyo carácter permanente y universal no puede ser puesta en tela de juicio en ninguna discusión que se precie de ser racional, y que son evidentemente reveladores de la naturaleza humana, puesto que se mantienen constantes pese a las circunstancias geográficas, históricas y culturales. Sobre el punto Finnis señala:

La universalidad de unos pocos valores básicos en una vasta diversidad de realizaciones enfatiza *tanto* la conexión entre un impulso/inclinación/tendencia/instinto básico humano y la correspondiente forma básica de bien humano, *como* al mismo tiempo, la gran diferencia entre seguir un impulso y buscar inteligentemente una realización particular de una forma de bien humano que nunca se realiza completamente ni se agota con una acción, o con una vida entera, o con una institución o cultura...³⁰.

29 NLNR, op. cit., p 83.

30 NLNR., op. cit., p 84.

Cabe aclarar que, en este punto, el autor previene de confundir este análisis con uno de carácter moral. No se trata de establecer reglas de tipo ético o moral, ni tampoco los bienes humanos básicos tienen esta naturaleza, sino que Finnis sitúa a los mismos en un estadio anterior al proceso de elaboración de juicios éticos como modalidades de los juicios prácticos. Es por esta razón que él prefiere hablar de bienes humanos de carácter pre-moral, cuya búsqueda o persecución –como se expuso con anterioridad– pueden estar presentes en el proceso deliberativo previo a una acción tanto moralmente buena como en una acción inmoral.

Hecha esta salvedad, el autor procede a efectuar una reflexión práctica de las distintas formas básicas de bien, que son las que a su turno permiten comprender el sentido de las acciones, estilos de vida, caracteres y culturas.

La vida: el valor intrínseco del bien de la vida se evidencia en el impulso correspondiente de todo ser humano hacia su propia conservación. Pero este no se agota acá, sino que es comprensivo «de cada uno de los aspectos que hacen que el ser humano esté en buenas condiciones para su autodeterminación. Por lo tanto, la vida incluye aquí la salud corporal (incluida la cerebral) y la ausencia de dolor que presagia daño o mal funcionamiento del organismo»³¹. En este sentido, señala Roger Crisp que «el modo de expresarse que Finnis utiliza aquí, sugiere en sí mismo que lo que él entiende por vida no es algo en sí mismo valorable, sino una serie de condiciones necesarias para perseguir genuinamente bienes no instrumentales, tales como la autodeterminación»³².

El juego: en esta categoría el autor hace referencia a aquel aspecto del desarrollo humano consistente en la búsqueda de actividades que conllevan a la realización del sujeto que las desarrolla (*performances*), en el sentido en que no son buscadas como medio para alcanzar un fin, sino por el disfrute que produce la actividad en sí misma. Esta

31 NLNR, op. cit., p. 86.

32 CRISP, R., «Finnis on Well-being», en *The Philosophy of John Finnis*. Edited by John Keown and Robert P. George, Oxford University Press, 2013, pp. 24-36.

puede tener carácter individual o social, puede ser intelectual o física, ser estructurada o informal, pero siempre tiene un valor en sí misma. Concretamente, lo propio del juego es la búsqueda del disfrute que proporciona poner en acción una capacidad.

La experiencia estética: en este caso, el disfrute que genera este tipo de bien puede no depender de una actividad como en el caso del juego. Finnis señala que, en el caso de este bien, lo que se busca o valora por sí mismo «puede ser simplemente la forma bella “fuera de” uno y la experiencia interna de la apreciación de su belleza»³³, o bien, «cuando la experiencia que se valora se encuentra en la creación y/o en la apreciación activa de alguna obra significativa y agradable»³⁴.

Sociabilidad: según el profesor oxoniense, este bien tiene distintos grados de desarrollo. El mismo puede desarrollarse en su mínima expresión que se caracterizaría por haber alcanzado un grado mínimo de paz que permita la simple convivencia armónica entre los miembros de una comunidad, o bien, alcanzar grados más elevados de amistad plena con los demás hombres. En este contexto, conviene distinguir la simple colaboración que tiene un carácter instrumental al servicio de la realización de intereses de cada uno de los colaboradores, de la auténtica amistad que supone la búsqueda del bienestar del amigo, de su propia realización. Crisp advierte que en la concepción de Finnis, «la amistad (...) envuelve una motivación o egoísta. Un amigo actuará en beneficio del bienestar de otros, y valora el bienestar del otro, por el propio beneficio de los otros»³⁵. En la nota al comentario agrega Crisp que «Finnis sugiere también que un amigo tratará el bienestar de los otros como un aspecto de su propio bienestar. De nuevo, el no necesita ser leído sugiriendo que el bienestar de otro deba convertirse en el propio. Más bien, su punto es que un amigo juzgará cuán bien está yendo su vida en cuando esté yendo bien la vida de su amigo. El bienestar individual puede afectar el de otros sin convertirse, en algún sentido misterioso, en parte de ese bienestar»³⁶.

33 NLNR, op. cit., pp. 87-88.

34 Ibid., p 88.

35 CRISP, R., «Finnis on Well-being», en *The Philosophy of John Finnis*, op. cit., pp. 24-36.

36 Ibid., p. 31.

La razonabilidad práctica: el autor conceptualiza este bien como aquel en virtud del cual se «es capaz de hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente (...) a los problemas de elegir acciones y el estilo de vida de cada uno y de formar el propio carácter»³⁷. En efecto, utilizando palabras del mismo Finnis, «se trata de introducir en la propia vida un orden inteligente y razonable en las propias acciones y hábitos y actitudes prácticas»³⁸. Este bien consta de un aspecto interno, por el cual el individuo procura dirigir sus emociones y disposiciones internas hacia la paz interior; y un aspecto externo, que se evidencia en acciones exteriores en la medida en que estas gocen de autenticidad por tener aptitud suficiente para influir en estados de cosas y relaciones entre personas, y siempre que estas acciones sean producto de autodeterminaciones ordenadas libremente. Este bien es objeto de un tratamiento separado y específico por parte del autor, por lo que más adelante se volverá sobre el mismo.

La religión: esta dimensión del bien no debe ser tomada con referencia a alguna doctrina o credo en particular, pese a que es de público conocimiento que el autor profesa la religión católica. A este respecto, es posible caer en el error de pensar (y de hecho ha ocurrido) que la intención de Finnis al incluir este bien dentro de los bienes básicos es generar un efecto persuasivo a favor de este credo. No obstante, conviene hacer la aclaración de que, en este contexto, «religión» se refiere meramente a una apertura hacia la contemplación de las últimas cuestiones sobre la vida»³⁹. No se puede dudar el hecho de que es parte de la constitución antropológica del ser humano su apertura a la transcendencia. Desde sus manifestaciones más rústicas y primitivas hasta las más estructuradas y solemnes, el hecho religioso es un fenómeno que acompaña a la misma historia humana. No obstante, el autor afirma que «más importante para nosotros que la omnipresencia de las manifestaciones de preocupaciones religiosas, en todas las culturas humanas, es la pregunta: ¿no equivale el propio sentido de

37 NLNR, op. cit., p. 88.

38 NLNR, op. cit., p. 88.

39 COYLE, S., *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*. Oxford and Portland, Oregon, 2014, pp. 162-193.

“responsabilidad”, al elegir qué ha de hacer o no hacer uno mismo, a una preocupación que no es reductible a la preocupación por vivir, jugar, procrear relacionarse con otros y ser inteligente?»⁴⁰. Finnis señala que incluso filósofos como Sartre que parten del postulado de que Dios no existe, y que lo único que se puede predicar de la existencia es su absurdidad total, su falta absoluta de sentido, no deja de reconocer, no obstante, su responsabilidad al elegir qué hacer, toda vez que ella es necesaria para garantizar la libertad de otras personas de la misma manera que la suya propia⁴¹. «¿Y no es este (no importa cuán residual sea) un reconocimiento de y una preocupación por un orden de cosas “más allá” de todos y cada uno de los hombres?»⁴².

Finalmente, es menester destacar que, en el proceso de autodeterminación y autorrealización humanos, los bienes humanos descritos no constituyen un listado exhaustivo. No es posible –según el profesor oxoniense– establecer un orden de prelación entre ellos, sino que todos tienen carácter inconmensurable, puesto que cada uno es una forma evidente de bien, y ninguno de ellos puede reducirse a mero aspecto de los otros, o adscribirse una función instrumental en relación con los otros. La falta de prelación o jerarquía objetiva entre los distintos bienes humanos se revela en el hecho de que cada uno de ellos «puede razonablemente ser considerado el más importante»⁴³.

Por último, resta analizar con mayor amplitud el bien humano básico que el autor en estudio denomina razonabilidad práctica, el cual, como ya se mencionó *ut supra*, se refiere a aquella aptitud para desarrollar los propios procesos de deliberación y acción con orden y coherencia, o, dicho de otro modo, respondiendo a un propósito inteligente. A este valor, Finnis dedica un capítulo aparte en *Natural Law and Natural Rights* bajo el título de «Requerimientos básicos de la razonabilidad práctica»⁴⁴, que serán objeto de especial análisis en el siguiente apartado.

40 NLNR, op. cit., p. 90.

41 SARTRE, J. P., *L'Existentialisme est un humanisme*. París, 1946, pp. 36, 83-4.

42 NLNR, op. cit., p. 90.

43 NLNR, p. 92.

44 NLNR, pp. 100-133.

5. Exigencias básicas de la razonabilidad práctica

Como se expuso con anterioridad, el profesor australiano ha desarrollado su teoría sobre los bienes humanos básicos enfatizando insistentemente que los mismos no son de naturaleza moral sino pre-moral, y no adquieren carácter moral mientras no sean aplicados a proyectos, disposiciones y acciones. La razonabilidad práctica es la que se ocupa de cómo han de aplicarse esos bienes humanos a los problemas de deliberación y selección de opciones y acciones concretas. Para analizar este valor, el autor parte de la ética aristotélica, en virtud de la cual, los postulados y reglas éticas solo son susceptibles de ser aprehendidas y formuladas por el hombre que es prudente y moralmente bueno (el *phronimos* o *spoudaios*), pero toma distancia de la misma por considerar que si bien, desde una perspectiva teórica tales afirmaciones difícilmente puedan ser negadas, desde una perspectiva práctica, no son suficientes para dar una explicación acabada sobre aquellos procesos deliberativos en los que los sujetos cuestionan si lo que eligen hacer es razonable o no. Cabe aclarar, que, en este punto, el autor en estudio hace referencia a la idea de prudencia como término «medio» entre dos extremos.

Asimismo, se advierte que, durante dos milenios, la reflexión filosófica ha procurado identificar y formular exigencias de método en el razonamiento práctico. «Cada una de estas exigencias se refiere a lo que uno debe hacer, pensar o ser, si ha de participar en el valor básico de la razonabilidad práctica»⁴⁵. Se trata de un aspecto básico del bienestar humano, y a su vez se refiere a la participación de cada uno en todos los otros aspectos básicos del bienestar humano.

A su turno, la posibilidad de participar en estas formas básicas de bien, constituyen oportunidades de *ser*. A este estado de *ser*, Aristóteles lo llamó *Physis*, que en su traducción latina se lee como *natura*. Se trata, según Tomás de Aquino, «de exigencias no solo de la razón y de la bondad, sino también (por implicación) de la naturaleza humana»⁴⁶.

45 NLNR, p. 102.

46 NLNR, p. 103.

Por tanto, estas constituyen las exigencias propias del método de la ley natural, de la cual se desprenden las leyes calificadas como naturales o morales, a partir de la derivación de los primeros principios o bienes humanos básicos de carácter pre-moral.

Ahora bien, Finnis advierte que «los aspectos básicos del bienestar humano solo son discernibles para quien piensa en sus oportunidades y por ende solo son realizables por quien dirige, atiende y controla sus instintos, inclinaciones e impulsos de manera inteligente»⁴⁷.

Para dar una formulación a la primera exigencia, recurre al concepto de plan de vida racional empleado por Rawls⁴⁸, en virtud del cual es preciso «ver la vida como una totalidad, las actividades de un sujeto racional desplegadas en el tiempo. La mera posición temporal, o la distancia respecto del presente, no es razón para preferir un momento a otro»⁴⁹. Esta exigencia recibe la denominación de «coherencia». No obstante, este esfuerzo por ver la vida como una totalidad solamente podrá tener carácter racional, según Finnis, en la medida en que se mantenga el nivel de compromisos generales y la armonización entre ellos, con lo cual se advierte un distanciamiento del planteo rawlsiano que reduce la prudencia a esta única exigencia, sin prestar atención al tipo de fines que podemos proponernos en nuestros planes de vida. En otras palabras, mientras que Rawls se propone una racionalidad de medios, Finnis la propone tanto de medios como de fines. Esta primera exigencia se comprende mejor si se la considera a la luz de las otras.

Pero todo plan de vida coherente, si bien puede implicar la concentración de alguna forma básica de bien, a costa de otros (vgr. El compromiso con la medicina por amor a la vida, o el compromiso con la labor académica por amor al conocimiento y a la verdad) devendrá en irracional si se funda en la desvalorización o exclusión de las otras formas básicas de bien. En este sentido, el autor refuerza su argumento afirmando que «es bastante irrazonable no elegir o comprometerse

47 NLNR, p. 103

48 RAWLS, J., *Theory of Justice*, pp. 408-423, en que adopta la terminología de W.F.R. Hárđie, «The Final Good in Aristotle's Ethics» (1965), 60, *Philosophy*, 277.

49 *Ibid.*, p. 420.

con ninguna búsqueda real del conocimiento...Pero es aún más irrazonable negar que el conocimiento es (y debe ser tratado como) una forma de excelencia, y que el error, la ilusión, la confusión, la superstición y la ignorancia son males que nadie debiera desear, intentar o fomentar en sí mismo o en otros»⁵⁰.

De lo que se concluye que entre los bienes humanos básicos no puede haber ninguna preferencia arbitraria o injustificada, ni se puede racionalmente desconocer, relativizar o vaciar de contenido ninguno de esos bienes o valores objetivamente considerados.

Otra de las exigencias es aquella que identifica la inherente condición humana de los bienes básicos, en el sentido en que los mismos constituyen el objeto de búsqueda, realización, participación y valoración, en principio, de todo ser humano. En efecto, aun cuando la propia naturaleza reclama para sí la satisfacción del bienestar personal y de aquellos seres más cercanos en primer término no se puede negar su condición objetiva de bien y, por tanto, su deseabilidad para cualquier ser humano.

Señala Finnis que, «la expresión no filosófica de esta exigencia es, por supuesto, la llamada “Regla de Oro” (...) “Haz por (o a) otros lo que querías que ellos hicieran por (o a) ti”»⁵¹. Seguidamente, el autor procede a plantear la cuestión acerca de cuál es el límite de la prioridad personal en la participación de los bienes básicos, es decir, dónde termina la razonabilidad de la auto-preferencia. Para dilucidarla resulta útil recurrir al instrumento heurístico, frecuentemente empleado por las tradiciones griega y romana, del observador o espectador ideal, que es aquel que es capaz de compartir y comprender los igualmente los intereses de todos los sujetos intervinientes. Este espectador imparcial podría comprender algunos supuestos de auto-preferencia, pero condenaría otros, es decir, es imparcial respecto de cada uno de los posibles sujetos del bienestar humano (las personas), pero no significa, sin embargo, que sea imparcial respecto de los aspectos básicos del bienestar humano.

50 *NLNR*, p. 106.

51 *NLNR*, p. 107.

De este modo, el profesor oxoniense toma distancia de construcciones heurísticas modernas, como las contractualitas, y, en particular de la construcción elaborada por John Rawls, en la cual, la imparcialidad de un principio de justicia, así como su carácter equitativo está subordinado a que el mismo sea aceptado unánimemente por todos los participantes, detrás del «velo de la ignorancia» y en la «Posición Original». En este sentido, se advierte en esta teoría de la justicia, una desatención a la segunda exigencia de la razonabilidad práctica, esto es –como expresa Finnis– que cada bien humano básico o intrínseco sea tratado como tal.

Tal como señala Coyle, esta exigencia de la razonabilidad que conserva la imparcialidad sin negar la objetividad del bien, permite a Finnis «resucitar la idea clásica de sociedad humana como organizada en torno a un bien que es irreduciblemente común, aunque incesantemente flexible y diversificado, más que en un mundo en el cual “las formas de bien” esencialmente privadas e individuales, compiten unas con otras»⁵².

Asimismo, al explicar la quinta y sexta exigencia de la razonabilidad práctica, Finnis aprovecha para distanciarse también de éticas utilitaristas o consecuencialistas. Al respecto, la quinta exigencia estaría constituida por la necesidad de evitar, en la persecución de cualquiera de las formas básicas de bien, caer en la deformación del fanatismo. Afirma el autor que para alcanzar este equilibrio entre fanatismo y dejación será necesario lograr un «cierto “desprendimiento” respecto de los proyectos específicos y limitados que asume»⁵³.

A su turno, la sexta exigencia supone que quien actúa en procura de un bien, se constituya en causa eficiente de bien no solo para sí mismo, sino también para los demás. En este sentido es posible la admisibilidad del criterio de la eficiencia para medir la razonabilidad acción: «Hay un rango amplio de contextos en los que es posible y del todo razonable calcular, medir, comparar, pensar y valorar las consecuencias de decisiones alternativas (...) Cuando hay que hacer una elección es

52 COYLE, Sean, *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*, op. cit., pp. 161-192.

53 NLNR, p.110.

razonable preferir los bienes humanos básicos (como la vida) a bienes meramente instrumentales (como la propiedad)»⁵⁴. No obstante, aún concediendo la utilidad del criterio en cuestión y para ciertos casos, es irracional la absolutización del mismo para la medición de la razonabilidad práctica. Por tanto, aquellas formas de razonamiento moral, en los cuales se debe optar por aquella acción que produce el mayor bien neto total y a largo plazo (como es el caso del utilitarismo o consecuencialismo del acto), o bien, la selección debe hacerse en términos de adecuación a una regla cuya adopción producirá el mayor bien neto total y a largo plazo (como es el caso de utilitarismo o consecuencialismo de la regla), devienen según, en irracionales por ser arbitrarios e impracticables.

Las objeciones del autor a las éticas consecuencialistas son numerosas. No obstante, entre las más significativas, se destaca aquella según la cual, para que un bien o conjunto de bienes, pudiera ser objeto de cálculo y medición, debería reunir al menos, dos extremos: por un lado, que los seres humanos tuvieran una función única y definida (fin dominante), y por otro, que las distintas metas que los seres humanos persiguen, tuvieran un factor común: la satisfacción del deseo. Según Finnis, «solo un fanático inhumano piensa que el hombre está hecho para un solo fin o para realizarse de una sola manera»⁵⁵.

Por otro lado, los propios consecuencialistas no terminan de ponerse de acuerdo acerca de si el bien debe definirse en términos de maximización del placer o minimización del dolor, lo que impide que se pueda efectuar alguna conmensuración o cálculo para resolver cuestiones de carácter ético o moral.

Tampoco el utilitarismo ofrece ninguna razón que permita preferir el altruismo al egoísmo, esto es, el bien de los demás al bien propio y personal. En este sentido, Bentham no fue capaz de proporcionar una respuesta clara a la cuestión de si el utilitarismo procura la maximización de la felicidad propia o la de todo el mundo. Es decir, en el método y análisis utilitarista o consecuencialista «no hay ningún principio por

54 *NLNR*, p. 111.

55 *NLNR*, p. 113.

referencia al cual él (el utilitarista o consecuencialista) podría criticar como irrazonables o inmorales a quienes se proponen maximizar su propia felicidad con prescindencia del bienestar de los demás»⁵⁶.

Así concluye Finnis considerando que «la sexta exigencia –de eficiencia al perseguir los objetivos determinados que adoptamos para nosotros mismos y al evitar daños determinados que elegimos considerar como inaceptables– es una exigencia real, con indefinidamente muchas aplicaciones en el pensamiento moral...»⁵⁷. No obstante, es necesario poner de relieve que esta exigencia no puede pensarse al margen de las otras. Por el contrario, su comprensión acabada está condicionada a su aplicación junto con las otras, y en el marco de las mismas.

La séptima exigencia también está vinculada con las consecuencias de la conducta, y supone nadie puede elegir la realización de ningún acto que, en sí mismo, no produce otro efecto que el de provocar un daño o evitar la participación de algún bien humano básico. Elegir un acto de tales características implica tratar un aspecto de la personalidad humana como si fuera un objeto dotado de valor cuantificable, lo cual, si bien podría justificarse según criterios subjetivos (como los sentimientos o preferencias), nunca podrá ser considerado racional. «La razón exige que todo valor básico sea al menos respetado en todas y cada una de las acciones»⁵⁸. Así, el autor hace derivar de esta séptima exigencia, el principio de estricta inviolabilidad de los derechos humanos básicos.

Esta exigencia también subyace en otros principios ampliamente empleados en el pensamiento moral, tales como «el fin no justifica los medios» o «no se ha de hacer el mal para conseguir el bien» o, como el imperativo categórico de Kant, «obra de tal manera que trates la humanidad, ya en tu persona, ya en la del otro, siempre como un fin y nunca solo como un medio».

Por otra parte, quien se encuentra embarcado en un proceso deli-

56 *NLNR*, p. 116.

57 *NLNR*, p. 118.

58 *NLNR*, p. 120.

berativo que culminará con una acción, no puede desentenderse, en el curso de tal proceso, de la «estructura causal de su proyecto»⁵⁹. En otras palabras, nadie que se encuentre racionalmente implicado en un proceso de deliberación y acción, está exento de efectuar un análisis ponderado de las consecuencias que surjan de dicho proceso. De ahí que los actos humanos se definen en primer término por su «intención», es decir, una acción o conducta humana, para ser considerada como tal, debe caracterizarse siguiendo la secuencia de en la que esa misma acción o conducta fue construida en el razonamiento práctico del agente.

Con respecto a la octava exigencia, Finnis la formula como «la exigencia de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades»⁶⁰. Siendo el mismo un concepto que merece una delimitación más precisa, el profesor de Oxford procede a esbozar una noción en el capítulo VI de la obra comentada. Ciertamente, se trata de una noción de cuya correcta delimitación e identificación surgirán una serie de implicancias para un abordaje, lo más acabado posible, del fenómeno jurídico, las que –a su turno– convergen para la adecuada conceptualización del mismo.

Así, el autor comienza esta tarea tomando distancia de la noción propia del utilitarismo, según la cual, el bien común sería el mayor bien del mayor número, a la que califica como «intrínsecamente incoherente y sin sentido»⁶¹, puesto que se trata de una aproximación de tipo individualista e instrumental, desconociendo el sentido teleológico del concepto mismo.

Por el contrario, la noción de bien común finnisiana, se construye partiendo de una serie de ejemplos comunes de relaciones interpersonales de menor a mayor complejidad, en las que prima –como factor común– el esfuerzo coordinado de acciones de los sujetos intervinientes en procura de un objeto común que implica beneficios para todos y cada uno. Este proceso culmina en la noción de bien común político,

59 *NLNR*, p. 122.

60 *NLNR*, p. 125.

61 *NLNR*, p. 154.

en el que este esfuerzo coordinado tendrá lugar entre el conjunto de los ciudadanos integrantes de la comunidad política, con la finalidad de «asegurar todo un conjunto de condiciones materiales o de otro tipo que tiendan a favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal»⁶², siendo este último el fin que carga de sentido la colaboración de unos con otros.

Asimismo, la realización de esta exigencia trae aparejada una serie de implicancias, tales como la exigencia de justicia, la necesidad de autoridad política destinada a guiar y reglamentar la coordinación de acciones y esfuerzos, y la fidelidad y respeto de los compromisos asumidos.

Al referirse a la primera de estas implicancias, Finnis concibe la justicia partiendo de la noción clásica de virtud comprehensiva, que se desarrolla en las relaciones de alteridad. La misma se desenvuelve en torno a tres elementos: (i) La orientación hacia otro o intersubjetividad; (ii) el *debitum*, o lo debido a otro (iii) La idea de igualdad, entendida en términos de proporcionalidad, equilibrio o contrapeso. Así, «la justicia, en cuanto a cualidad del carácter, es en su sentido general siempre una voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades, y la teoría de la justicia es, en todas sus partes, una teoría de lo que en líneas generales se requiere para ese bien común»⁶³. De este modo, el logro o consecución de este bien común requiere la resolución de una serie de problemas de distribución entre los miembros del conjunto social, y este último problema hará necesaria la selección de criterios que conviertan esos repartos en justos o equitativos.

Así, «una disposición es distributivamente justa –escribe el autor– si es una solución razonable de un problema que consiste en signar un objeto que es esencialmente común pero que necesita (a favor del bien común) que se asigne a individuos particulares»⁶⁴. Sobre el concepto de justicia finnisiano se volverá más adelante.

62 NLNR., p. 154.

63 NLNR., p. 165.

64 NLNR., pp. 166-167.

No obstante, la preocupación por el bien individual y por el bien común omnicomprendivo, como por la forma en que se realizan las distribuciones, requerirá de la intervención de individuos particulares a quienes se encarga de conducción, reglamentación y control de la coordinación social, y que se materializa en el establecimiento de la autoridad política.

Por último, el logro del bien común social exige, asimismo, de un compromiso de individuos particulares de respetar la palabra empeñada, de ser capaces de «establecer acuerdos confiables entre ellos para la solución definitiva y duradera de los problemas de coordinación y, más en general, para la realización de bienes de la autoconstitución individual y de los de la comunidad (La confianza mutua es (...) un valioso componente de toda la vida en común)»⁶⁵.

La novena exigencia manda a que, en el proceso deliberativo previo a la elección, el agente deliberante no debe elegir y/o hacer aquello que entiende, piensa o siente que no debe hacerse. Naturalmente, este juicio varía en relación con las características, cualidades y circunstancias propias de cada individuo. No obliga en conciencia del mismo modo quien está dotado de cierta capacidad intelectual, o formación moral, que quien carece de ella. La consecuencia directa de este argumento es que quien obra en contra de aquello que percibe o juzga como razonable, está actuando de modo irracional (o inmoral).

Así, el conjunto de estas exigencias transforma el proceso deliberativo meramente práctico, en uno de tipo práctico-moral, que tiene su punto de partida la percepción de algo que le da «razón de bien», y que moviliza al sujeto a la acción, hasta el proceso consistente en juzgar cual es la mejor elección posible, en donde la razón adquiere carácter moral o imperativo. En efecto «las exigencias de la razonabilidad práctica generan un lenguaje moral que usa o apela a distinciones morales empleadas más o menos espontáneamente»⁶⁶.

Como señala acertadamente Sean Coyle: «El bien de la razonabilidad traduce esos bienes no-morales a bienes morales, poniendo aten-

65 *NLNR.*, p. 306.

66 *NLNR.*, p. 126-127.

ción en las consecuencias y factores contextuales, a la luz de qué decisiones prácticas debieran ser tomadas»⁶⁷.

6. Las objeciones a la meta-ética finnisiana

Si bien la Nueva Escuela del Derecho Natural a la que Finnis representa, ha sido ampliamente aceptada en los ambientes académicos filosóficos-jurídicos de la cultura anglosajona, no obstante –como se expuso en el capítulo anterior–, la teoría de la ley natural propuesta por el profesor de Oxford no ha estado exenta de críticas. En líneas generales, las objeciones más contundentes provienen del neotomismo contemporáneo, cuyos representantes objetan la lectura que Grisez y Finnis realizan de la ética de Tomás de Aquino, particularmente en lo que respecta al análisis de la Q. 94, a. 2.

Así, entre los distintos críticos de la propuesta de la Nueva Escuela del Derecho Natural, se advierten distintos matices en cuanto al tratamiento de los aspectos sobre los que se centran las impugnaciones. No obstante ello, se puede afirmar que las mismas se centran fundamentalmente en los siguientes aspectos: a) en la adscripción de carácter directivo del primer principio práctico en desmedro de su carácter normativo; b) la concepción de los primeros principios prácticos como pre-morales inderivables; c) la afirmación de que los primeros actos de la razón práctica anteceden a los actos de la voluntad. Otras críticas se centran en la separación entre ética y metafísica; o bien en el hecho de concebir a los bienes humanos como inconmensurables.

A continuación, se procederá a efectuar un análisis a grandes rasgos, de algunos representantes del neotomismo contemporáneo, quienes han desarrollado las objeciones más agudas a la propuesta de la NEDN, particularmente en lo referente a la interpretación de la Q. 94, a. 2, de la Suma Teológica.

67 COYLE, Sean, *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*, op. cit., pp. 161-192.

6. a. Ralph McInerny y Henry Veatch

Entre los críticos más destacados de la teoría neoclásica de la ley natural se encuentra Ralph McInerny, quien fue el primero en cuestionar la concepción de Grisez y Finnis. En 1980, McInerny publica su artículo *The Principles of Natural Law*⁶⁸, sobre todo a partir del artículo de Grisez, «*The first Principle of Practical Reason*», en el que se analiza la q. 94, a.2.

En el mencionado artículo, el autor comienza proponiendo la revisión de la noción de bien en Tomás de Aquino. En efecto, el Aquinate define al bien como aquello que todas las cosas buscan⁶⁹. Pero, ¿qué debe entenderse por bien? Según McInerny, la noción de bien no puede quedar circunscripta simplemente a objeto apetecible, sino que va más allá, en el sentido en que tal objeto se apetece en cuanto a que perfecciona o completa al agente que lo busca. Y si bien es cierto que las inclinaciones naturales pueden actuar como motor en la búsqueda del bien, y, en este sentido se podría hablar de una característica compartida con los animales, en el caso del bien humano, es tal por tener la peculiaridad de perfeccionar al hombre según el tipo de agente que es. «Como el hombre es un agente racional, su fin es el bien o perfección de la actividad racional»⁷⁰. Así, ciertas inclinaciones tales como la conservación de la vida, o la inclinación a reproducirse constituyen parte del bien del hombre, en la medida en que –según McInerny– son humanizadas, esto es, no se persiguen instintivamente sino como el propósito o meta de una acción consciente.

68 MCINERNY, R, «The Principles of Natural Law», en *The American Journal of Jurisprudence*, 25 (1980), pp. 1-15. También puede consultarse: MCINERNY, R., «On Knowing Natural Law», en *Studi Tomistici*, 1976, pp. 222-244; «Natural Law and Human Rights», in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 36, 1991, pp. 1-14.

69 Bonum est quod omnia appetunt (STh, I-II, q. 94, a. 2).

70 «There are some goods which men share with all creatures, others they share with only some other creatures, and some which are peculiar to men. If the human good is taken to mean the good which is peculiar and proportionate to man, it would be that which is perfective of him as the special kind of agent he is. But is a rational agent. Therefore, the good or perfection of rational activity is man's end» (R. MCINERNY, *The Principles of Natural Law*, cit., p.3). La presente traducción es propia.

Sobre el punto, arguye el autor que «como actos humanos, la persecución de estos fines debe ser racional, responsable. Los preceptos de la ley natural relativos a estos bienes deben concebirlos como bienes humanos: el precepto es una dirección de la razón sobre cómo debemos buscar esos bienes»⁷¹. De ahí que la ley natural no puede concebirse simplemente como aprehensión del intelecto de ciertas inclinaciones físicas, sino que la misma cumple una función prescriptiva sobre la forma de alcanzar los objetos de tales inclinaciones. Es preciso recordar que, para la teoría tomista de la ley natural, los preceptos de la misma revisten carácter universal, absoluto e inmutable, y como tales asumen una función de dirección hacia el fin último.

McInerny ataca, asimismo, la dicotomía entre hecho y valor que postula la escuela neoclásica de la ley natural, puesto que, en ella, el conocimiento del mundo, de los hechos naturales, es irrelevante en el funcionamiento de la razón práctica. En efecto, Grisez y Finnis consideran que los primeros principios no derivan de verdades de hecho captadas por la razón especulativa. Su carácter evidente y originario son en sí mismos suficientes para negar su inferencia de otras proposiciones. Por el contrario, McInerny sostiene que la naturaleza de las cosas es la base y el punto de partida para su valoración, de ahí que sea admisible la posibilidad de derivar proposiciones prescriptivas o normativas, a partir de proposiciones descriptivas. En otras palabras, de derivar el «deber» a partir del «ser».

Otra de las críticas más significativas a la escuela neoclásica es la pretensión de atribuirle carácter pre-moral a los primeros principios de la razón práctica. McInerny señala que la formalidad por la cual algo se busca, es que completa o perfecciona. Así, el bien ha de entenderse en sentido moral, y no en sentido final, como pretenden Grisez y Finnis, porque el primer principio manda solo lo que conserva verdaderamente la formalidad de bueno⁷².

71 McINERNY, R., «The Principles of Natural Law», en *The American Journal of Jurisprudence*, op. cit., p. 4.

72 McINERNY, R., *Ethica Thomistica*, The Catholic University of America Press, Washington, 1982, pp. 43-44.

Tampoco resulta aceptable la negativa de Finnis y Grisez a reconocer una jerarquía objetiva entre los distintos bienes básicos. Nuevamente, McInerney insiste en que esta interpretación se aparta de Tomás de Aquino, para quien existe un orden claro en los preceptos: el orden de las inclinaciones naturales. Además, tanto Aristóteles como Tomás de Aquino reconocen la excelencia del conocimiento y la contemplación por encima de los otros bienes⁷³.

Otro de los más duros críticos de la Nueva Escuela del Derecho Natural, y en particular a la obra principal de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, es Henry Veatch⁷⁴, quien centra sus objeciones en tres puntos específicos: la posibilidad de inferir o deducir los imperativos éticos a partir de proposiciones metafísicas o antropológicas; la noción de naturaleza y la noción de bien.

Veach concede que, si se toma el término «deducción» en sentido restringido, no es posible el paso de premisas sobre la naturaleza a premisas sobre los deberes u obligaciones humanas. Sin embargo, defiende con vigor la idea de que una ciencia pueda depender de otra en lo que respecta a la inteligibilidad de sus principios, aunque no sea deducible de la misma. En efecto, Veach admite que puede no haber deducción de la ética a partir de la metafísica, ni inferencia de proposiciones sobre los deberes y obligaciones del hombre simplemente a partir de proposiciones sobre su naturaleza. Sin embargo, la solidez de tales afirmaciones, ¿no es debido a que uno toma los términos «deducción» e «inferencia» en un sentido algo estrecho o excesivamente técnico? Además, ¿se puede extender legítimamente la no-inferabilidad de la ética, a partir de la metafísica, hasta la confusa conclusión de Finnis de que la ética no puede estar basada en la metafísica de alguna manera, o que las consideraciones metafísicas deben considerarse irrelevantes aun cuando los principios éticos son inteligibles?⁷⁵

73 McINERNEY, R., *The Principles of Natural Law*, cit., pp. 14-15.

74 Filósofo neo-aristotélico (1911-1999). Fue profesor en la Universidad de Indiana y de Georgetown). Sus principales influencias fueron Jacques Maritain y Etienne Gilson en sus estudios sobre Tomás de Aquino. Sus principales escritos giran en torno a cuestiones metafísicas, éticas y lógicas. Entre ellos, se destacan *Intentional Logic*, *Rational Man: A Modern Interpretation of Aristotelian Ethics* y *Aristotle: A Contemporary Appreciation*.

75 VEATCH, H., «Natural Law and The "Is"- "Ought" Question», in *Catholic Lawyer* 26,

Este autor señala que, en el ser del hombre, esto es, su naturaleza, está inscrito su «deber ser», es decir, aquello que lo perfecciona. Por tanto, es posible afirmar que los fundamentos de la ética se encuentran en la naturaleza. De no acudir al concepto de naturaleza, sería necesario recurrir a otras categorías teóricas como el contrato, el consenso o la voluntad popular como lo han hecho el utilitarismo y el deontologismo, pero –señala Veatch– esta no es la intención ni la solución de la teoría neoclásica de la ley natural⁷⁶.

Otra cuestión que Veatch critica enfáticamente de Grisez y Finnis es la noción de bien, y en particular, la comprensión de bien en términos de fin. Al respecto, este autor se pregunta si ¿una cosa es buena porque es querida o es querida porque es buena? Si lo que hace que algo sea bueno es que el hombre la desea, la bondad no tendría fuerza moral alguna; si el bien no es más que un objeto de interés, la bondad no tendría moralmente ningún poder de convicción.

En este sentido, también considera errónea la lectura que la Escuela Neoclásica hace de Tomás de Aquino, quien claramente sitúa el bien en el ser. «La metafísica –escribe Veatch– se encarga de clarificar y hacer inteligible ese primer principio de la ética o de la razón práctica, a saber, que el bien es para ser hecho y perseguido»⁷⁷. Así, este autor explica que el Aquinate aborda la noción de bien (*bonum*), en el Tratado metafísico sobre los trascendentales, particularmente en el *De Veritate*, de donde surge que «*bonum* dice, no es sino el *ens*, considerado como objeto de deseo o appetitus. Además, es necesario que todos estos términos –*bonum*, *ens*, *appetitus*– se comprendan en su sentido analógico más pleno, como es propio de todas las nociones metafísicas»⁷⁸.

En consecuencia, siendo el bien identificado en términos de ser (*ens*), por el mismo Tomás, no se comprende la negativa de Grisez y

1981, p.254. Sobre el punto, véase también: VEATCH, H. and RAUTEMBERG, J., «Does the Grisez-Finnis-Boyle Moral Philosophy Rest on a Mistake?», en *Review of Metaphysics*, Vol. XLIV, N. 4, 1991, pp. 807-830.

76 VEATCH, H., «Review of Natural Law and Natural Right by John Finnis», en «*The American Journal of Jurisprudence*», 26 (1981), pp. 257-259.

77 *Ibid.* p. 263.

78 *Ibid.*, p. 263.

Finnis a reconocer la vinculación entre la metafísica y la ética ni tampoco, la resistencia de Finnis a reconocer el hecho de que la vida buena del ser humano consiste en que la realización y perfección de su ser viene determinado por la naturaleza del hombre⁷⁹.

Otro tanto cabe decir sobre la atribución de carácter pre-moral a los bienes humanos básicos y su negativa a jerarquizarlos objetivamente. Si esto se admitiera, no resulta posible hablar de realización humana integral, puesto que la misma no podría tener lugar si los bienes que los seres humanos buscan carecen de contenido moral. Además, habría arbitrariedad en nuestras elecciones si no hay un estándar objetivo que las jerarquice⁸⁰.

6. b. Otros críticos

Russell Hittinger⁸¹ es otro de los críticos neotomistas de la Nueva Escuela del Derecho Natural. En su primer libro *A Critique of the New Natural Law Theory*⁸², publicado en 1987, se propone demostrar las inconsistencias de la ética de Grisez y Finnis.

La primera objeción apunta al llamado estadio pre-moral, para lo cual, parte de los escritos de Grisez, explicando, como en ellos, el primer principio práctico tiene carácter pre-moral. En consecuencia, este carácter pre-moral—en cuanto a capacidad innata de la razón práctica para la aprehensión de ciertos bienes como conducentes a la realización— y su distinción de moral, que Hittinger califica de problemático, puesto que habría que referirse a la bondad moral como pre-moral y

79 Ibid., p. 258.

80 VEATCH, H., «Book Reviews of a Critique of The New Natural Law Theory by Russell Hittinger», en *The New Scholasticism*, vol. 62 (1988), p. 359.

81 Russell Hittinger es Profesor de la Escuela de Derecho y del Departamento de Filosofía y Religión en la Universidad de Tulsa (Oklahoma), ha sido también profesor en la Universidad Católica, en la Universidad de Princeton, Universidad de Fordham y Universidad de Nueva York. Desde 1991 es miembro de la Academia Pontificia de Tomás de Aquino.

82 HITTINGER, R., *A Critique of the New Natural Law Theory*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1987.

moral, lo que conduce a que lo inmoral sea totalmente irracional y, por tanto, libre de responsabilidad. «Es pre-moral –escribe el profesor de Tulsa– en el sentido que es un bien, *inter alia*, al cual el primer principio de la razón práctica nos dirige más como una posibilidad que como una obligación; y es moral, en el sentido en que la bondad moral es una actitud o forma específica de elección por la cual elegimos este o aquel bien bajo obligación»⁸³.

La otra objeción se dirige contra la inconmensurabilidad de los bienes humanos básicos, que, según este autor, trae aparejado como consecuencia la negación de la existencia del fin último. Hittinger se pregunta si hay una naturaleza trascendente a la razón práctica, y concluye que en la antropología de Grisez, de la que Finnis es seguidor, no existe una explicación coherente sobre la unidad teleológica y ontológica del ser humano, hay una teleología de cada bien básico, pero no la hay de la moral misma⁸⁴.

Asimismo, otro de los críticos destacados de la noción finnisiana de bien es Lawrence Dewan⁸⁵, que en 1990 publica un artículo titulado «*St. Thomas, Our Natural Lights and the Moral Order*»⁸⁶, en el que fundamentalmente cuestiona la propuesta de Finnis de presentar un discurso ético sobre las acciones humanas desvinculado de la reflexión metafísica. Este autor defiende la idea de que el conocimiento del ser humano sobre el primer principio práctico y de los preceptos de la ley natural, precede tanto a la metafísica como a la ética, puesto que se trata de un conocimiento sapiencial. Es decir, es por medio de la virtud

83 *Ibid.*, p. 37.

84 *Ibid.*, p.74.

85 Dominicano canadiense, discípulo de Etienne Gilson, profesor de Filosofía Medieval y Metafísica en el Collège Dominicain de Philosophie et de Théologie (Otawa). Ha presidido la Asociación canadiense Jacques Maritain profesor visitante en el Instituto Pontificio de Estudios Medievales (Toronto) y en la Universidad Católica de América (Washington D.C). Actualmente es miembro ordinario de la Academia Pontificia de Tomás de Aquino y se ha especializado en el estudio de la naturaleza del ser, la naturaleza del conocimiento y la fundamentación de la moral.

86 DEWAN, L, «St. Thomas, Our Natural Lights and the Moral Order», en *Angelicum*, 67,1990, pp. 285-308.

de la sabiduría que el intelecto es capaz de captar los primeros principios, tanto especulativos como prácticos. En consecuencia, la doctrina tomista de la ley natural constituye una reflexión metafísica sobre la naturaleza del conocimiento de los primeros principios prácticos y la descripción metafísica de ese conocimiento⁸⁷, y, por tanto, es tarea de la metafísica (antes que de la ética) cuestionarse por los primeros principios prácticos, preguntarse si son inderivados o derivan de otros⁸⁸.

Dewan coincide con Finnis respecto del carácter no derivado, si por «no derivado» se entiende «no inferido». Pero argumenta que Tomás de Aquino en la Q. 95, a.2, hace referencia a los distintos tipos de derivación, y que la discusión planteada sobre el orden de los preceptos de la ley natural planteada en la q. 94, a.2 debe ubicarse en el contexto de la derivación por determinación. En este sentido, se pregunta Dewan si «¿puede haber alguna duda de que para Santo Tomás el conocimiento de uno (el bien), deriva del conocimiento del otro (el ser)? (...) El intelecto práctico mira la bondad bajo el aspecto de ser y la verdad, y según ellos ve, lo que la bondad “es”. Si la bondad no se viera bajo el aspecto del ser, no se comprendería del todo»⁸⁹.

Por tanto, el conocimiento del bien deriva del conocimiento del ser, pues lo primero que el hombre conoce son las nociones sapienciales del ente en cuanto a ente⁹⁰. En otras palabras, el bien se aprehende como resultado de una reflexión anterior al razonamiento práctico, es decir, una reflexión de tipo natural o –como la califica Dewan– pre-moral, que surge de advertir la existencia de un ser potencial manifestado en lo sensible.

Así, para el autor dominico, las inclinaciones naturales a las que hace referencia el Aquinate en la q.94, a.2 surgen con posterioridad a la consideración que efectúa el intelecto de que se está persiguiendo un bien. El bien surge en una cognición anterior a nuestro apetito actual, de modo que la razón capta el bien y lo convierte en objeto de la

87 Ibid., pp. 285-286.

88 Ibid., pp. 288-291.

89 Ibid., p. 292.

90 Ibid., p. 292.

voluntad; por eso, la noción de bien se sigue de las nociones de ser y aprehensión intelectual, y en la ley natural la cognición es anterior a la inclinación⁹¹.

Finalmente, en lo que respecta a la relación entre Dios y la ley natural, Dewan afirma que Dios no es lo primero que el hombre conoce, sino que para llegar a Él se debe partir de las cosas conocidas y trascenderlas para alcanzar el conocimiento divino. Por tanto, los principios de la ley natural no son nociones sobre Dios, sino sus efectos proyectados sobre las cosas. En este sentido, sostiene este autor que el conocimiento de la ley natural, más que la recepción de una ley que nos entrega el legislador, es una comprensión de la bondad del ser; por eso, la ley natural nos lleva al conocimiento de Dios⁹². Así, Dewan rechaza categóricamente la interpretación que Finnis hace de Tomás de Aquino en el sentido de presentar un discurso ético disociado de la metafísica, aunque reconoce que la primera es anterior a la segunda, considera, no obstante, que es la metafísica quien proporciona a los filósofos morales el fundamento de sus reflexiones éticas.

Por último, resta hacer una breve referencia a otro autor, Stephen Brock⁹³, continuador de Dewan, quien, en una de sus más recientes publicaciones titulada *Natural Inclination and the Intelligibility of the Good in Thomistic Natural Law*⁹⁴, expone sus objeciones a la interpretación finnisiana de la ética de Tomás. En el referido artículo, Brock parte de la pregunta: ¿por qué Tomás de Aquino afirma que los objetos de la inclinación natural son cosas que la razón naturalmente aprehende como buenas?⁹⁵. Finnis considera que estas inclinaciones tienen carácter pre-moral, y, por ende, pre-racional, es decir, anteceden al conocimiento del bien, y constituyen el principio de acción. Mientras que Brock –en consonancia con Dewan– sostiene que tanto

91 DEWAN, L, *St. Thomas, Our Natural Lights and the Moral Order*, cit., pp. 293-294.

92 *Ibid.*, pp. 303-304.

93 Profesor de Historia de la Filosofía Medieval de la Pontificia Università de la Santa Croce (Roma).

94 BROCK, S., *Natural Inclination and the Intelligibility of the Good in Thomistic Natural Law*, en «Vera Lex» 6 (2005): 57-78.

95 *Ibid.*, pp. 58-60.

la aprehensión como la inclinación son operaciones de carácter racional, y, en consecuencia, la comprensión que la razón hace de los bienes humanos no sigue a las inclinaciones hacia ellos, sino por el contrario, las inclinaciones siguen a la razón. Por otra parte, cuando el Aquinate habla en la q. 94. A. 2 de inclinaciones, se está refiriendo a inclinaciones racionales o rectas, cuyos objetos constituyen auténticos bienes humanos. No se trata de inclinaciones propias del apetito sensible sino del apetito racional, derivados de la aprehensión racional de sus objetos como buenos, porque la voluntad solo se mueve hacia lo que la razón práctica aprehende como bueno y deseable⁹⁶.

Asimismo, al referirse a la ley natural, Brock insiste en que la misma no puede ser pre-moral, toda vez que es de carácter racional. La razón práctica imita el orden general encontrado en la naturaleza al formular los preceptos de la ley natural, y por esto, la noción «según la naturaleza», está contenida en el concepto de bien, ya que la voluntad no tiene nada que no se ajuste a la naturaleza⁹⁷.

La expresión del texto de Tomás por el cual el «bien es aquello que todas las cosas desean», merece también, según Brock, ciertas precisiones, principalmente, en lo referente a qué entiende Tomás por desiderabilidad. Bondad consiste en perfección, y la perfección es plenitud de ser⁹⁸. La plenitud viene dada por la forma, y así para cada cosa es bueno aquello que conviene según su forma y es malo, lo que le separa del orden de su forma⁹⁹. Entonces, según Brock, en la base del conocimiento de la ley natural, subyace un conocimiento de la naturaleza humana, y que la consideración de que el mismo constituye un bien o perfección añade la deseabilidad derivada de lo natural. De modo que esta consideración de la razón de perfección en relación con el bien implica que el primer principio de la razón práctica no puede tener

96 BROCK, S., *Natural Inclination and the Intelligibility of the Good in Thomistic Natural Law*, op. cit., pp. 61-62.

97 BROCK, S., *Review of Natural Law and Practical Reason by M. Rhonheimer*, en «The Thomist» 66.2 (2002), pp. 311-315.

98 Cfr. BROCK, S., *Natural Inclination and the Intelligibility of the Good in Thomistic Natural Law*, op. cit., p. 68.

99 *Unicuique enim rei est bonum quod convenit ei secundum STh.*, I-II, q. 18, a. 5.

carácter pre-moral –como pretenden Grisez y Finnis– porque el bien no es solo deseo sino deseo de algo que perfecciona.

De esta manera, Brock arriba a dos conclusiones:

(i) por un lado, que la primera aprehensión del bien que el ser humano efectúa es evidentemente práctica, no especulativa, puesto que la razón práctica produce el deseo de conocer algo deseable, pero podemos desear gracias a la voluntad¹⁰⁰ (y con ello se aproxima más a la concepción de Finnis).

(ii) La otra conclusión es que la ética no puede derivar de la metafísica, sino que tiene entidad independiente aun cuando sus principios se construyen sobre la base de postulados metafísicos. El primer principio práctico se refiere al bien universal en sentido absoluto, los demás preceptos hacen referencia a ciertos bienes particulares hacia los cuales el hombre tiene una inclinación natural¹⁰¹.

6. c. Las respuestas de Finnis a las objeciones provenientes del neotomismo

Finalmente, previo a concluir el presente capítulo, restaría hacer referencia a las réplicas del profesor de Oxford a las objeciones más importantes a su teoría de la razón práctica, antes expuestas.

La primera de las réplicas la encontramos en un artículo escrito en coautoría con Germain Grisez, titulado *The Basic Principles of natural Law: A Reply to Ralph McInerny*¹⁰². Al respecto, se puede afirmar que el artículo comentado, se estructura en tres apartados los cuales son correlativos a cada uno de los ejes sobre los cuales recaen las críticas más agudas del autor replicado.

En el primero, responden a la cuestión sobre la excesiva distinción entre el hecho (dato) y el valor, y, particularmente, responden a la ob-

100 BROCK, S., *Natural Inclination and the Intelligibility of the Good in Thomistic Natural Law*, op. cit., pp. 72-74.

101 *Ibíd.*, p. 75.

102 FINNIS, J., and GRISEZ, G., «The Basic Principles of Natural Law. A Reply to Ralph McInerny», en *The American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame Law School, 1981, pp. 21-31.

jeción según la cual McInerney sugiere que tanto Grisez como Finnis comparten un punto de vista práctico en el que el conocimiento del mundo resulta irrelevante para el mismo¹⁰³, invocando las referencias que este autor efectúa –para sostener su objeción– sobre las tesis expuestas por Finnis en el capítulo II. 4 de *NLNR*. Como contrapartida, la réplica se funda en la necesidad de contextualizar la afirmación de Finnis, puesto que la misma tiene lugar con ocasión de la polémica suscitada con aquellos que pretenden imputarle a Tomás de Aquino el haber incurrido en el error lógico (falacia) de intentar derivar proposiciones prescriptivas de proposiciones meramente descriptivas (el paso del «ser» al «deber ser»). En este contexto, se hace cita expresa de la explicación del profesor de Oxford en la nota del apartado III.4, según la cual «Aquino siguió la teoría de Aristóteles de la “inducción” de los primeros principios indemostrables mediante una comprensión que funciona sobre la observación, memoria y experiencia, pero extendió la explicación a una inducción paralela de los primeros principios indemostrables de la razón práctica (i.e., de derecho natural), mediante la comprensión que funciona sobre inclinaciones sentidas y sobre un conocimiento de posibilidades: S.T, I-II, Q. 94, a. 2...»¹⁰⁴.

Así, arguye que, para el Aquinate, los primeros principios prácticos se formulan del siguiente modo: «X es un bien que debe perseguirse», de donde surge la justificación de porqué los mismos constituyen principios de derecho natural, puesto que «las formas básicas de bien son oportunidades de ser; mientras más completamente el hombre participa en ellos más es lo que él puede ser»¹⁰⁵. Y seguidamente indica que, a esta realidad, Aristóteles la designó con la voz «*physis*», y posteriormente Tomás de Aquino tradujo como «*natura*». En consecuencia, ni el mismo Finnis piensa que el conocimiento del mundo es irrelevante para la razón práctica, ni incluso a la comprensión de la razón prác-

103 FINNIS, J., and GRISEZ, G., «The Basic Principles of Natural Law. A Reply to Ralph McInerney», op. cit. p. 22.

104 *NLNR*, p. 77.

105 *NLNR*, p. 103.

tica de los principios básicos¹⁰⁶. Ciertamente, el profesor australiano afirma que los valores no pueden derivarse de los hechos, pero argumenta que tal afirmación significa que «mientras que el conocimiento de ciertas posibilidades fácticas es una condición necesaria para un juicio razonable de que la verdad es un valor, aun así ese juicio en sí no se deriva de ningún otro juicio»¹⁰⁷. Esto último se relaciona con la sentencia de Grisez según la cual no sería posible «derivar juicios normativos de especulaciones metafísicas»¹⁰⁸.

De este modo, Grisez y Finnis se defienden argumentando que no hay ninguna cita de sus escritos que respalde la impugnación de McInerny en virtud de la cual se afirma que «frecuentemente hablan de las primeras proposiciones como verdades metafísicas que nada tienen que ver juicios prácticos»¹⁰⁹. Y seguidamente arguyen que nunca han dicho que «no se pueda pasar de verdades metafísicas y/o fácticas juntas con principios de razonamiento práctico, a conclusiones normativas. Nuestro punto más bien es que no puede haber deducción válida de una conclusión normativa sin un principio normativo, y de este modo los primeros principios prácticos no pueden derivarse de especulaciones metafísicas»¹¹⁰. Este argumento guarda estrecha relación y coherencia con la tesis expuesta en el artículo titulado «*Practical Principles, Moral Truth an Ultimate Ends*»¹¹¹, escrito en coautoría entre Grisez, Finnis y Boyle, en el cual se sienta la tesis por la cual «los principios prácticos son verdades auto-evidentes, no conclusiones desde el conocimiento teórico de sobre las personas humanas»¹¹².

106 FINNIS, J., and GRISEZ, G., «The Basic Principles of Natural Law. A Reply to Ralph McInerny», p. 22-23.

107 Ibid., p. 23.

108 Cfr. MCINERNY, R., p. 7, citando «*The First Principles of Practical Reason*», op. cit. p. 196.

109 Ibid., p. 12.

110 FINNIS, J., and GRISEZ, G., «The Basic Principles of Natural Law. A Reply to Ralph McInerny», op. cit., p. 24.

111 GRISEZ, G., FINNIS, J., Y BOYLE J., «Practical Principles, Moral Truth an Ultimate Ends», en *The American Journal of Jurisprudence, An International Forum for Legal Philosophy*, volumen 32, Notre Dame Law School, 1987, pp. 99-151.

112 GRISEZ, G., FINNIS, J., Y BOYLE J., «Practical Principles, Moral Truth an Ultimate

No obstante, en el párrafo siguiente reconocen que el «conocimiento teórico es relevante no solo en la defensa de los primeros principios prácticos, sino también en su función de guías de acción. La reflexión teórica depende del entendimiento de los bienes básicos y el conocimiento sobre los hechos para su concreción es necesario para perseguirlos efectivamente (...) Más aún, se necesita el conocimiento teórico sobre los propios poderes (facultades) y situación actual para saber cómo se debe elegir actuar»¹¹³. En otras palabras, lo que los autores comentados sostienen es que no puede haber derivación de premisas normativas sino a partir de otra premisa de igual carácter, pero ello no autoriza a afirmar que nieguen la relevancia del conocimiento o reflexión metafísica (teórica), la cual se manifiesta en que el mismo –una vez alcanzado– se erige en marco de referencia justificativo de los primeros principios.

Con respecto a la segunda de las objeciones, la atribución de carácter pre-moral a los primeros principios, Grisez y Finnis replican que la génesis de la crítica se sitúa en que McNerny se aproxima al primer principio práctico efectuando una identificación de *bonum* con fin último, en términos de completitud o perfección. Por tanto, los primeros principios no pueden tener sino carácter moral. Así, los autores objetados arguyen que en la Fórmula de Tomás según la cual, «el bien debe ser hecho y perseguido y el mal evitado», la crítica ha pasado por alto la expresión «debe ser hecho» y se ha concentrado en la expresión «debe ser perseguido»¹¹⁴.

Además, es menester recordar que Tomás «sostiene que el primer principio pertenece al dominio del razonamiento práctico, así como el principio de no contradicción pertenece al dominio del pensamiento en general. Si esto es así, el primer principio debe gobernar el razonamiento práctico de personas que hacen el mal»¹¹⁵, debido a que el fin

Ends», p. 111.

113 *Ibíd.* p. 111.

114 GRIZEZ, G., FINNIS, J., «The Basic Principles of Natural Law. A Reply to Ralph McNerny», *op. cit.*, p. 26.

115 *Ibíd.* p. 27.

perseguido (aunque malo) ha sido aprehendido a modo de bien por el intelecto del agente actuante. Y a modo ilustrativo, la réplica ejemplifica que Don Juan considera que la fornicación es un bien que debe ser perseguido, y que no por ello, el razonamiento inmoral de Don Juan deja de estar gobernado por un primer principio de razón práctica¹¹⁶.

Sin embargo, y pese a la insistencia en el carácter pre-moral de los primeros principios, la réplica hace manifiesta su intención de que esta tesis no sea identificada con el carácter pre-moral predicada por las teorías proporcionalistas, puesto que, en este último caso, los bienes son pre-morales «en el sentido en que uno puede elegir destruirlos, dañarlos e impedirlos»¹¹⁷. Mientras que para Grisez y Finnis, «los bienes son pre-morales en el sentido en que tanto las elecciones moralmente buenas como moralmente malas se dirigen (aunque de diferentes maneras) hacia uno o más de ellos (o, al menos, hacia algunos aspectos parciales hacia algunos aspectos parciales o apariencias de uno o más de ellos)»¹¹⁸.

En lo que respecta a la tercera objeción de McInerny, a saber, la negativa a reconocer una jerarquía objetiva entre bienes humanos, la réplica sostiene que el error del objetor radica en haber confundido orden con jerarquía. Si bien es cierto que Tomás de Aquino reconoce un orden en los bienes humanos, tiene su base en un principio muy simple: «Lo que el hombre tiene en común con las demás sustancias, lo que el hombre tiene en común con los animales y lo que es propio del hombre». En consecuencia, es arbitrario suponer que un principio de ordenación metafísica debe ser interpretado como ranking o jerarquía de valores¹¹⁹.

116 «Los Principios básicos del razonamiento práctico subyacen y hacen posible el razonamiento de personas buenas y malas por igual. El precio de negar esto es decir que lo moral es puramente irracional y, por tanto, libre de responsabilidad moral (...) Los principios prácticos no establecen la diferencia entre lo moral y lo inmoral, más bien, la conciencia que no es recta crea la acción mediante algunos principios prácticos, mientras que ignora otros que también son relevantes» (The Basic Principles of Natural Law. A Reply to Ralph McInerny, p. 28). La traducción es propia.

117 *Ibíd.*, p. 28.

118 *Ibíd.*, p. 28.

119 GRISEZ, G., FINNIS, J., «The Basic Principles of Natural Law. A Reply to Ralph

Finalmente, los autores objetados concluyen su réplica sosteniendo que la crítica de McInerny es infundada puesto que solo se basa en una decisión de criticar, por un lado, la exégesis que ellos hacen de los textos de Tomás, y por otro, en la decisión de criticar las tesis principales de la Nueva Escuela del Derecho Natural.

Por último –para concluir el apartado–, resta hacer referencia a la respuesta que Finnis da a la cuestión central de la objeción del profesor Veatch, a saber: la cuestión de la posibilidad de inferencia desde el ser al deber, la cual tiene lugar en un artículo en un artículo titulado «*Natural Law and the “Is”-“Ought” Question: An Invitation to Professor Veatch*»¹²⁰. En el referido artículo, el profesor de Oxford comienza su réplica respondiendo a la impugnación mediante la cual Veatch le acusa de haber levantado «un muro de separación» entre el ser y el deber, lo que se evidencia en la afirmación del carácter no derivado (*inferred*) de los primeros principios y que tendría su génesis en una errónea interpretación de los textos de Tomás de Aquino. En este sentido, Finnis responde citando la tesis expuesta en *NLNR*, según la cual –previo a demostrar el carácter autoevidente y no derivado de los bienes humanos– procede a «mostrar como el bien moral o ético es una participación en el bien básico de la razonabilidad práctica»¹²¹, y así ha «declarado formalmente la relación entre el bien y el ser y entre la ética y la naturaleza humana»¹²².

Sin embargo, esta vinculación no implica un proceso de inferencia, en el sentido en que lo entiende Veatch, esto es, como un deber que se deriva del ser, sino de aprehensión (*grasp*) de las formas básicas de bien a través de un razonamiento práctico que comienza experimentando las inclinaciones de la propia naturaleza, desde adentro, y que culmina con un «acto de entendimiento acerca de lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen»¹²³. Pero aun así, este acto de entendimiento tiene carácter no inferencial.

McInerny», op. cit., p.29.

120 FINNIS, J., «Natural Law and the “Is”-“Ought” Question: An Invitation to Professor Veatch», en *The Catholic Lawyer*, Vol. 26, Nº 4, 1981, pp. 266-277.

121 *Ibid.*, p. 269

122 *Ibid.*, p. 269.

123 *Ibid.*, p. 270, citando *NLNR*, p. 34.

Ciertamente, la raíz del equívoco de Veatch reside –según Finnis– en pretender que los aspectos del bien humano son identificados solo por la razón especulativa, mientras que la razón práctica está limitada a identificar los medios idóneos para la consecución los fines que la razón especulativa ha identificado¹²⁴. No obstante, de la adecuada interpretación de las tesis más maduras de Tomás de Aquino surge que hay «solo una razón, solo una potencia o facultad intelectualmente humana, y [por tanto] esas diferencias entre razón especulativa y práctica son diferencias entre operaciones intelectuales con diferentes objetivos»¹²⁵.

Lo expuesto encuentra justificación en el hecho de que Tomás de Aquino propone una noción más clara y específica de los primeros principios del razonamiento práctico, los cuales son identificados por una disposición intelectual que él llama *synderesis*: «Una vez identificados esos primeros aspectos de la razón práctica, él (Tomás de Aquino), usa el término *prudentia* (...) para significar específicamente la aplicación de los principios a los problemas de conducta relativamente particulares»¹²⁶. De ello se sigue que, «el ordo (orden) considerado en la filosofía moral es el orden de acciones voluntarias»¹²⁷, lo que es dominio exclusivo de la razón práctica.

En este sentido, Finnis replica a su objetor reafirmando que la postura de Tomás de Aquino según la cual «la razón práctica tiene sus principios que son simplemente *indemostrabilia* y *per se* (no *per metaphysicam*) *nota*»¹²⁸, sin que ello requiera recurrir a principios de la metafísica en orden a clarificar o explicar que debe entenderse por bien en la lógica interna de los primeros principios prácticos. De este modo también «el derecho natural puede ser entendido, asentido, aplicado y reflexivamente analizado»¹²⁹, sin recurrir a proposiciones metafísicas.

124 FINNIS, J., «Natural Law and the “Is”-“Ought” Question: An Invitation to Professor Veatch», en *The Catholic Lawyer*, op. cit., p. 272.

125 *Ibíd.*, p. 274.

126 *Ibíd.*, p. 272.

127 *Ibíd.*, p. 275.

128 *Ibíd.*, p. 275.

129 *Ibíd.*, p. 276, citando *NLNR*, p. 43.

Finalmente, el profesor de Oxford resuelve la cuestión del «ser»-«deber» y, por tanto, la posibilidad de explicar la génesis del derecho natural, sosteniendo que sus principios básicos, «pueden ser aprehendidos inteligiblemente sin advertir principios metafísicos implicados en las relaciones universales entre el ser y el bien, o sobre la naturaleza humana en su relación a las naturalezas divinas o cósmicas»¹³⁰.

Conclusión

Luego de este intento por delinear las tesis principales de la metaética de Finnis, resta enumerar los aspectos principales de las mismas, a saber:

(i) Se trata de una concepción antropológica vinculada a la búsqueda del bien, concebido como oportunidades inteligibles de lo que se debe hacer;

(ii) Parte de una concepción de la razón práctica como deliberación acerca de lo que se debe hacer;

(iii) El primer principio práctico tiene su origen en la conveniencia real de bienes inteligibles, esto es, en los bienes humanos básicos;

(iv) Los primeros principios de la razón práctica se caracterizan por ser evidentes (*per se notum*), y no derivados ni deducidos de ningún principio precedentes. Ellos son de carácter pre-moral, puesto que gobiernan las acciones moralmente correctas como inmorales;

(v) Los bienes humanos básicos se caracterizan por su inconmensurabilidad y su objetividad;

(vi) La razonabilidad práctica concebida como aptitud para vincular los bienes humanos en los procesos de deliberación y selección de opciones y acciones concretas,

(vii) el primer principio práctico no constituye un imperativo, ni tiene carácter de regla moral, sino que es un axioma de tipo formal, y las derivaciones del mismo constituyen reglas morales concretas, y, por ende, la ley natural.

Sobre estos pilares, se asienta toda la posterior teoría de la ley na-

130 *Ibid.*, p. 276.

tural elaborada por el autor, como también su teoría jurídica, que encuentra en estos postulados, su base deontológica.

De lo que se tratará en el presente trabajo es de investigar, analizar y realizar un balance crítico sobre la compatibilidad o no, de esta base, con algunos conceptos propios de la teoría jurídica. Particularmente, resulta de especial interés la confrontación –y la aparente tensión que surge– de la metaética finnisiana con la concepción del derecho como fenómeno de tipo analógico, fundamentalmente con relación al problema de la ley injusta, lo cual será objeto de tratamiento en los capítulos siguientes.

Capítulo III: La dinámica de la analogía en el marco de la teoría jurídica de John Finnis

1. Introducción

Luego de haber efectuado un análisis de la propuesta metaética finnisiense en el capítulo precedente, corresponde ahora proceder sobre su teoría jurídica a fin de examinar aquellos aspectos que hacen a la relevancia del objeto de la presente investigación. Como se expuso anteriormente, el profesor de Oxford propone una reinterpretación de la teoría de la ley natural sobre la base de una nueva lectura de los textos de los autores clásicos que han reflexionado sobre la misma, fundamentalmente Aristóteles y Tomás de Aquino, a lo que se añade un intento de arribar a una posición ecléctica entre las tesis principales del iusnaturalismo clásico y las de la jurisprudencia analítica, o cuando menos, procurar alguna suerte de conciliación o punto de encuentro entre sendas tradiciones.

El punto de partida de su renovación en el seno mismo de la tradición del derecho natural, consistirá en proporcionar un abordaje práctico de la conducta humana, en tanto y en cuanto, la misma tiene por objeto la decisión y acción, sobre la base de una reflexión y previa deliberación de aquello que se percibe como bien y que se convierte en fin de esa conducta. En otras palabras, esta renovación se focaliza en la acción humana como un proceso que se desenvuelve básicamente en tres etapas: la deliberación, la decisión y posterior ejecución de la conducta. De modo que, sobre la base de la observación de este proceso, cabe adscribir a la acción humana una naturaleza eminentemente teleológica. En este enfoque práctico reside también el giro finnisiense respecto de la filosofía analítica hartiana, que si bien analiza el concepto de derecho a partir del denominado «punto de vista interno», al mismo pretende limitarse a describir avalorativamente este punto de vista.

Por el contrario, John Finnis concibe pues a la teoría jurídica como una dimensión de la filosofía práctica entendida como estudio valorativo y crítico del comportamiento humano y más concretamente, como una manifestación de la libre elección. De este modo, las normas y obligaciones jurídicas ya no se estudian ni como meras órdenes impuestas, ni como razones empíricamente verificables, sino que las son aprehendidas y se justifican en la medida en que las mismas se presentan como el medio adecuado para la consecución del bien común y –por su intermedio– de la realización humana integral, lo que las convierte en su fundamento racional.

En esta línea, Finnis dirá que, no corresponde identificar las normas únicamente en razón de su origen o fuente, sino más bien por su contenido sustancial vinculado racionalmente con el bien humano. «Que el comportamiento responda a una razón significa que no es simplemente un hecho que se da, sino que es fruto de una decisión racional. Significa que tiene sentido, que tiene una razón de ser, la cual es, en último término, el fin al que se orienta. Por tanto, para comprender el comportamiento libre como respuesta a una razón es necesario considerarlo como búsqueda de un fin.»¹ En este sentido, Finnis adopta –parcialmente– el concepto de Raz, según el cual las normas solo son moralmente vinculantes sin proporcionan alguna clase de razón para la acción.

Así, corresponde tener presente que, dado que el objeto de estudio –en este caso el derecho o fenómeno jurídico– el mismo es concebido como un fenómeno de tipo práctico y social, y en esa lógica, la filosofía jurídica es desarrollada por Finnis como una subespecie de la filosofía práctica en general. Específicamente, la filosofía práctica que comprende la filosofía jurídica, junto con la filosofía política y la social, aborda la acción libre que se encuentra en estrecha vinculación con la idea de «norma», en la medida en que se defina esta última según criterios sustanciales –no formales: como la forma o fuente– sino en virtud de su

1 PEREIRA SÁEZ, C., *La Autoridad del Derecho. Análisis crítico de la posición de J.M Finnis*, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2007, p. 22.

relación racional con el bien². El estudio de la norma desde esta perspectiva se justifica en cuanto la misma tiene la virtualidad de proporcionar razones objetivas para obrar en un sentido determinado. Así cada tipo de norma –sea política, moral o jurídica– se distingue de acuerdo con el tipo de razones para obrar que proporciona.

En concreto, el presente capítulo se propone analizar aspectos centrales sobre los cuales el iusfilósofo australiano ha construido su teoría jurídica. En efecto, resulta especialmente relevante para una adecuada comprensión de la teoría jurídica finnisiana, la identificación de la científicidad del objeto, junto con la metodología desde la cual se aborda, para luego avanzar específicamente, sobre el alcance e implicancias de este abordaje en clave analógica del concepto de derecho.

En este sentido, será menester indagar sobre aquellos aspectos fundamentales que Finnis considera comprendidos en el caso central del concepto, tales como el rol que juega la noción de bien común; la forma en que se concibe la autoridad política, como fuente y justificación del derecho, para luego desde ese lugar, proceder a la explicación de los derechos y obligaciones emergentes de aquel.

2. El carácter científico del objeto

Ahora bien, la primera preocupación de Finnis consistirá en intentar comprobar si es posible adscribir carácter científico a la teoría social, y por consiguiente a las tesis expuestas en el párrafo precedente, para luego pasar al análisis de la metodología de la teoría finnisiana. En estrecha vinculación con lo analizado anteriormente, resulta de particular interés el aporte que Finnis hace de la cuestión en el capítulo denominado Teoría Social (*Social Theory*), de su obra *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*³, en el cual, partiendo de la distinción clásica entre conocimiento teórico o especulativo, y práctico, ubica a la teoría social dentro de esta segunda categoría. En efecto, sostiene

2 *Ibid.*, p. 22.

3 FINNIS, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

el autor que lo «práctico en sí (...) es sobre lo que es para hacer (*is-to-be*), debe ser hecho (*should be*) –una prescripción y no en cuanto a tal, una predicción. Si uno tiene la intención, el propio conocimiento de esa intención es, primero y principalmente, conocimiento práctico, un conocimiento del fin, del propósito que uno tiene y de los medios de la conducta propositiva»⁴. Con esta referencia a la intención, conceptualizada en términos de deliberación acerca de los medios para alcanzar un fin, el autor reformula el llamado «punto de vista interno», que autores Weber o Hart, han adoptado como perspectiva hermenéutica idónea para la elaboración de teoría social descriptiva⁵.

En esta perspectiva, la científicidad de la teoría social estaría constituida por la generalidad en la búsqueda de fines (bienes) propia de la conducta humana, ya sea en su dimensión individual o social. Específicamente, se advierte que el profesor de Oxford estaría remitiendo – para justificar el carácter científico– a un doble dato antropológico: (i) En primer lugar, el dato antropológico universal consistente en la teleología inherente a la acción humana, puesto que resulta evidente e innegable que no existe conducta voluntaria y libre desprovista de un fin que la oriente. (ii) En segundo lugar, hay remisión a otro dato antropológico universal, de que los fines hacia los cuales se dirige la acción humana, analizados en un nivel de abstracción, son siempre los mismos para todos los hombres. De ahí que se pueda predicar su carácter inteligible, en cuanto accesibles al intelecto humano, siendo precisamente este carácter el que explica la aptitud para ser objeto del debate racional.

Al respecto, concluye el autor que «una ciencia o teoría es práctica, en el sentido más pleno de la palabra si ella es acerca de y dirigida hacia aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser (...) Es práctica en su sentido más pleno, cuando es acerca de y prescribe, lo que debe ser hecho en el campo abierto de fines de la vida, por elecciones y actos (...), y con vista de objetos, fines y bienes que proveen razones para obrar y otorgan sentido a la vida individual y grupal como un todo abierto a fines»⁶.

4 *Ibíd.*, p. 38.

5 *Ibíd.*

6 *Ibíd.*, p. 41.

En este contexto, se inscribe la noción de bien común de la comunidad política, como la materia propia de la teoría política, y, por tanto, de la teoría jurídica. Esta noción no se puede conceptualizar sin vincularla a la idea de bien humano como sustancia en la cual, aquel bien común político encuentra su fundamento, puesto que –como se verá más adelante– Finnis concibe el bien común como el contexto en el cual se hace posible el acceso a bienes humanos básicos por parte de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Por tanto, y teniendo en cuenta el doble dato antropológico universal antes referido, y por esa misma razón, la noción de bien común se torna también en posible objeto del discurso científico.

3. Del objeto a la metodología

Habiendo advertido en la ciencia social la científicidad del objeto, y su carácter práctico, como así también su indisoluble unión de la misma, en términos de participación de la teoría moral, corresponde proceder al análisis de método específico propuesto por Finnis, puesto que su pensamiento resulta racionalmente sólido en la medida en que se lo aborde siguiendo su propio método. En otras palabras, el sistema conceptual finnisiano formula una pretensión de coherencia interna que solo será verificable en la medida en que no se produzca ni un mínimo apartamiento de esa línea heurística.

Ahora bien, la consideración integral del método conlleva a la necesidad de considerar detalladamente cada uno de sus aspectos. Los aspectos principales del método finnisiano son básicamente dos: (i) una reformulación del llamado punto de vista interno (ii) El método de la analogía que Finnis –siguiendo a Aquino– propone para el abordaje del fenómeno jurídico.

Finnis reformula el llamado punto de vista interno trocando el abordaje descriptivo y pretendidamente neutral de la filosofía analítica por una aproximación decididamente valorativa. En este orden de ideas, parte de la premisa de que el derecho, en cuanto a institución de tipo social, no puede ser estudiado prescindiendo de la formulación de juicios de valor, ya que –como el mismo autor escribe– «un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los he-

chos sociales a menos que él participe también en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad práctica»⁷. En otras palabras, la necesidad de descripción del comportamiento humano conlleva a una reflexión previa acerca de los fines, que son los que en definitiva proporcionan no solo una justificación moral, sino también sino también racionalidad a ese comportamiento. Estos fines de la conducta se presentan en el intelecto del agente dando razón de bien, por lo que, en este punto, resulta de especial relevancia referir a la distinción finnisiana entre aquellos bienes a los que corresponde adscribir un carácter pre-moral, que opera tornando la acción humana –cualquier acción humana– en algo comprensible o inteligible, por un lado; y los fines como aquello que justifica moralmente (o no) la acción por otro.

Más concretamente, hay que distinguir dos niveles de reflexión: uno de tipo pre-moral, basado en la captación o aprehensión de ciertos principios de acción que se presentan en el intelecto del agente como apetecibles. El atractivo percibido es lo que precisamente justifica su razón de bien. Se trata de un momento de captación básica o rudimentaria propia de las tendencias naturales. De ahí que sea posible predicar –siguiendo a Pilar Zambrano– un triple carácter: «Son pre-morales, directivos y evidentes»⁸. La pre-moralidad sugiere que estos primeros principios de actividad carecen aún de carácter normativo, puesto que operan limitándose a mostrar solo el carácter atractivo de ciertas tendencias que son las que se convertirán en fin de la acción. Por tanto, «aunque estos principios no sean imperativos, son prácticos y directivos, pues indican, de modo genérico y sin especificar aun cómo actuar en concreto, cuáles son los fines a los que conviene –aunque no aún “debe”– adecuar el propio obrar»⁹. Asimismo, carácter evidente se explica en la medida en que su captación intelectual se produce de modo inmediato¹⁰.

7 FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*. op. cit. p. 3.

8 ZAMBRANO, P., «El derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista de John Finnis», en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 4, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 333.

9 *Ibíd.*, p. 334.

10 FINNIS, J., *Aquinas. Moral Political and Legal Theory*, op. cit., pp. 86-89.

Ahora bien, el segundo nivel de reflexión tiene lugar cuando se opera el tránsito desde la directividad de los primeros principios de la razón práctica, hacia la comprensión de su normatividad moral, lo cual se produce en el momento en el que el sujeto aprehende el carácter necesario de aquellos bienes humanos básicos que en el primer momento solo captó como apetecibles. Este carácter necesario se produce mediante un juicio intelectual en el que advierte que tales bienes son indispensables para la realización humana integral (en palabras de Finnis, *fullfilment*). En otros términos, un principio pasa de ser directivo a ser normativo en la medida en que el agente realiza un juicio racional en el que comprende y elige, frente a los distintos modos posibles de obrar, cuáles son los que dirigen, no a bienes humanos considerados en forma aislada sino a aquellos que conducen a un perfeccionamiento humano.

De ahí entonces que las razones para la acción difieran según operen en el nivel de reflexión pre-moral y en el moral. En el primero de los casos, «una razón para la acción podría definirse provisoriamente como la percepción, a través de principios pre-morales y evidentes de que la acción permite realizar algún bien o valor humano básico»¹¹. Mientras que en el nivel de reflexión moral, a esa percepción originaria del bien se le agrega un juicio de valor respecto a su necesidad y frente a la consideración de otras formas posibles de acción, en virtud del cual el sujeto capta que el bien –motor de su acción– tiene esta cualidad no solo para sí mismo sino también para los demás. Ello permite derivar su universalidad, y, por tanto, su normatividad. Al respecto, cabe recordar que Finnis propone un listado de bienes humanos básicos respecto de los cuales se cumpliría este proceso y que han sido objeto de tratamiento específico en el capítulo segundo.

La identificación de estos niveles de reflexión, supone la admisión de la posibilidad de formular juicios de valor de carácter objetivo, puesto que «solo si es posible una valoración objetiva tiene sentido afirmar la necesidad de valorar para alcanzar un conocimiento adecuado, si no, se estaría negando la posibilidad del conocimiento»¹².

11 ZAMBRANO, P., «El derecho como razón excluyente para la acción...», op. cit., p. 334.

12 PEREIRA SÁEZ, C., *La Autoridad del Derecho. Análisis crítico de la posición de J.M Finnis*, op. cit., p. 28.

La circunstancia de que Finnis se haya formado en la jurisprudencia analítica, cuyo sello filosófico identificador ha sido siempre, la pretensión de presentarse como un enfoque descriptivo de la conducta humana realizado con prescindencia de todo juicio de valor, no le impide reconocer las limitaciones obvias de este enfoque. En efecto, contra esa pretensión de neutralidad valorativa¹³, argumenta que los juicios de valor devienen en «elemento indispensable y decisivo en la selección o formación de cualquier concepto para su utilización en la descripción de tales aspectos de los asuntos humanos como el derecho o los asuntos jurídicos»¹⁴. En otras palabras, la formación misma de los conceptos elementales de cualquier teoría práctica solo puede tener lugar luego de la observación crítica de determinados objetos/ fines de la práctica social en cuestión, la cual –dada la multiplicidad de objetos posibles– conduce necesariamente a un proceso de selección sobre la base de criterios correspondientes a un modelo ideal.

Siendo el modelo ideal –o en palabras de Finnis, «caso central»– una construcción conceptual, este no podrá formarse sino mediante la identificación de las exigencias de razonabilidad práctica que dirijan los asuntos humanos en torno a los cuales se pretende la formación de conceptos, y ello es, precisamente, un juicio de valor. Si así no ocurriera, la selección de criterios y posterior conceptualización pecaría de arbitrariedad. Al respecto, afirma el autor que «hay un ir y venir, entre, por una parte, las estimaciones sobre el bien humano y sus exigencias prácticas y, por otra, las descripciones explicativas (empleando todas las convenientes técnicas históricas, experimentales y

13 Al respecto, entre los exponentes más significativos de esta escuela, y que ciertamente, se han interesado de reflexionar en profundidad sobre la necesidad de neutralidad axiológica en el abordaje del estudio del derecho, véase HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, 1992; BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. Rafael De Asís y Andrea Grepì, Madrid, Debate, 1993, pp. 145 y sigtes; KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, segunda edición, trad. Roberto J. VERNENGO, México, Porrúa, 1993, p. 7; ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, quinta edición, trad. Genaro CARRIÓ, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 24 y ss.; entre otros.

14 FINNIS, J., *NLNR*, p. 16.

estadísticas para cubrir todas las interrelaciones causales relevantes) del contexto humano en que de diversos modos se alcanza o de diversos modos se destruye el bienestar humano»¹⁵.

La ineludible naturaleza valorativa de toda teoría práctica se comprende pues a la luz de la correlativa naturaleza teleológica de la acción humana. En efecto, siendo el objeto de estudio la conducta humana libre, se hace necesario atender a la finalidad que persigue el sujeto actuante, para lo cual, el científico o teórico social deberá situarse en el lugar del sujeto que delibera y actúa. «Las acciones humanas, prácticas y disposiciones y el discurso parcialmente constitutivo de tales prácticas –escribe Finnis– (...) no pueden entenderse sin entender su fin, su objetivo, su relevancia o su importancia tal como fueron concebidos quienes realizaron estas acciones, participaron en estas prácticas, etc.»¹⁶. Este método es el de la adaptación del punto de vista interno, y será ese punto de vista el que conduzca a la identificación de las razones que ha tenido el sujeto actuante y que han sido determinantes de su elección y acción. Es por eso, que, en el comportamiento humano libre, la acción no es irracional, sino que es inteligible, es decir, se entiende precisamente como la elección de un comportamiento en respuesta a una razón¹⁷.

La adopción del punto de vista interno como herramienta metodológica es tomada por el profesor australiano de Hart, quien parte de la consideración del derecho como fenómeno social consistente en un conjunto de hechos. Hasta aquí, Finnis concuerda con la aproximación metodológica de su maestro. Sin embargo, Finnis no se limita a recoger lisa y llanamente esta perspectiva, sino que la reformula al sostener que el punto de vista interno no puede siquiera describirse –no ya juzgarse– sin la mencionada asunción previa por parte del intérprete de un punto de vista «central o ideal».

15 Ibid., p.17

16 FINNIS, J., «Law and What I Truly Should Decide», en *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame Law School, Notre Dame, 2003, p. 118.

17 PEREIRA SAEZ, C., *La autoridad del Derecho. Análisis crítico de la posición de J.M. Finnis*, op. citp, p. 30.

Dada la naturaleza normativa del derecho, el punto de vista interno permite no solo describir, sino también comprender y juzgar el razonamiento de la persona que las obedece. Solo entonces, el método en cuestión estará en condiciones de identificar a las normas jurídicas –como sustancia predominante del derecho– como guías –y no meramente como predicciones– de la conducta, atribuyendo a la conducta consistente en la adecuación al mandato normativo, el carácter de «razón para la acción».

En síntesis, solo mediante la adopción de un criterio valorativo acerca de los fines ideales de una determinada práctica social, el punto de vista interno que de hecho adoptan las prácticas jurídicas, podrá en primer término identificarse y describirse, y luego justificarse. Sobre la identificación y descripción, explica Pereira Saez que «para describir el comportamiento es necesario formarse un concepto previo que permita discernir qué conductas deben tenerse en cuenta para esa descripción y cuáles no»¹⁸. De ahí que no se pueda equiparar el punto de vista interno metodológico hartiano con el finisiano, puesto que en Hart sigue predominando un criterio a-valorativo para describir el objeto de estudio (en este caso, el derecho), porque allí la perspectiva en cuestión es la de quien acepta la norma, sin que ello implique que tal aceptación equivalga a considerar la corrección del mandato normativo, con lo cual concluye que el derecho como fenómeno de tipo social es susceptible de ser identificado con prescindencia de toda referencia a la moral¹⁹.

El punto de vista interno hartiano es absolutamente compatible con una multiplicidad de actitudes que pueden adoptar los destinatarios de las normas: un ciudadano puede obedecer en virtud de un cálculo egoísta, o de un desinteresado interés por servir a los demás, por inercia, por imitación de los que otros hacen, por temor a las san-

18 *Ibíd.*, p. 32.

19 Véase en este punto: HART, H.L.A., *Proscript*, en *The «Concept of Law»*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 269, y *El concepto del derecho*, trad. por G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 310.

ciones, etc²⁰, sin que, por ello, dicho punto de vista pierda su carácter de estándar para la valoración de conductas propias o ajenas.

Por su parte, Finnis justifica la metodología dando un paso más, y – aunque le reconoce a su maestro el mérito de haber direccionado adecuadamente la filosofía del derecho mediante la perspectiva interna – afirma la necesidad de las valoraciones morales argumentando que, prescindir de ellas implica el riesgo de incurrir en arbitrariedad al no seleccionar conceptos que permitan distinguir la perspectiva interna adecuada, dada su multiplicidad, lo cual también es insoslayable. Ciertamente, el punto de vista finnisiano no se define – como en Hart – por ser el que capta el sujeto obligado por las normas, sino que su carácter interno deviene de su inmediata referencia al propio juicio interno, puesto que solo de esa manera las normas que integran un sistema jurídico podrán operar como razones para la acción. Y, finalmente, esto solo podrá ocurrir en la medida en que el mandato normativo tenga cierto atractivo racional.

En concreto, el aporte metodológico hartiano vinculado al mero reconocimiento de la obligatoriedad del derecho fundado en la convicción moral de quien obra conforme a derecho, se complementa en Finnis con su teoría de la razón práctica que formula distinción principios pre-morales y morales, sobre la base de un proceso de razonamiento que tiene distintos momentos y que (i) comienza en la captación sensible de ciertos fines/bienes; (ii) transita hacia la comprensión de su sentido general de bien, (iii) reconoce la necesidad de que se generen condiciones generales para que tales bienes sean asequibles a todos y cada uno de los miembros de la comunidad (bien común); (iv) todo lo cual lleva a concluir la necesidad de la autoridad política y del derecho como medios idóneos para asegurar esas condiciones.

En síntesis, lo característico de la perspectiva interna propuesta por Finnis es la de ser valorativa en dos niveles: el descriptivo y el crítico. Desde el punto de vista descriptivo, la multiplicidad de perspectivas o puntos de vista internos que he hecho existen en toda práctica social, torna indispensable la selección criterios que permitan distin-

20 HART, H.L.A., *The Concept of Law*, op. cit., p. 198.

guir cuál de ellas tienen mayor fuerza explicativa para operar como razones genuinas para la acción de la práctica en cuestión. Esta selección debe efectuarse, a su vez, sobre la base del juicio plenamente razonable, esto es, de acuerdo con todas las exigencias –pre-morales y morales– de la razón práctica. Este juicio plenamente razonable sirve, asimismo, en el plano crítico, para justificar moralmente –o no– la práctica en cuestión. En consecuencia, el mismo no puede tener otro carácter más que moral.

4. La analogía como criterio de distinción conceptual

El carácter crítico de la perspectiva, evidenciado en la necesidad de la selección y formación de conceptos conduce al análisis del segundo aspecto de la metodología finnisiana: el recurso de la analogía. En este segundo aspecto, el profesor oxoniense recurre a la técnica desarrollada por autores clásicos, como Platón y Aristóteles y particularmente Tomás de Aquino. El método en cuestión supone que el filósofo práctico no debe adscribir un significado unívoco a los conceptos en virtud de los cuales se intenta explicar realidades humanas. La univocidad solo tiene lugar cuando las realidades a estudiar se verifican todas con la totalidad de sus rasgos característicos, de modo que se pueden designar con un único concepto, que además se utiliza con un significado unívoco. Así, «la atribución de un significado unívoco reduce la comprensión de la realidad a estudiar a aquello que tengan en común todas sus posibles realizaciones»²¹.

Por el contrario, la descripción analógica permite ampliar el campo de aplicación de los conceptos estudiados más allá del denominado caso central. Ciertamente, la analogía supone la focalización en propiedades características de un caso central o significado focal –*focal meaning*– en el que se verifican la totalidad de caracteres constitutivos de la realidad en cuestión, por un lado, y por otro, partiendo de la consideración de ese caso central, la analogía permite extender el

21 PEREIRA SAEZ, C., *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, op. cit., p. 44.

concepto a otras realidades en las que están ausentes, diluidas o corruptas algunas de esas características. Dicho de otro modo, el caso central implica que el teórico social, al momento de situarse frente a una determinada realidad que se convertirá en objeto de estudio, análisis o reflexión, recurrirá en primer término a la búsqueda de concepto que opera como realidad modélica o ideal definida en abstracto y *a priori*. La misma, para ser tal, debe ser comprensiva de la totalidad de aspectos y propiedades que contribuyen a definir su «idealidad», constituyéndose en marco de referencia para la confrontación de las praxis concretas a analizar, de modo tal que, a mayor proximidad con el tipo conceptual será posible predicar que la realidad estudiada se da en la praxis según su significado focal. Por el contrario, el distanciamiento o pérdida de algún aspecto definitorio del caso central, provoca la extensión del concepto, pero solo en forma analógica y como una versión desviada, o marginal en relación con el modelo conceptual.

Por lo tanto, para Finnis, el recuso de la analogía es indispensable para una cabal comprensión del fenómeno jurídico visto desde la órbita de la teoría social, dado que la realidad social en cuanto a objeto de estudio presenta siempre una multiplicidad de matices en difícilmente se reúnan la totalidad de aspectos constitutivos del concepto. De ahí que el recurso de la analogía se presente como la herramienta metodológica especialmente propicia para realizar una aproximación lo más realista posible a las prácticas sociales.

En este sentido, el autor comienza el tratamiento de la cuestión, proponiendo someter a consideración ciertas realidades propias de la experiencia humana en las cuales coexisten elementos que se encuentran presentes en el tipo ideal (o concepto) de esa realidad que se constituye en objeto de estudio, con otros elementos que podrían incluso desfigurarse la realidad en cuestión. Al respecto, ejemplifica «si “constitución” o “derecho” son definidos como sistemas decentes, ¿cómo puede la teoría tener algo que decir sobre la mayoría de los sistemas gubernamentales o legales de gobierno en los cuales seguramente se mezcla la justicia con la injusticia?»²². Y más adelante agrega que «el

22 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. op. cit., pp. 42-43.

campo propio de cualquier ciencia o teoría incluye propiamente todo lo que está relevantemente relacionado a un tipo central, y la serie de relaciones relevantes que el tipo central incluye, *inter alia*, no solamente que cosas genera ese tipo sino también sus defectos característicos o corrupciones»²³. En consecuencia, los tipos «diluidos o corruptos» (en palabras de Finnis), quedarían comprendidos en el tipo ideal, no con un significado unívoco, sino análogo.

Así, el profesor de Oxford –siguiendo a Aquino– explica que ciertos conceptos como por ejemplo el de ciudadano, pueden entenderse en adecuación al tipo o caso central (*simpliciter*), «sencillamente sin calificación»²⁴, o bien, se puede hablar de ciudadano *secundum quid*²⁵, *en un sentido calificado*: «Funciona a modo de conclusión que un ciudadano *simpliciter* es alguien que puede participar en el gobierno, ya sea en los tribunales (e.g., sobre jurados), o en alguna clase de consejo deliberativo, y ya sea sobre una base restringida como los sistemas monárquicos o aristocráticos, o sobre una base no irrestricta como una democracia (...) a la que ciertamente la definición de ciudadano se aplica más ampliamente»²⁶. De donde surge que el concepto de ciudadano se hace extensivo no solamente al individuo que ejerce sus derechos civiles y políticos en el marco de una democracia, sino a todos aquellos supuestos en los que los que el individuo participe de alguna manera en la administración y gestión de la cosa pública (*secundum quid*).

5. El concepto de derecho en sentido analógico

Una vez efectuada esta referencia general a la dinámica de la analogía, corresponde avanzar sobre el tratamiento que, con esta metodología, le da el profesor australiano al abordaje del fenómeno jurídico. Al respecto, se advierten en la obra principal del filósofo en estudio,

23 *Ibíd.* p. 43

24 *Ibíd.*, p. 44.

25 *Simpliciter: vere: proprie; secundum quid: secundum aliquem modum: secundum similitudinem: cum aliqua adjectione.* Cfr. NL, p. 366 Y su cita de la *Política*, de Aristóteles, y del Comentario de Santo Tomás a esa obra.

26 *Ibíd.*, p. 44.

Natural Law and Natural Rights, algunas precisiones que resultan aplicables a la ciencia práctica en general, pero particularmente a la ciencia jurídica:

Una ciencia social, como la teoría sociológica o analítica del derecho, busca describir, analizar y explicar algún objeto o materia. Este objeto está constituido por acciones humanas, prácticas, hábitos, disposiciones y por el discurso humano (...) Pero las acciones, prácticas etc., solamente pueden comprenderse plenamente captando su fin, es decir, su objetivo, su valor, su relevancia o importancia, como se concibió por la gente que los realizó, que se comprometió en ellos²⁷.

Pero ocurre que, como se expuso previamente, los objetos de estudio no tienen un significado o sentido unívoco, de modo que frente a la multiplicidad de formas que se emplean para designar el mismo objeto, se hace necesaria la selección de un significado central o focal, que sea susceptible de ser aplicado a las diversas manifestaciones de un mismo fenómeno. En concreto, con relación a la praxis jurídica, este método tiene fundamental relevancia, dada la complejidad de aspectos y prácticas que comprende, torna aún más dificultosa el empleo de significados unívocos, a diferencia de lo que puede suceder en otras ciencias.

Ciertamente, será este significado central o focal, el que se constituye en marco de referencia que permitirá distinguir «lo maduro de lo inmaduro en los asuntos humanos, lo refinado de lo primitivo, lo plenamente realizado de lo corrupto, el buen ejemplar del caso desviado»²⁸. Con esta consideración, Finnis reconduce la cuestión a la categorización tomista que distingue entre realidades *simpliciter y secundum quid*. En el primero de los casos, se designan objetos en plenitud de sus propiedades, mientras que, en el segundo, se designan realidades similares, pero que adolecen de alguna característica propia del caso central o significado focal.

27 *NLNR*, op. cit., p. 3.

28 *Ibid.*, p. 10-11.

6. Aproximación analógica al punto de vista interno

En este punto es donde se vislumbra la estrecha relación que tienen los dos aspectos analizados de la metodología finnisiana: el punto de vista interno y la analogía. En efecto, la determinación o selección de este significado focal requiere la adopción de un punto de vista práctico que –en palabras del autor– no quiere decir «factible como opuesto a no factible, ni eficiente como opuesto a ineficiente, con miras a la decisión y acción. El pensamiento práctico es, en cambio, pensar sobre qué debe –y no meramente qué puede– uno hacer. La razonabilidad práctica es la razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos y, en general, al actuar»²⁹. En consecuencia –prosigue Finnis– es «la filosofía práctica una disciplina y crítica reflexión sobre los bienes que pueden ser realizados en la acción humana, y sobre los requerimientos de la razonabilidad práctica»³⁰. Nuevamente, este punto de vista práctico no puede ser otro que el punto de vista interno, esto es, el punto de vista del sujeto que emplea un determinado sistema de reglas vigente como marco de referencia para la valoración de acciones humanas, sean propias o ajenas. En consecuencia, este punto de vista, tiene necesariamente un carácter moral.

6. a. El caso focal del derecho

Aplicando el método analógico y la perspectiva práctica a la conceptualización del derecho como objeto de estudio, el profesor de Oxford caracteriza su caso central como aquel que tiene lugar en una comunidad política, «que pretende tener una autoridad para dar una dirección comprensiva y suprema a la conducta humana en esa comunidad, para conferir validez jurídica a todas las disposiciones normativas que afecten a los miembros de esa comunidad»³¹. Ciertamen-

29 *Ibíd.*, p. 12.

30 *Ibíd.*, p. 12.

31 *Ibíd.*, p. 260.

te, se advierte que –en el caso central finnisiano de derecho o sistema jurídico– pretende superar la concepción reduccionista kelseniana que lo vincula con el elemento de la coerción como constitutivo y definitorio de su naturaleza.

Por el contrario, el autor sitúa el fundamento de la obediencia a las normas jurídicas, en otro plano: el del convencimiento de sus destinatarios acerca de la justicia de las mismas, de donde deriva la conveniencia de su observancia (o legitimidad).

En este sentido explica más ampliamente el autor en estudio que:

Tales vastas pretensiones, propuestas por o en representación de simples hombres no serían atendibles a menos que aquellos de quienes se dice que están sujetos a la autoridad jurídica tengan razón para pensar que la obediencia al derecho no los dejará sometidos a las embestidas o ataques de sus enemigos, dentro o fuera de la comunidad. La autoridad del derecho depende (...) de su justicia o al menos de su capacidad para asegurar justicia³².

Del párrafo citado surge con claridad que, según el autor, en el caso central o significado focal del derecho, el sistema jurídico cumplirá una doble función: directiva de la conducta humana en relación con la justicia y coactiva, lo que permite identificar la finalidad objetiva/universal del derecho. Sobre esta base, vale la pena proceder al análisis del caso central de sistema jurídico, o lo que es lo mismo, averiguar cuáles son las notas que debería reunir un sistema jurídico para poder realizar los fines del derecho.

Así las cosas, para que sea posible la configuración de este caso central, el sistema en cuestión no puede ser observado solo en su dimensión sancionadora, sino que debe reunir una serie de características formales y sustantivas. Entre las formales, ciertamente, se encuentra la coactividad, pero también la (i) posibilidad de prever las conductas humanas, (ii) la estabilidad de las normas jurídicas que deriva del re-

32 *Ibid.*, p. 260.

quisito de la validez formal, y que se erigen en garantía de seguridad jurídica, (iii) la moralidad interna del derecho, que se configura toda vez que se cumplen con el resto de los desideratas constitutivos del *Rule of Law*.

No obstante, el caso central del derecho no se agota en la dimensión puramente formal, ya que la misma es insuficiente para garantizar sus fines. Todo caso central o significado focal de sistema, en cuanto modelo teórico ideal, debe necesariamente comprender una dimensión sustancial o material, que emana de la dimensión teleológica específicamente humana a la que se destina el establecimiento de cualquier sistema jurídico. Por tanto, el paso que sigue en este proceso de configuración teórica del caso central, consistirá en avanzar hacia la identificación, definición y delimitación del contenido de esta dimensión sustancial, desde la perspectiva del caso central del punto de vista interno.

Así, Finnis propone definir el caso central de sistema jurídico como conjunto de «reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (...) para una comunidad “completa”, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras de esas reglas guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualesquiera problemas de coordinación de la comunidad (...) para el bien común de esa comunidad...»³³. De esta nueva definición surgen dos notas características del caso central de derecho (como sistema): el de ser un instrumento de coordinación de la acción común y la finalidad de esa coordinación que es la consecución del bien común.

Por lo tanto, la finalidad del establecimiento de cualquier sistema jurídico, conceptualmente considerado es (debe ser) la coordinación de la acción con miras al bien común de la comunidad a la que está destinado a regir. La referencia al bien común en el caso central del punto de vista interno proporciona la base y fundamento para hacer de ese modelo teórico un auténtico caso central de sistema jurídico.

33 *Ibid.*, p. 276.

Sin embargo, el autor en estudio se preocupa cuidadosamente de dejar en claro que este significado focal no tiene un sentido unívoco, puesto que admite la posibilidad de su extensión –por vía de analogía– a una multiplicidad de fenómenos y realidades en los que se encuentren presentes todos o la mayoría de los componentes constitutivos del caso central.

6. b. Aspectos fundamentales del caso central de derecho

De lo anteriormente expuesto, cabe afirmar que el caso central de derecho en la teoría jurídica del profesor de Oxford, permite un abordaje fundamentalmente en dos niveles: (i) uno instrumental, donde el concepto de derecho hace referencia al sistema jurídico en cuanto a medio de coordinación de la acción común, (ii) y otro teleológico, en el sentido en que tal coordinación es realizada con miras al logro del bien común social.

Es quizás, en esta instancia en la que se comprende mejor el punto de convergencia entre la filosofía política, moral y jurídica, y ello ocurre cuando se analizan las características o dimensiones que el derecho tiene en el pensamiento del autor. Por un lado, cabe adscribir al derecho el carácter de acción común «razonable», toda vez que en el logro del bien común como fin encuentra su razón de ser. La racionalidad y, especialmente, la razonabilidad del derecho explica su conexión con la prudencia, en cuanto a exigencia de la razonabilidad práctica, lo cual es propiamente materia de la filosofía moral. Por otro lado, la convergencia con la filosofía política surge del hecho de predicar también el carácter autoritativo o institucional del derecho, toda vez que sus normas son establecidas por la autoridad de la comunidad política, quien tiene potestad para «dar dirección comprensiva y suprema a la conducta humana en esa comunidad, y para conferir validez jurídica a todas las otras disposiciones normativas que afecten a los miembros de esa comunidad»³⁴. Así, el rol específico de la filosofía jurídica, consistirá, en proporcionar un fundamento suficiente que permita

34 NLNR, op. cit., p. 260.

justificar el carácter normativo del derecho positivo, en términos de aptitud para vincular moralmente, esto es, vincular en conciencia, a los destinatarios de sus normas.

Más explícitamente, la vinculación entre estas tres ramas de la filosofía práctica se explica en la medida en que la política da cuenta de la necesidad de la existencia del derecho en primer término, y de sus cualidades formales, con miras al logro de la finalidad del bien común político en segundo término. En otras palabras, la reflexión sobre la naturaleza del bien común político conduce a concluir necesariamente cómo debe ser el derecho para aseguirlo.

A su turno, es la moral la que proporciona los criterios que permiten justificar la obligatoriedad del derecho y determinar las condiciones de obediencia al mismo. La tarea propia de la teoría jurídica, consistirá, por tanto, en combinar ambos aportes y emplearlos como criterio de valoración de los sistemas vigentes.

En este punto conviene recordar que Finnis toma de las tesis de Hart y Raz³⁵ la concepción de que el derecho proporciona razones para la acción. Sin embargo, la propuesta del profesor australiano se distancia de la de los citados autores en el hecho de hacer residir el concepto de razón para la acción en la vinculación del derecho vigente con el bien común político, y, por su intermedio, con el bien moral

35 Ciertamente, Hart atribuye a la filosofía jurídica el propósito central de identificar el carácter normativo del derecho con el hecho de proporcionar razones para la acción. En este punto vease: HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 18; *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon press, 1982, p. 144, y *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 70-72. Por su parte, Josep Raz afirma que lo que se acepta como razón para la acción es un conjunto de decisiones cuya existencia y contenido es «una cuestión de hecho social». Vease, RAZ, J., *La ética en el ámbito de lo público*, trad. M. L. Melón, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 227. Además de estos autores, estas cuestiones también han sido desarrolladas por otros exponentes de la Jurisprudencia analítica, tales como SARTORIUS, Ralph, «Political Authority and Political Obligation», en *Virginia Law Review*, 61, 1, 1998, pp. 3-17; MACKIE, John, L., «Obligation to Obey the Law», en *Virginia Law Review*, *ibid*, pp. 143-158; COLEMAN, Jules and LEITER, Brian, «Legal Positivism». *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Patterson, Dennis (ed.), 1996, pp. 241-260.

del ciudadano lo cual es, en última instancia, lo que atribuye carácter normativo al derecho. Así, si bien el autor sostiene la posibilidad de estudiar descriptivamente al derecho considerado como un «hecho complejo relativo a opiniones y prácticas de un conjunto de personas en un momento determinado»³⁶ –idea esta que comparte con Hart y Raz– no obstante, sostiene enfáticamente que también «es preciso considerar el derecho, y el derecho de una comunidad en particular, precisamente (...) como buenas razones para la acción. Pero cuando la deliberación sigue su curso, las razones que tenemos para la acción (y para abstenernos de la acción) realmente buenas y las únicas que son de verdad suficientes son razones morales»³⁷.

En síntesis, la obligatoriedad moral, esto es, la obligatoriedad en conciencia del derecho se estructura sobre la base del concepto de razones para la acción. Ahora bien, siendo el derecho en su dimensión política un instrumento de coordinación de la acción común para el logro del bien común, el tipo de razones morales que debe proporcionar el derecho no puede ser otro que el de razón excluyente. En efecto, Finnis reconoce de modo explícito la utilidad de este concepto propuesto por Raz, y explica que una razón reviste carácter excluyente cuando:

Es una razón para juzgar o actuar o cuando no existen o al menos no se comprenden otras razones para juzgar o actuar así; o para juzgar o actuar desatendiendo al menos algunas razones que son comprendidas y relevantes y que en ausencia de la razón excluyente habrían sido suficientes para justificar proceder de alguna otra manera. Este es el significado focal de autoridad (...)»³⁸.

36 FINNIS, J., «Sobre la incoherencia del positivismo jurídico», en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, trad. Carolina Pereira Saez. Supervisión de Carlos Ignacio Massini Correas, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, p. 26.

37 FINNIS, J., «Sobre la incoherencia del positivismo jurídico», op. cit., p. 27.

38 *NLNR*, op. cit., p. 234.

El carácter excluyente en este sentido es tomado como equivalente absoluto, o bien, *sustitutivo* del proceso deliberativo del agente actuante. El derecho tiene autoridad porque proporciona razones que sustituyen o «excluyen» la deliberación individual para poder cumplir su finalidad de coordinación de la acción común indispensable para alcanzar el bien común. «Como observa correctamente Raz en la pág. 64³⁹ –escribe Finnis– si la autoridad ha de justificarse por las exigencias de coordinación (...) debemos considerar que los enunciados autoritativos como razones excluyentes. La prueba está contenida en el análisis clásico de autoridad. La autoridad solo puede asegurar la coordinación si los individuos interesados se atienen al juicio de ella y no actúan según el balance de razones, sino según las instrucciones de la autoridad (...)»⁴⁰.

Desde esta perspectiva, se comprende y justifica tanto la positividad como la naturaleza sistemática del derecho. En efecto, el derecho como sistema de normas positivas surge y está determinado por hechos cuya existencia ha sido verificada en el pasado por quienes tenían autoridad para efectivizarlos. El modo de origen de las normas jurídicas positivas es un dato necesario –pero no suficiente– para que proporcione razones para obrar del modo en que ordenan sus normas. En otros términos, la legitimidad de la fuente normativa no garantiza por sí sola el surgimiento de razones para la acción. En segundo lugar, su carácter sistémico deriva del dato de que el contenido de aquello que ha sido postulado (*posited*), guarda una relación de subordinación y coherencia, tanto formal como sustancial con otras normas de superior jerarquía que se encuentran dentro del mismo ordenamiento. Pero ni la positividad ni la sistematicidad son suficientes para Finnis a la hora de pensar en la construcción de un concepto de derecho que sirva de marco de referencia para evaluar el derecho positivo.

En cambio, es necesario considerar otro aspecto o –en palabras del autor– «otra vida» del derecho, en la que el mismo opera como «criterio directivo para las deliberaciones conscientes de quienes tienen la

39 RAZ, J., *Practical Reasons and Norms*, London, 1975.

40 NLNR, citando a Raz, *Practical Reason and Norms*, op. cit. p. 255.

responsabilidad de decidir (hacer justicia) según el derecho»⁴¹. Finnis explica que un modelo teórico que solo considere el aspecto fáctico social del derecho es insuficiente. Ello se evidencia en la misma praxis que, en no pocas ocasiones, coloca a los operadores jurídicos en la disyuntiva de tener que apartarse de normas válidas según su fuente fáctica, pero «viciadas desde el punto de vista moral»⁴². Es aquí en donde se enlaza el concepto de razones para la acción que proporciona el derecho con el concepto de bien, específicamente de bien en sentido moral o en concordancia con la razonabilidad práctica.

Por tanto, dado que no se puede obviar este segundo aspecto del fenómeno en estudio, el profesor de Oxford procede a proponer su caso central o significado focal, que no es otra cosa que un modelo teórico que sea comprensivo al menos de estas dos dimensiones básicas del derecho. Así, manifiesta que, en esta tarea, su intención ha sido «desarrollar un concepto para ser usado en una explicación teórica de un conjunto de acciones, disposiciones, interrelaciones y concepciones humanas que (...) se mantienen unidas como un conjunto en virtud de su adaptación a un conjunto especificable de necesidades humanas consideradas a la luz de características específicas de la condición humana»⁴³. A su turno, estas necesidades son concebibles según «como la persona plenamente razonable las estimaría»⁴⁴. En otras, palabras, se trata de desarrollar un concepto que sea capaz de predicarse de una multiplicidad de fenómenos en los cuales se da un factor o elemento común: que todos ellos se orientan a responder a «las exigencias permanentes de la razonabilidad práctica relativa a esta amplia área de interacción e intereses humanos»⁴⁵.

De lo expuesto, decanta que la construcción o elaboración teórica de este significado focal del fenómeno jurídico implica una necesaria referencia al bien humano, entendido como aquellos bienes pro-

41 FINNIS, J., «On the Incoherence of Legal Positivism», en *Notre Dame Law Review*, Vol. 75, Notre Dame, 2000, pp. 1597-1611.

42 *Ibid.*, p. 1603.

43 *Ibid.*, pp. 278-279.

44 *Ibid.*, pp. 279.

45 *Ibid.*

pios e inherentes de la condición humana que ningún ordenamiento o sistema de reglas de conducta puede dejar de proteger para que pueda adscribirse un carácter auténticamente jurídico.

6. c. La referencia al bien común en el plano conceptual

Ahora bien, la referencia al bien común como elemento integrante del marco de referencia dentro del cual se debe definir el caso central fenómeno jurídico, conlleva también, a la necesidad de realizar un abordaje del mismo que sea conducente hacia una definición o noción lo más general y objetiva posible.

Con este propósito, Finnis recurre a un esquema argumentativo en el que –para arribar a una noción acabada de bien común– es necesario distinguir los diferentes sentidos de unidad que son predicables en el seno de cualquier comunidad: (i) «el orden que es estudiado por las ciencias naturales»⁴⁶, en virtud del cual, se produce una relación unificante entre seres humanos de tipo biológica y física. (ii) «En segundo lugar, la unidad u orden que nosotros podemos introducir en nuestro entendimiento mismo (...), que se manifiesta más sencillamente en la coherencia interna de cada *corpus* de conocimiento y de cada campo de discurso»⁴⁷, que –según el autor– son las estudiadas por la lógica, epistemología u otras disciplinas generales. (iii) «En tercer lugar, está la unidad u orden que nosotros introducimos o imponemos, en cualquier materia que esté sometida a nuestro poder»⁴⁸, que es la propia de la técnica, las artes y las ciencias aplicadas; (iv) y por último, «está la unidad u orden que nosotros introducimos en nuestras propias acciones o disposiciones mediante la inteligente deliberación y elección»⁴⁹, y que sería estudiada por la ética, la filosofía política, u otras disciplinas similares.

Según Finnis, la comunidad humana es una comunidad de cuarto orden, cuya realización depende de la necesaria intervención de los

46 *NLNR*, op. cit., p. 136.

47 *Ibíd.*, p. 137.

48 *Ibíd.*, p. 137.

49 *Ibíd.*, p. 138.

factores «coordinación» y «compromiso común», y en el que se trascienden los límites de la comunidad familiar en procura de objetivos más elevados, en los que –en aras de la realización o pleno desarrollo humano–, se coordinan acciones y se establecen formas de relación indispensables para la consecución de los mismos.

Así, el derecho analizado en su significado focal, se comprende como un instrumento de coordinación de tales acciones y objetivos comunes (aunque no siempre compartidos), necesario para el desarrollo integral de los miembros de la comunidad. De lo afirmado se sigue, según el profesor de Oxford, que «todos estos postulados, características e instrumentos distintivos del derecho tienen su fundamento, desde el punto de vista de la razonabilidad práctica, en la exigencia de que las actividades de los individuos, familias y asociaciones especializadas estén coordinadas»⁵⁰.

En relación con esta cuestión, se comprende, por último, que de la naturaleza específica del bien común político dependen también las cualidades específicas del derecho como instrumento de coordinación. En este sentido, afirma que el bien común propio de la comunidad política, y que, como tal, se erige en objetivo todo sistema de reglas que pretenda ser auténticamente «jurídico», (en su significado focal) consiste en «asegurar –escribe Finnis– todo un conjunto de condiciones materiales y de otro tipo que tendieran a favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal»⁵¹. Cabe aclarar que esta consideración del bien común, no implica adscribir un carácter individualista o instrumental del conjunto de condiciones que posibilitan tal desarrollo personal, sino que se trata de una consideración de tipo sustancial, en la medida en que las dimensiones individual y social del desarrollo humano se comprenden y complementan, de tal manera que ninguna de las dos dimensiones se puede pensar aislada o escindida de la otra.

Esta vinculación conceptual explica que la noción de bien común no puede comprenderse acabadamente prescindiendo de la referen-

50 *Ibíd.*, p. 149.

51 *Ibíd.*, p. 154.

cia a los bienes humanos básicos. En efecto, señala el profesor austriaco que

... hay un «bien común» para los seres humanos, puesto que la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la religión y la libertad en la razonabilidad práctica son buenos para todas y cada una de las personas. Cada uno de estos valores humanos es él mismo un bien común puesto que puede ser participado por un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o (...) de ocasiones⁵².

Esto implica definir el contenido conceptual de bien en la dimensión individual y social del ser humano, de modo que no se concibe la aspiración al bien común de la comunidad política propia del caso central de ordenamiento jurídico, si se desconocen o de cualquier modo niegan, estos bienes de los que innegablemente participan todos los seres humanos. Lo expuesto permite comprender y concluir que el análisis de la naturaleza del bien común político reafirma una vez más la tesis de la continuidad entre la teoría moral, política y jurídica.

6. d. Consideraciones sobre el significado focal de derecho: Análisis del analogado principal

Hasta aquí se ha hecho referencia a la propuesta del autor en estudio de abordar el derecho con una perspectiva analógica, en la cual se analiza un modelo teórico ideal –el caso central o significado focal– que sirve para confrontar las distintas aproximaciones conceptuales y las diferentes concreciones históricas del fenómeno jurídico. En el segundo sentido, esta confrontación permitirá calificar cada manifestación histórica de ordenamiento jurídico ya sea como de derecho *simpliciter*, en la medida en que se verifiquen en él todos o la mayoría de sus elementos descriptores, o bien, cuando ello no ocurra por tratarse de casos corruptos o diluidos (*watered down*), simplemente se puede predicar de ellos su carácter de derecho *secundum quid*.

52 *Ibíd.*, p. 155.

En este orden de ideas, se hizo referencia al significado focal de punto de vista interno y, a partir del mismo, de sistema jurídico propuesto por Finnis, en términos de «reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (...) para una comunidad “completa”, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras de esas reglas guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualesquiera problemas de coordinación de la comunidad (...) para el bien común de esa comunidad...»⁵³. De este caso central o significado focal, se deduce que el derecho cumple una doble finalidad: a) La coordinación de la acción común de los miembros de la comunidad; b) El logro del bien común social. Esta doble finalidad es la que explica y justifica el carácter normativo –autoritativo– de las razones excluyentes para la acción que proporcionan las normas que integran el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a continuación, se procederá al análisis de cada uno de los distintos elementos que debe incluir este caso central de derecho/sistema jurídico como analogado principal del fenómeno jurídico, cuya consideración deviene en imprescindible para que se verifique el cumplimiento de esa doble finalidad.

6. e. 1. La autoridad

Desglosando el concepto propuesto por el autor en estudio de caso central de derecho, el primer elemento que se advierte es la directa referencia a reglas, que son producto de otras reglas y que han sido emanadas de una autoridad con competencia para su promulgación. Así –y en estrecha vinculación con lo anterior– la autoridad se justifica en la medida en que es necesaria para la coordinación de la acción común. Finnis explica en este orden de ideas, que solo hay dos formas posibles de coordinar la acción común: (i) la unanimidad y (ii) la autoridad. Cuando –como ocurre en el plano político– la primera es de imposible consecución, la finalidad común solo puede efectivizarse por medio

53 *NLNR.*, op.cit. p. 276.

de la autoridad. De este modo, se explica la vinculación conceptual necesaria que existe entre autoridad política y bien común.

Más ampliamente, Finnis encuentra una relación necesaria entre la actividad racional de la actuación comunitaria y la necesidad de autoridad, en el sentido que «mientras mayor sea la inteligencia y la habilidad de los miembros de un grupo, y mientras mayor sea el compromiso y dedicación a los objetivos comunes y al bien común, (...) más autoridad y regulación pueden ser necesarias para posibilitar a ese grupo alcanzar su objetivo común, su bien común»⁵⁴. En otras palabras, la necesidad de la autoridad se explica y justifica cada vez más a medida en que aumenta la complejidad de la sociedad, puesto que los nuevos problemas que surgen van requiriendo nuevas decisiones destinadas al logro de nuevas formas de organizar y coordinar la acción común.

Una vez que la autoridad política se justifica por la disposición de los medios necesarios para solventar eficientemente los problemas de coordinación, se comprende que «la autoridad (y por ende la responsabilidad de gobernar), ha de ser ejercida por aquellos que de hecho pueden resolver eficazmente los problemas de coordinación»⁵⁵.

Con estos elementos estarían dadas las premisas para analizar la autoridad política y la autoridad del derecho (como expresión de la autoridad política) como una exigencia de la razonabilidad práctica. De ahí que sea necesario distinguir en primer término, entre autoridad política entendida como poder socialmente instituido y/o reconocido, por un lado, y por otro, autoridad política como atributo que se tiene en virtud de un determinado saber o cualidad.

En el primero de los casos, la autoridad se aproxima al concepto de *potestas*, mientras que, en el segundo, se aproxima al de *auctoritas*. En ambas acepciones se evidencia correlatividad con la noción finnisiana de razones para la acción, que proporciona el derecho, y cuyo carácter normativo se justifica no solo por la fuente de la cual emanan, sino también, y fundamentalmente por su referencia al bien. En este contexto, la autoridad es presentada como un bien, o al menos, como un

54 NLNR, op. cit. p. 232.

55 Ibid., p. 246.

medio necesario para alcanzar el bien común. En consecuencia, la circunstancia de que los mandatos de alguien que ejerce autoridad deban ser acatados, tiene –según Finnis– consecuencias normativas para la razonabilidad práctica tanto de aquellos que ejercen la autoridad como respecto de quienes se encuentran sujetos a ella, aun reconociendo que la misma no reviste carácter «incondicionada o irrefutable (*indefeasible*)»⁵⁶.

En realidad, el autor en estudio explica que para que el principio según el cual «*las órdenes de la autoridad deben cumplirse*», tengan efectivamente consecuencias normativas, las mismas deben ser acordes a las exigencias de la razonabilidad práctica, en términos de adecuación racional al bien, porque de lo contrario, tales mandatos podrían carecer de justificación. No obstante, se podrá advertir, al avanzar en el análisis finnisiano, que, en este último caso, tales consecuencias normativas operan solo en el ámbito moral, no en el ámbito jurídico. Esta última cuestión, se analizará con más detalle al tratar el problema de la ley injusta.

Pero además es preciso destacar que la autoridad política tiene un carácter instrumental, ya que es el único medio idóneo «para sustituir la unanimidad en la determinación de la solución de los problemas prácticos de coordinación que implican o conciernen a todos en la comunidad»⁵⁷. Aceptada que sea esta premisa por medio de una reflexión racional por parte de la comunidad, el siguiente paso reside en asegurar «la provisión constitucional para la asignación y reconocimiento de la autoridad», o, en otros términos, asegurar la legitimidad de origen.

El carácter instrumental de la autoridad política es también criterio para determinar cuál es la extensión y alcance del deber de obediencia a la autoridad, para lo cual, propone dos modos de respuesta a los mandatos de la autoridad: (i) la aquiescencia en cuanto actitud de acatamiento general externo al mandato que corresponde en principio obedecer en virtud de la legitimidad de su fuente; (ii) y consenti-

56 *NLNR*, op. cit., p. 246.

57 *Ibid.*, p. 248.

miento, que es un concepto más amplio, comprehensivo no solo del acto externo de acatar sino también de un acto interno de adhesión al contenido sustancial del mandato, en virtud de su adecuación y coherencia con las exigencias de la razonabilidad práctica. «Este criterio práctico –afirma el iusfilósofo australiano– es: las decisiones de un hombre tienen autoridad cuando un sujeto prácticamente razonable, con el bien común en vista, pensaría que debe consentir en ellas»⁵⁸.

Concluyendo, del análisis de la autoridad finnisiana, pareciera surgir que, si bien el óptimo se configura cuando la respuesta al mandato autoritativo es el consentimiento, en realidad, basta con la aquiescencia para su eficacia operativa, siempre que el mandato autoritativo sea, al menos, formalmente correcto. En otros términos, el derecho como regla de conducta emanada de una autoridad, es vinculante por ese solo hecho, independientemente del contenido sustantivo de sus normas. En este sentido, Finnis comparte la posición de Hart y Raz, pero nuevamente se distancia al sostener, que aun cuando se reconozca en principio el carácter formal de la obligación de obedecer, ello no implica renunciar a la pretensión de que el contenido del derecho sea también sustancialmente (moralmente) correcto, porque si así no fuera, ello podría dificultar una comprensión adecuada de los verdaderos valores que debieran sustentar las normas jurídicas.

No obstante, siguiendo a Pereira Sáez, este reconocimiento no suprime la dificultad que surge de considerar la moralidad del derecho solo y específicamente en su dimensión instrumental o formal, lo cual puede imposibilitar la justificación de razones para obedecer el derecho, es decir, si el derecho proporciona razones que «son auténticas conclusiones de la razón práctica, no pueden justificar la obediencia al derecho con independencia de su contenido»⁵⁹. Esto último implica una doble dificultad que se derivan una de la otra: (i) Por un lado, la presuposición de que quien detente la autoridad tomará decisiones moralmente correctas, (ii) y por otro, el problema inmediatamente co-

58 *Ibid.*, p. 251.

59 PEREIRA SAEZ, C., *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, op. cit., 172.

rrelativo de cómo posicionarse y calificar –filosóficamente– aquellos casos en los que las decisiones de la autoridad tengan un contenido sustancialmente inmoral. Este último problema será objeto de particular análisis en los capítulos posteriores.

Finalmente, en lo que respecta al tema del presente apartado, resta observar –para su mejor comprensión– que el enfoque finnisiano referente a la autoridad política (y a la autoridad jurídica como expresión de aquella) parte de un enunciado prescriptivo según el cual «*se debe obrar conforme al bien común*», lo que implica la afirmación inmediatamente posterior de que el único modo de actuar con esta finalidad es mediante el acatamiento de los mandatos de la autoridad. En este contexto, el derecho opera como el instrumento adecuado que permite vincular a los partícipes del bien común en la distribución de cargas y beneficios. En palabras de Finnis «el derecho se presenta como una red sin costuras (*seamless web*). Sus sujetos no tienen permitido tomar y elegir entre las prescripciones y estipulaciones del derecho (...). La metáfora “red” o “enlaces” representa el hecho de que, en todos estos diferentes tiempos y situaciones, una común razón para la acción –el derecho– fue disponible y perentoria»⁶⁰.

En este sentido, Finnis reconoce que no todos los aspectos del bien común son protegidos o garantizados por el derecho, pero aun así no parece haber otra forma de conciliar la complejidad del bien común con las exigencias de la justicia (entendida en sentido legal y distributivo). Por lo tanto, «el derecho (la autoridad por medio del derecho)

60 FINNIS, J., «Law's Authority and Social Theory's Predicament», en *CEJF IV. Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 50. En el citado artículo desarrolla un argumento contra la tesis de Raz según la cual no habría una obligación general de obedecer al derecho, sino que es una cuestión que corresponde evaluar caso por caso. Por el contrario, Finnis considera que el derecho crea *prima facie* una obligación moral general y, por tanto, tiene *prima facie* una autoridad moral genérica. Para consultar con mayor amplitud el alcance de este debate, véase la respuesta de Raz a la objeción de Finnis en «The Obligation to Obey: Revision and Tradition», *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 1, Norte Dame, 1984, pp. 139-155, y posteriormente, el contraargumento finnisiano, desarrollado en «Law as a Coordination», *Ratio Juris* N° 2, Universidad de Bolonia, 1989, reimpresso posteriormente en *CEJF IV. Philosophy of Law*, op. cit., pp. 66-73.

es el único modo de coordinar con justicia distributiva el bien común y, por tanto, la obediencia al derecho es el único modo de actuar con justicia legal o general»⁶¹, y a partir de esta conclusión se comprende bien la razón por la cual para Finnis, el derecho genera *prima facie* una obligación moral de obedecerlo.

6. e. 2. Los derechos

Anteriormente se expuso como Finnis concibe al derecho con una doble finalidad: (i) por un lado, una finalidad instrumental, en la cual el fenómeno en estudio se explica como medio para la coordinación de la acción común social; y (ii) por otro lado, con una finalidad teleológica sustancial, en el sentido que el fin que se busca con dicha coordinación es el logro del bien común político. Ahora bien, en las líneas que siguen se intentará analizar en el pensamiento del autor en estudio, una de las formas por las cuales se hace posible la concreción fáctica de este bien común: el reconocimiento de derechos (*rights*). Asimismo, también es preciso señalar que hay en Finnis una relación de medio a fin entre el bien común social y el reconocimiento y protección de los derechos, en el sentido en que el primero de estos factores es condición necesaria para que se genere el segundo.

En efecto, si bien el profesor australiano identifica a los derechos como exigencias de la justicia, en la búsqueda de un fundamento o contenido objetivo de las mismas, advierte los problemas de ambigüedad semántica que surgen de las consagraciones jurídico-positivas actuales tanto nacionales como supranacionales. Ello hace necesario «un proceso racional para investigar y determinar lo que la justicia exige en un contexto dado»⁶², y en ese sentido señala Finnis –a propósito de las listas de derechos consagradas en las declaraciones internacionales de derechos humanos– que un simple examen de las mismas permite vislumbrar «los contornos del bien común, los distintos aspectos del bienestar individual en la comunidad». Lo que la referencia a los dere-

61 ZAMBRANO, P., «El derecho como razón excluyente para la acción», op. cit., p. 346.

62 NLNR, op. cit., p. 211.

chos aporta en este esbozo es simplemente una expresión enfática de lo que está implícito en el término *bien común*⁶³. En otros términos, los derechos devienen en dispositivos elaborados por quienes se encargan de coordinar la acción común a efectos de garantizar cada uno de los aspectos básicos del bienestar humano individual y colectivo.

En efecto, como se apuntó previamente, el profesor australiano conecta conceptualmente el bien común con las dimensiones del desarrollo integral de la persona, y en este sentido afirma que «hay un “bien común” para los seres humanos, puesto que la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la religión y la libertad en la razonabilidad práctica son buenos para todas y cada una de las personas. Cada uno de estos valores humanos es él mismo un bien común puesto que puede ser participado por un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o (...) de ocasiones»⁶⁴.

Por otra parte, también es preciso considerar que el iusfilósofo trata la cuestión, haciéndose eco del tratamiento que Tomás de Aquino hace de los derechos. En este sentido, merece la pena analizar las ciertas precisiones propuestas en su obra *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*⁶⁵, en el capítulo titulado «Hacia los derechos humanos», en la cual explica que el bien básico de la razonabilidad práctica –que se identifica en el pensamiento del aquinate con la prudencia– invita «a tratar el bien de otras personas como una razón para la acción en la propia deliberación y elección práctica de alguien»⁶⁶. Este es un proceso racional que parte desde los primeros principios prácticos y que dirige la deliberación hacia bienes que son comunes a todas las personas, y que constituyen condiciones de un bien común universal, que es la realización de todos los seres humanos. En consecuencia, es el derecho como expresión de la autoridad política encargada de la gestión de ese bien común, el que deberá prever dispositivos técnicos que

63 *Ibíd.*, p. 214.

64 *NLNR*, op. cit., p. 155.

65 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

66 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., p. 132.

se encarguen tanto del reconocimiento de aquellos bienes comunes, como de la regulación de las condiciones que posibiliten su ejercicio.

A su turno, y también siguiendo a Aquino, Finnis sostiene que esa apertura hacia el bien del otro se concreta en una disposición del carácter: la virtud de la justicia. La misma puede ser calificada como *general* cuando su objeto propio es el bien común, o bien como *particular*, que es una especificación de aquella y que se traduce tanto en términos de recta distribución de beneficios y cargas sociales como de respecto por los derechos de otras personas. En este punto es, quizás, donde más se manifiesta la relación entre justicia y bien común, ya que no es posible concebir el bien común sin el respeto por los derechos de los otros. «Lo que la justicia es –escribe Finnis con referencia a la teoría de la justicia del aquinate– y lo que la justicia asegura es el derecho (*right*) de alguna otra persona o personas –lo que se les debe, a qué tienen derecho, lo que se les debe por derecho»⁶⁷.

Esta forma de justicia era la que Tomás de Aquino designaba con la voz *ius*, cuyo significado, en la generalidad de los casos, equivalía a derechos (*rights*), aunque en algunas ocasiones la misma voz fue empleada para designar el derecho (*Law*, en su traducción anglosajona). En efecto, según el autor en estudio, este doble empleo del vocablo *ius* por parte del aquinate no era arbitrario, ya que ambos significados (*rights y law*) se encuentran «racionalmente conectados. Decir que alguien tiene un derecho es hacer una pretensión sobre qué requiere la razonabilidad práctica de alguien (...) más»⁶⁸. Y desde allí, la determinación de tal pretensión mediante reglas emanadas de una autoridad implica el punto de inflexión que marca el tránsito desde el derecho natural hacia el derecho positivo⁶⁹.

67 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., p. 133.

68 *Ibid.*, p. 135.

69 «... Pero la razonabilidad práctica de alguien es guiada y formada por principios y normas, en primera instancia por principios de razón natural, i.e., de derecho natural –*lex naturalis* o sinonímicamente, *ius naturale*– y entonces por medio de cualquier regla relevante y autoritativa que le han dado al derecho natural alguna *determinatio* específica para una comunidad determinada: derecho positivo, i.e., *lex positiva*, o, sinonímicamente, *ius positivum*, usualmente *ius civile*. Entonces, si yo tengo un derecho

Asimismo, es menester destacar que, en la hermenéutica finnisiense de Tomás de Aquino, el fundamento de los derechos se sitúa en la órbita de la moral, puesto que las normas morales constituyen especificaciones de los primeros principios de la razón práctica, particularmente de aquel que ordena amar. Así se desencadena el proceso racional en el cual tales normas morales cumplirán una función de dirección de la deliberación, elección y acción. «La deliberación considera fines, medios y circunstancias, incluso resultados y consecuencias previsibles. Las normas morales establecerán lo que requiere la razonabilidad práctica de personas que eligen, en todas las circunstancias»⁷⁰, y todas ellas serán especificaciones de la Regla de Oro o primer principio de la razón práctica: el bien debe ser hecho y el mal evitado.

En este contexto –y ante el dato duro de la complejidad de la naturaleza humana que propone y percibe el bien no en una única forma, sino en una múltiple forma– tales especificaciones o determinaciones del primer principio deben efectuarse teniendo en cuenta los aspectos más elementales del florecimiento (*flourishing*) humano: los bienes humanos básicos, los que se convierten por esa misma razón en razones para respetarlos y promoverlos (razones para la acción), con prevalencia respecto de otros bienes.

«El otro campo de referencia de las reglas morales –añade Finniss– especificando derechos humanos fundamentales y responsabilidades, darán a la moral una dirección y le indicarán las formas en las cuales, tipos de elecciones más o menos específicos son inmediata o mediatamente contrarios a algunos bienes básicos, y así, contrarios a la directividad integral de la razón, el *bonum rationis* que es el contenido del *bonum virtutis*»⁷¹.

natural –como decimos ahora, humano– lo tengo por virtud de la ley natural [*ius naturale*]; si yo tengo un derecho legal, lo tengo por virtud del derecho positivo [*ius positivum*] (...) Por consiguiente, el derecho, natural o positivo, es la base de los derechos de alguien [ratio iuris], precisamente porque la proposición “X tiene tal y tal derecho” no puede racionalmente ser otra cosa que una deducción desde, o una *determinatio* de, principios de la razón práctica». (FINNIS, J., *Aquinas...*, p. 135) (La traducción es propia).

70 *Ibíd.*, p. 139.

71 *Ibíd.*, p. 40.

En síntesis, el profesor de Oxford sostiene una concepción de derechos humanos en términos de exigencias de la justicia, en aras de la realización del bien común. Pero a su turno, tal realización impone como *conditio sine qua non*, el respeto y promoción aquellos como requisito de viabilidad de la acción común en el marco de la vida en sociedad.

6. e. 3. Las obligaciones

Retomando algunas consideraciones previas, es posible afirmar que en el pensamiento de Finnis, la participación en el bien común es una exigencia de la justicia, y la justicia una exigencia de la moral, esto es de la razón práctica. Asimismo, la autoridad es requerida para el logro del bien común, en la medida en que aquella es condición necesaria para la participación en este. Por tanto, es esa misma razón la que fundamenta el deber de obediencia. Se forja así –según el autor– una dinámica en la que autoridad y obediencia al derecho se constituyen en presupuestos necesarios para alcanzar el fin perseguido.

En *NLNR*, Finnis encara la tarea de conceptualizar el deber de obediencia, advirtiendo que en las distintas concepciones filosóficas del deber u obligación subyace la permanencia de un punto de referencia común: «Todas parecen referirse a lo que puede ser experimentado como un requerimiento de la conciencia, una pretensión sobre nuestro compromiso, nuestra decisión, nuestra acción»⁷². Y luego agrega que son esos aspectos comunes los que permiten deducir de ella el carácter de «necesidad racional» o «exigencia (derivada) de la racionalidad práctica»⁷³. Así Finnis propone un desarrollo teórico del deber de obediencia que tiene como punto de partida la explicación de la fuerza vinculante que tiene la propia promesa, hasta arribar a la conclusión de que la misma práctica promisoria implica por sí sola una forma de contribuir al bien común en la medida en que la misma supone la asunción de una obligación, la cual persistirá aún en caso de

72 *NLNR*, op. cit., p. 297.

73 *Ibid.*

incumplimiento. Esta práctica constituye una exigencia de la razonabilidad práctica derivada de la necesidad de bien común explicada en términos generales. En efecto, Finnis afirma que si «uno ha de ser una persona que favorece y contribuye al bien común, uno debe conformarse con la práctica de prometer»⁷⁴.

Seguidamente, corresponde considerar otra exigencia de índole singular que es la que el autor denomina «imparcialidad», y que él mismo explica en términos «de tratar a los demás como quisiéramos ser tratados por ellos»⁷⁵, o, en otras palabras, de estimación del bien ajeno tanto como del propio, aun cuando exista una prioridad natural del propio. En consecuencia, y teniendo en cuenta los extremos expuestos, el incumplimiento promisorio constituye un supuesto de injusticia conmutativa, que afecta la consecución del bien común. Ello se entiende mejor si se concibe al bien común como «el bien de los individuos, que viven juntos y dependen unos de otros según formas que favorecen el bienestar de cada uno»⁷⁶.

Ahora bien, la fuerza vinculante de la obligación promisoriosa se encuentra condicionada a que se cumplan estas exigencias de la razonabilidad práctica. Asimismo, tampoco se puede afirmar que toda promesa formulada en la esfera de la práctica social vincula de igual manera. En la praxis jurídica, la obligación de cumplir u obedecer presenta una serie de matices que merecen y justifican un análisis particular.

Ciertamente, la obligación jurídica posee –según Finnis– una «fuerza formal» que es invariable, y que se traduce en cierta «inflexibilidad», cuya «fuerza orientadora de la acción de todas y cada una de las disposiciones jurídicas que imponen obligaciones»⁷⁷, tiene distintas consecuencias según cuál sea la fuente generadora de la obligación. Es por esta razón, que el derecho posee una fuerza directiva que no puede quedar reducida solamente a su aspecto coactivo.

74 *Ibid.*, p. 303.

75 *Ibid.*, p. 304.

76 *Ibid.*, p. 305.

77 *Ibid.*, p. 311.

En el planteo finnisiano, la obligatoriedad jurídica entonces tiene un doble fundamento: (i) por un lado, la fuente de la cual emana la obligación, que es siempre de carácter autoritativa, (ii) la inteligibilidad del precepto vinculante, que opera como una suerte de expresión de procesos de razonamiento que realizan (o debieran realizar) aquellos que están interesados en promover el bien común. En consecuencia, las normas y preceptos jurídicos (el derecho) pretenden tener un carácter sustitutivo del «esquema de razonamiento práctico del “buen ciudadano” y conferirle un *status* incontestable o dogmático»⁷⁸. Esto es lo que justifica el carácter directivo o normativo del derecho, que opera a modo de suministro de razones morales para actuar o para abstenerse.

Lo expuesto, conlleva la necesidad de distinguir la obligación jurídica de obedecer al derecho de la obligación moral de hacerlo. En efecto, se trata de dos tipos de obligación que se corresponden con este doble fundamento, de modo que cuando un mandato legal reúne ambos fundamentos surge no solo una obligación jurídica de obedecer, sino también una obligación moral de hacerlo. Es en ese contexto donde el iusfilósofo australiano sitúa la vinculación entre autoridad y obligación que «implica principalmente la necesidad de un fundamento moral»⁷⁹, presuponiendo, a su turno, que todos los mandatos legales cumplirán con este doble aspecto.

El derecho puramente positivo —explica Finnis— que es jurídicamente válido es (presumible y derrotablemente) también moralmente válido y vinculante (...) cuando y en razón de que ocupa su lugar en un esquema de razonamiento práctico cuyo más próximo punto de partida es la necesidad de justicia y paz, y cuyo punto de partida más elemental es la gama de formas básicas en las que el bienestar humano puede ser promovido y protegido, del modo recogido en los primeros principios de la razón práctica⁸⁰.

78 *Ibíd.*, p. 318.

79 PEREIRA SAEZ, C., *La autoridad del Derecho...*, op. cit., p. 208.

80 FINNIS, J., «Teoría del derecho natural» en *Estudios de Teoría del Derecho*

Ello conlleva a la necesidad de considerar el ineludible y muy frecuente problema de la pérdida de carácter autoritativo del mandato en cuestión por ausencia de fundamento moral, que es tratado por el autor en estudio al considerar el problema de las leyes injustas, y que forma parte de un supuesto periférico de norma u ordenamiento jurídico.

7. El problema de la ley injusta: análisis del analogado secundario

Las líneas precedentes han pretendido ser un intento de identificación y análisis de aquellos elementos que el autor en estudio considera como constitutivos del significado focal de derecho, afirmando que la concurrencia de todos ellos permite explicar y un determinado fenómeno jurídico-social en estudio como caso central de ordenamiento jurídico.

En las líneas que siguen se abordará el problema de la injusticia de la ley, el cual es encuadrado por Finnis, siguiendo el método analógico, dentro de los casos periféricos de derecho o sistema jurídico.

En el capítulo de *NLNR* dedicado a la injusticia de la ley, el profesor de Oxford sostiene la pretensión de toda teoría de derecho natural de proporcionar un marco de referencia crítica a los ordenamientos jurídicos positivos, con base en las exigencias de la razonabilidad práctica. Ciertamente, estas exigencias cumplen una función de guía u orientación con respecto a los contenidos y formas de las disposiciones jurídicas a fin de que las mismas se proyecten y tengan por objeto de protección el bien de los seres humanos que viven en comunidad. En este contexto, la autoridad se justifica –como se explicitó *in extenso* en los párrafos precedentes– en la medida en que sea el único medio

Natural, editado por Javier Saldaña y Carlos Ignacio Massini Correas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, p. 79. El texto fue originariamente publicado bajo la denominación de «Natural Law Theories», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall2011 Edition, Zalta, Edward N. (ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>.

idóneo para la solución de problemas de coordinación de esa vida común y, además, sea reconocido como tal. Esto último ocurre, a su vez, cuando los ciudadanos aceptan reemplazar su propio juicio de coordinación por el de la autoridad. Así, «la autoridad carece de utilidad para el bien común –escribe el autor– a menos que las disposiciones de los que poseen autoridad (...) sean tratadas como razones excluyentes, i. e. como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición...»⁸¹.

Teniendo en cuenta estos extremos, se comprende que el fenómeno de la injusticia de la ley no es otra cosa que un ejercicio de la autoridad viciado desviado o pervertido. Según Finnis, esto ocurre cuando: (i) cuando quien detenta el poder no procura el bien común sino el beneficio personal o partidario, (ii) Cuando el acto de poder se ejerce excediendo las atribuciones legalmente conferidas, (iii) cuando no se cumplen con los requerimientos de la justicia conmutativa, «que exige tratar a las personas como titulares de la dignidad de dirigirse a sí mismas; y de la justicia distributiva que exige proporcionar a todos una igual oportunidad de comprender y cumplir la ley»⁸², (iv) Finalmente, la injusticia puede provenir del contenido sustancial del acto autoritativo, ya sea distributivamente en la medida en que produce una asignación de bienes comunes en forma arbitraria, esto es, atribuyendo o reconociendo a algunos mientras que los niega a otros sin la debida justificación; o bien conmutativamente, cuando se niegan derechos humanos absolutos a alguno o algunos, cuyo reconocimiento de ninguna manera resulta incompatible con el ejercicio de el mismo derecho por parte de otros.

A su turno, el problema de la injusticia de la ley no puede ser dimensionado adecuadamente sin considerar su impacto en el deber de obediencia de quien se encuentra sometido al mandato autoritativo injusto. En este aspecto, Finnis admite cuatro tipos de obligación de obedecer que pueden surgir en el sujeto obligado: (i) aquella que puede estar motivada en «la posibilidad empírica de ser sometido a una san-

81 *NLNR*, op. cit., pp. 351-352.

82 *Ibid.*, p. 353.

ción en caso de inobservancia»⁸³; (ii) la obligación jurídica en sentido jurídico o intrasistemático (iii) la obligación jurídica en sentido moral, que sigue a la anterior; (iv) la obligación moral que deriva no de una fuente jurídica sino de una fuente colateral.

De ello se sigue que la obligación de obedecer puede tener, en resumen, un carácter jurídico y un carácter moral. Cuando el contenido sustancial de acto autoritativo es correcto, esto es, se adecua a los principios de la razonabilidad práctica, surgen ambos tipos de obligaciones. Contrariamente, la injusticia sustancial del acto autoritativo produce una disociación de ambos tipos de obligación, precisamente porque el acto en cuestión pierde autoridad moral, no obstante la subsistencia de la autoridad jurídica. En este último supuesto, la autoridad subsistente tiene un carácter meramente formal, puesto que se fundamenta única y exclusivamente en la fuente de la que emana y/o en el procedimiento seguido para su promulgación.

El cuarto tipo de obligación de obedecer se funda en una cuestión más compleja, derivada de lo que Finnis llama la «obligación moral colateral». «Puede ocurrir (...) –explica Finnis– que si mis conciudadanos me ven desobedecer o pasar por alto esta “ley”, probablemente se debilitará la eficacia de otras leyes, y/o el respeto general de los ciudadanos por la autoridad del gobernante o de una constitución en general deseables, con probables malas consecuencias para el bien común»⁸⁴. En otros términos, este tipo de obligación se fundamenta y responde a la necesidad de evitar la ineficacia del derecho en aquello que tiene de justo y legítimo. Por tanto, en estos casos el cumplimiento del acto se exige a efectos de evitar que el derecho sea –en palabras del autor– «despreciado»⁸⁵.

En síntesis, este último tipo de obligación consiste en que, frente al hecho concreto de la existencia de un mandato o disposición injusta, y cuya validez jurídica no puede ser cuestionada en virtud de la fuente formal de la cual ha emanado, el sujeto destinatario puede verse com-

83 *Ibid.*, p. 354.

84 *NLNR*, *op. cit.*, p. 361.

85 *Ibid.*

pelido al cumplimiento, en «virtud de la exigencia moral de conformarse con esa disposición en la medida necesaria para evitar debilitar “el derecho”, el sistema jurídico (de reglas, instituciones y disposiciones) como un todo»⁸⁶.

8. *Lex iniusta non es lex?*

Resta analizar cómo ha de interpretarse la máxima tomista *lex iniusta non est lex*. Es quizás en este aspecto en donde se advierte cierta evolución en el pensamiento del iusfilósofo en estudio. En efecto, en los primeros abordajes que hace Finnis de la cuestión, a propósito de la interpretación de la máxima comentada, pareciera evidenciarse la intención de mantener una postura ecléctica que evite la tensión entre los postulados que debe reunir toda sólida teoría del derecho natural, y aquellos postulados en los cuales la jurisprudencia analítica ha fundado su pretensión de cientificidad en el estudio, análisis y explicación del fenómeno jurídico.

En efecto, en *NLNR* Finnis sostiene enfáticamente que la máxima en cuestión no debe ser tomada en sentido literal, tal como ha ocurrido con los principales representantes del iuspositivismo que no han sabido interpretar correctamente el significado que Tomás de Aquino quiso atribuirle a tal afirmación. Ciertamente –y continuando con el método analógico– explica Finnis que el Aquinate califica el supuesto de injusticia de la ley, entendiendo el vocablo «ley» un sentido general comprensivo de todo acto autoritativo, no como ley *simpliciter* –o en sentido focal– sino *secundum quid*, esto es, como una versión corrupta, desvirtuada o diluida (*watered down*). No obstante, aún en esos supuestos, subsisten elementos que permiten adscribirle carácter de «ley», tanto por la fuente de la cual emanan, como del procedimiento desplegado para su promulgación, y de su adecuación a criterios de validez establecidos en reglas de jerárquicamente superiores, lo cual hace que se pueda predicar del acto en cuestión su «validez intrasistemática».

86 *Ibid.*, pp. 361-362.

Interpretando a Tomás de Aquino, el profesor australiano explica que:

... una ley tal es «no una ley *simpliciter* [i.e., en sentido absoluto o en su sentido focal], sino más bien una suerte de perversión de la ley», pero, como añade de inmediato, sí posee el carácter de ley en un aspecto importante: es el mandato de un superior a sus subordinados (y bajo este aspecto está pensado para hacer a los miembros de una comunidad «buenos», mediante su obediencia al mandato –no [por supuesto] buenos *simpliciter*, sino buenos en relación con aquel régimen [tiránico o irrazonable])⁸⁷.

Por lo tanto, Finnis afirma que la tradición clásica que sostuvo la máxima *lex iniusta non est lex*, ha sido mal interpretada por sus críticos, que no supieron advertir el empleo de la herramienta heurística de la analogía, con lo cual, lejos de negar la validez jurídica de reglas perniciosas o inicuas, los autores clásicos han predicado tan solo su alejamiento del modelo teórico ideal o caso central. En otras palabras, «[los autores clásicos: Platón, Aristóteles, Agustín y Tomás de Aquino] sí emplearon un instrumento técnico para señalar su conciencia de la diversidad de puntos de vista, y de la consiguiente diversidad de intensiones en oraciones diversas»⁸⁸. Más adelante enfatiza que el instrumento en cuestión, «permite que un uso de los términos que es el uso primario o exclusivo desde un punto de vista sea admitido como un uso secundario en el discurso que está controlado por algún otro punto de vista»⁸⁹.

Conclusión

Esta es la primera aproximación que el autor en estudio hace del problema de la ley injusta, que es sin lugar a dudas, la cuestión fundamental que históricamente ha dividido las aguas entre el iusnatu-

87 *NLNR*, op. cit., pp. 363-364.

88 *Ibíd.*, p. 366.

89 *Ibíd.*, p. 366.

ralismo y el iuspositivismo. Ciertamente, la mayor de las dificultades aparece cuando, frente a un acto autoritativo cualquiera, entran en conflicto el aspecto sustancial y el aspecto formal del mismo, ya que, en los supuestos de injusticia de los actos o mandatos de la autoridad, lo que suele ocurrir es que los mismos suelen cumplir los procedimientos y estándares formales que conduce –no obstante su contenido– a predicar su validez, dada la pretensión sistémica del ordenamiento del que forman parte.

El problema principal, en estas circunstancias, es la colisión que se produce entre dos los de los principales valores que inspiran a todo orden jurídico: la justicia y la seguridad jurídica. Frente a este dilema, la respuesta histórica del iusnaturalismo, ha sido inclinar la balanza hacia el primero de estos valores, mientras que la del iuspositivismo, ha sido pronunciarse a favor del segundo.

En Finnis, en esta primera aproximación efectuada en *NLNR*, pareciera adoptarse –como se anticipó *ut supra*– una postura ecléctica, en la que la herramienta metodológica de la analogía permitiría sostener la validez de reglas, actos o mandatos de contenido notoriamente inicuo, por la sola adecuación a los estándares formales impuestos dentro del propio sistema del que forma parte. A su turno, este dilema tiene un impacto también en el destinatario del acto, que necesariamente debe posicionarse ante el mismo. Una comprensión cabal de la cuestión, conducirá al necesario distingo entre los tipos de obligaciones implicados en el deber de obedecer al derecho, en cuyo contexto podría desaparecer el deber moral de obediencia, no obstante la subsistencia del deber jurídico.

Así, Finnis sostiene la necesidad de pensar –desde la filosofía del derecho– en una teoría de la ley natural con base en los bienes humanos, y en los primeros principios de la razón práctica, en otras palabras, una teoría sobre «cómo debe ser el derecho», pero sin pensar en dispositivos o resortes para desactivar o neutralizar la iniquidad de reglas, actos o mandatos autoritativos, que atentan, violan o lesionan los bienes humanos sobre los cuales debe fundarse el sistema. Más aún, el mismo Finnis considera que en estos supuestos, si hay adecuación a requisitos de forma, se mantiene la validez, y, por tanto, la obligación jurídica de obediencia, aunque tan solo en un «sentido intrasistemáti-

co» y en pos de asegurar la estabilidad de todo el sistema en el que se contextualiza el acto injusto. Con ello se advierte, que la solución que ofrece el profesor de Oxford frente al problema de la injusticia de la ley, es una solución que tiene más proximidad con las tesis iuspositivistas que con las del iusnaturalismo, y en ese sentido, la concepción analógica del derecho se presenta como la herramienta eficaz desde la que se puede justificar y hacer prevalecer la validez procedimental por sobre la injusticia sustancial.

Sobre este punto versa la crítica e impugnación del iusfilósofo alemán Robert Alexy a la teoría finnisana del derecho, que será tratada *in extenso* el capítulo siguiente. Por lo demás, resta afirmar aquí, que, (a simple vista y tan solo en una primera aproximación), la teoría de la ley natural propuesta por Finnis, so pretexto de un aparente eclecticismo que no puede tener lugar en cuestiones medulares de los referidos posicionamientos, es contradictoria y, por esa misma razón, es defectuosa, puesto que no pareciera ofrecer respuesta a los supuestos en los que los propios elementos del caso central o modelo teórico ideal, entran en tensión unos con otros. En otros términos, tal vez quedaría pendiente la duda de si es Finnis un auténtico iusnaturalista o bien, continúa siendo un filósofo analítico, aunque con un profundo sentido moral.

Capítulo IV: El debate Alexy-Finnis

1. Situación del debate

El debate en estudio se inscribe en el contexto de la publicación de un artículo de Robert Alexy en la *American Journal of Jurisprudence*, en octubre del año 2013, titulado *Some reflections on Ideal Dimension of Law and the Legal Philosophy of John Finnis*¹. En el citado artículo, su autor pareciera poner en tela de juicio el carácter verdaderamente «no positivista» o iusnaturalista de la teoría finnisiana, o al menos se advierten algunas tesis del profesor australiano que entrarían en tensión con el resto de su sistema conceptual.

Para fundamentar su objeción, el iusfilósofo alemán parte de la tesis de la necesidad de la conexión entre el derecho y la moral, siendo este el criterio en virtud del cual él traza la línea divisoria entre el positivismo y el «no positivismo». En este sentido, Alexy evita referirse a iusnaturalismo y se inclina por una concepción del derecho más amplia que el positivismo, una concepción que él ha calificado como «no-positivista», en la medida en que supone la inclusión de razones morales en el núcleo del sistema jurídico.

A su turno, este «no positivismo», tampoco pacífico ni homogéneo hacia el interior de sus fronteras, sino que es susceptible de clasificarse en (i) «no positivismo exclusivo» según si el cual el contenido moral de las normas jurídicas es determinante de su validez o invalidez; (ii) «no positivismo inclusivo», en el cual solo el supuestos extremos de inmoralidad de la norma traerían aparejada la invalidez de tipo jurídico; y (iii) por último, «no positivismo súper inclusivo», según el cual, el contenido moral de las normas es independiente de su validez o invalidez jurídica. Así, una norma moralmente inicua, no pierde su validez si se la considera en un sentido intrasistemático.

1 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimnension of Law and Legal Philosophy of John Finnis», en *American Journal of Jurisprudence* vol. 58, 2013, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-14.

En efecto, como punto de partida de su crítica, Alexy cita un planteo formulado por Finnis, según el cual «proposiciones tales como “un argumento inválido no es un argumento” o “una ley injusta no es ley”, si se lee con un solo ojo, en el idioma de la filosofía clásica occidental, simplemente presupone e implica que los argumentos no son necesariamente válidos...y el derecho no es necesariamente moral»².

En líneas generales, en su teoría jurídica, Finnis no niega la validez de la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, pero sostiene que tal aserción es ambigua y que es necesario distinguir los aspectos en los que tiene lugar tal separación, de aquellos en los que no. Menos aún sugiere esto que, la creencia en la ley natural o en otras formas de realismo moral entrañan la proposición de que el derecho y la moral se encuentran conectados de tal modo, que confieren a los jueces, como tales, autoridad plena hacer cumplir los requerimientos de la ley natural, o para invalidar normas o mandatos del derecho positivo que se juzgan en conflicto con tales requerimientos.

Para el autor, la verdad de la proposición «*lex iniusta non est lex*» es una verdad de carácter moral, es decir, que la obligación moral creada por una promulgación autoritativa legal es condicional más que absoluta.

Por esta razón, en la categorización del no positivismo efectuada por Alexy, Finnis se ubicaría dentro del «no positivismo súper incluyente». Esta categoría se distancia del positivismo en lo referente al criterio de corrección jurídica, pero no habría diferencias respecto al criterio de validez jurídica de las normas. En otras palabras, lo característico del no positivismo súper inclusivo es otorgar absoluta prioridad a la certeza legal por sobre la justicia cuando se encuentra cuestionada la validez jurídica de una regla.

Para sostener esta categorización del profesor de Oxford, el iusfilósofo alemán argumenta que «por contraste con la tesis de la corrección, Finnis no aplica primaria y directamente, conceptos normativos, en orden a establecer la necesaria conexión cualificante entre derecho positivo y justicia o razonabilidad, una conexión indispensable

2 FINNIS, J., *Philosophy of Law, en Collected Essays Volume IV*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

para el no positivismo súper inclusivo. Más bien, él intenta lograr esto por medio de la distinción entre “significado focal” de un concepto al cual se refiere su caso central, y “significados secundarios” en los cuales el concepto se refiere a casos periféricos³.

Esto pone en duda el carácter iusnaturalista de la propuesta finniana, puesto que ya no se define en términos de necesidad de contenido moral de las normas jurídicas –lo cual es aceptado por la inmensa mayoría de los autores– sino que, en el debate en cuestión, el criterio que marca el punto de inflexión estaría dado por las consecuencias que derivan de ese contenido, para las normas en particular, y para el ordenamiento jurídico en general. En otras palabras, se trata de mensurar cuál es el impacto que puede generar la iniquidad moral de una norma en su validez, eficacia y vigencia, así como en el resto del sistema del que forma parte. En este sentido, pareciera que el profesor de Oxford, si bien ha podido elaborar exitosamente una teoría de la ley natural, no ha podido despegarse de los criterios claves para concebir el fenómeno jurídico propios de la Jurisprudencia Analítica, del cual proviene, con lo cual quedaría trunca su pretensión de elaborar de una teoría jurídica inscrita en el contexto de una filosofía práctica general (comprehensiva de la ética y la política también), puesto que se frustraría la proyección de los efectos de esta última sobre aquella.

En su respuesta a la objeción alexiana⁴, el profesor de Oxford no logra dar una respuesta satisfactoria respecto de su concepción sobre el alcance de la relación entre el derecho y la moral, ni sobre el problema de la ley injusta.

A continuación, se procederá a analizar con el mayor detalle y amplitud posible la impugnación formulada por Alexy a la Teoría jurídica de Finnis, así como también, cuál es la respuesta a esta impugnación de parte del iusfilósofo australiano analizando ambos artículos, los

3 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», en *American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, 2013, Oxford, pp. 1-14.

4 FINNIS, J., Law as a fact and as a reason for action: A Response to Robert Alexy on Law's «Ideal Dimension», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 59, 2014, Oxford, pp. 85-109.

textos citados en los mismos, y finalmente se intentará esbozar cuál es el resultado del debate en cuestión y qué conclusiones se pueden extraer del mismo.

2. La objeción de Alexy a la teoría jurídica de Finnis

Como se expuso sucintamente *ut supra*, en las páginas que siguen se procederá a efectuar un análisis pormenorizado del artículo publicado por Robert Alexy en la *American Journal of Jurisprudence*.

En el citado texto el iusfilósofo alemán parte de una afirmación efectuada por Finnis en su *Collected Essays IV, Philosophy of Law*⁵: en la cual, el profesor de Oxford pareciera reconocer que «hasta ahora su trabajo...falla en transmitir con suficiente claridad la pura peculiaridad de concebir el debate entre las teorías del derecho natural y las teorías positivistas como un debate referente a la necesaria conexión entre el derecho y la moral»⁶. Señala Alexy que la tesis de la peculiaridad finnisiana se inscribe en el contexto de la tradición de la ley natural, pero no dista mucho de la sostenida por otros exponentes de la tradición positivista, como Joseph Raz, para quien no tiene sentido atribuir a la teoría del derecho natural, o –como voy a denominarla en lo sucesivo– al no positivismo, la tesis de la necesidad y al positivismo, la tesis de la contingencia. Para el positivismo también, es compatible con la tesis de la necesidad. Y para justificar esta postura, Raz sostiene que existe «un número infinito»⁷ de «declaraciones ciertas sobre las necesarias conexiones entre el derecho y la moral»⁸.

De este modo, Alexy intenta demostrar como ambos planteos son similares en el sentido en que «ambos sostienen que la pregunta acerca de si existen conexiones necesarias entre el derecho y la moral es la

5 FINNIS, J., «Introduction», en *Philosophy of Law, Collected Essays IV*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-19.

6 *Ibíd.*, p. 7.

7 RAZ, J., *The Authority of Law*, Segunda Ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 318.

8 RAZ, J., *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 169.

pregunta errónea dónde la orientación básica del positivismo y no positivismo está en cuestión»⁹. En otras palabras, lo que el autor del artículo quiere señalar, y que constituirá el punto de partida de su planteo a la hora de cuestionar la teoría jurídica finnisina, es que tanto Finnis –quien elabora su teoría jurídica con base en la tradición clásica de la ley natural– como Raz, consideran que la necesidad de la conexión entre el derecho y la moral, no constituye el criterio en virtud del cual es posible trazar la línea divisoria que distingue al positivismo del no positivismo, aunque difieren las razones que cada autor proporciona en la adopción de este punto de vista.

Raz parte de una serie de ejemplos que permiten «mostrar que la existencia de conexiones necesarias entre el derecho y la moral no puede ser dudada»¹⁰, y trae a consideración dos casos: el primero de ellos es el de la violación, cuya inmoralidad es evidente de suyo, y el derecho no puede, en este sentido, ser evidentemente inmoral. Por tanto, esta premisa cuenta como una instancia de conexión necesaria entre el derecho y la moral, que resulta compatible con el positivismo legal. Por esta razón, la simple afirmación de que «no existe vinculación entre ambos órdenes normativos» frecuentemente empleada como una expresión de la tesis positivista de la separación, no basta para distinguir el positivismo del no positivismo.

Sin embargo, según Alexy, este cuadro cambia radicalmente si se considera esta frase como taquigrafía de una versión más precisa de la tesis de la separación, la cual se podría expresar del siguiente modo: «No hay una necesaria conexión entre validez legal o corrección legal por un lado y los méritos o desméritos morales o corrección moral, por otro». Esta versión más precisa, según el profesor alemán, se refiere no a todas y cada una de las relaciones entre el derecho y la moral, sino a la relación entre validez o corrección legal, y corrección o incorrección moral. Por tanto, el ejemplo de la violación de Raz, concluye Alexy, no se sostiene sobre esta relación en absoluto.

9 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», op. cit., p. 2.

10 RAZ, J., *Between Authority and Interpretation*, op. cit., p. 169.

Otro tanto cabe afirmar respecto del segundo ejemplo que emplea Raz, que concierne a la posibilidad de evaluación moral del derecho. En este sentido, señala Alexy que Raz está en lo cierto al sostener que se trata de un «punto conceptual que puede ser moralmente evaluado como bueno o malo, justo o injusto»¹¹, pero Alexy sostiene que esto no se refiere a la conexión que hace depender la validez o corrección legal de los méritos o desméritos morales, sino que la relación entre derecho y posibilidad de su evaluación moral constituye solo una condición de la posibilidad de tal dependencia.

Con referencia a Finnis, son otras las razones que lo conducen a rechazar la relevancia de la cuestión de la necesidad. En efecto, y siguiendo la metodología del profesor oxoniense en toda la teoría jurídica, «proposiciones tales como “un argumento inválido no es un argumento” o “una ley injusta no es una ley”, si se leen con un solo ojo en el idioma de la filosofía clásica occidental, simplemente presupone e implica que los argumentos no necesariamente son válidos, que las constituciones a veces son tiránicas...y que el derecho no necesariamente es moral»¹². En este sentido, Finnis afirma que es ilógico suponer que la cuestión acerca de la existencia de una conexión necesaria entre los referidos órdenes normativos, puede ser respondida sin reconducir el debate hacia una indagación de índole moral. Pero Alexy toma esta afirmación de Finnis para señalar que la misma no dice nada sobre la relevancia de la cuestión. Por el contrario, si el derecho puede ser inmoral, la cuestión que surge entonces se refiere a las consecuencias que el contenido inmoral del derecho tiene sobre la validez o corrección legal. Esta es la versión de la tesis de la necesidad que defiende el profesor alemán, y que en definitiva se detiene a en la consideración de los efectos de la existencia de conexiones necesarias entre la validez o corrección legal por un lado y la corrección o incorrección moral por otro.

El punto de partida de la defensa de la tesis de la necesidad de Alexy está constituido por la afirmación de que el derecho tiene una doble

11 RAZ, J., *The Authority of Law*, op. cit. p. 318.

12 FINNIS, J., «Introduction», en *Philosophy of Law, Collected Essays IV*, op. cit., p.7.

naturaleza, es decir, el derecho necesariamente consta de una dimensión real o fáctica, como así también una dimensión ideal o crítica¹³. La primera de ellas consiste en una emisión autoritativa y de eficacia social, mientras que la segunda hace referencia a la corrección moral. La emisión autoritativa tanto como la persistencia de la eficacia social, suponen que tal emisión está institucionalizada. Por esta razón, Alexy, también califica a esa dimensión del derecho como dimensión institucional.

En lo que respecta a la dimensión ideal, la corrección moral –señala el profesor alemán– se encuentra vinculado a la razonabilidad práctica, lo que implica concebir al derecho como la institucionalización de la razón¹⁴.

Efectuada esta asunción, y si tanto positivismo como no positivismo admiten la necesaria vinculación entre derecho y moral ¿qué es, entonces, lo que distingue a uno y a otro? El punto de inflexión se encuentra en la tesis de la necesidad de la dimensión ideal del fenómeno jurídico. En su análisis, el profesor alemán procede, en primer término, a sostener la necesidad de la dimensión ideal. En segundo término, intenta efectuar una conceptualización de la expresión «dimensión ideal», y, por último, procede al análisis de los efectos de la dimensión ideal en la real.

2. a. La dimensión ideal del derecho

¿Cómo se evidencia la existencia, en el fenómeno jurídico, de una dimensión vinculada a la razonabilidad práctica? La principal razón para sostener este postulado, es lo que Alexy llama «argumento desde la corrección», en virtud del cual, «tanto las normas y decisiones jurídicas individuales como los sistemas jurídicos en su totalidad, sostienen una pretensión de corrección»¹⁵. Para probarlo, el profesor

13 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», op. cit., p. 3.

14 Ibid.

15 Ibid., p. 4.

alemán echa mano del instrumento metodológico que él denomina «contradicción performativa», y utiliza, para ejemplificarla, el caso de un artículo de una constitución formulado en términos tales como los siguientes: «X es un república soberana, federal e injusta». De dónde surge que «la idea que subyace en el método de la contradicción performativa consiste en explicar el absurdo de derivar de una contradicción entre lo que es implícitamente pretendido al encuadrar una constitución –a saber, que es justa– y lo que está explícitamente declarado, es decir, que la misma es injusta»¹⁶.

En ese mismo apartado, Alexy cita una afirmación de Finnis que figura en la Nota final a la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*, en virtud de la cual, el profesor de Oxford parece sostener que «es posible que ciertos sistemas legales se abstengan de pretender ser moralmente obligatorios»¹⁷.

Esta afirmación del profesor oxoniense constituye en punto de partida a través del cual, el iusfilósofo alemán, procederá a estructurar toda su objeción a la teoría jurídica de Finnis, enfatizando que, si la citada sentencia significa afirmar que un sistema legal puede abstenerse de ser moralmente correcto, entonces el punto merece ser rechazado de plano. En consecuencia, la conexión entre el derecho y la pretensión de corrección no se encuentra confinada a determinados actos particulares (como la elaboración de una constitución) sino que está presente en todo el sistema jurídico.

A continuación, Alexy procede a delimitar el contenido de la pretensión de corrección. Para explicarlo, retoma el ejemplo de la constitución que declara a una Nación X como soberana, federal e injusta. Y, asimismo, recurre a otro ejemplo: el caso en el que se considera que una determinada sentencia por medio de la cual, se condena al acusado a cadena perpetua, constituye una interpretación incorrecta del derecho vigente. Se podría afirmar que, en el primero de los ejemplos, el término «corrección» es entendido en términos de justicia en cuanto a

16 Ibid., p. 4.

17 FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Segunda Edición, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 423, n° 13.

tal (en sentido focal o *simpliciter*); mientras que, en el segundo ejemplo, la corrección es definida en términos de adecuación a la legislación vigente. Mientras, el primero hace referencia a la dimensión ideal del derecho; el segundo, refiere directamente a la dimensión real.

En ambos casos, subyace una concepción moral de tipo racional. Y si la moral es susceptible de ser calificada de esta forma, entonces ciertamente es posible hablar de corrección moral, verdad, u objetividad. En este sentido, señala Alexy que «si el escepticismo radical tuviese razón, el no positivismo habría fallado. La pretensión de corrección, en la medida en que se refiere a la moral, no sería, entonces, más que la expresión de una ilusión o un error»¹⁸. A continuación, el profesor alemán indica los dos principales argumentos contra el escepticismo radical.

El primero de ellos, se refiere a la posibilidad del discurso moral racional. En efecto, «la teoría del discurso ha intentado hacer explícitas esas condiciones, en un sistema de principios, reglas y formas de un discurso general práctico»¹⁹. «Este sistema comprende reglas que demandan no contradicción, claridad del lenguaje, confiabilidad de las premisas empíricas, y sinceridad, tanto como reglas y formas de hablar de las consecuencias, y también para balancear universalidad y génesis de las convicciones normativas»²⁰.

El segundo argumento de Alexy para impugnar el escepticismo radical, reside en la posibilidad de dar una justificación de los derechos humanos como derechos morales, y con ello, como componentes esenciales de la noción de justicia. Sobre esta base, se puede arribar a ciertos requerimientos necesarios de moralidad. En otras palabras, constituye un contrasentido lógico toda referencia al concepto de derechos humanos –que ciertamente es bastante empleada por las corrientes escépticas– sin una inmediata remisión a premisas de con-

18 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», op.cit., p. 5.

19 ALEXY, R., *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 188-206.

20 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», cit. p. 5.

tenido moral. Si no fuere así, no parece haber otra forma posible de justificación. Sin embargo, es menester que esta remisión justificativa a principios morales –dice Alexy– «esté respaldada por razones que no violen ninguna regla del discurso racional»²¹.

Asimismo, se debe reconocer también la insuficiencia del discurso moral en cuanto a decisión procesal, esto es, la imposibilidad de que el discurso moral por sí solo, pueda resolver todos o gran parte de los problemas de coordinación de la vida en común. Este extremo evidencia la necesidad de la positividad, es decir, de la dimensión real o positiva del derecho, que el profesor alemán define como la cuestión autoritativa y de eficacia social.

No obstante, asumir la necesidad de la positividad no implica asumir una posición positivista, sino que supone la necesidad de corrección moral de esa positividad. Y, a su turno, «la corrección moral de la positividad, no se opone a la moral una vez que el derecho positivo ha sido establecido. La moral, esto es, la dimensión ideal, permanece viva en y detrás de la dimensión real»²².

2. b. Niveles de corrección y su interacción con las perspectivas del observador y del participante

Según Alexy, es posible efectuar una distinción entre los estados o niveles posibles de corrección, a saber: (i) corrección de primer orden: que se refiere solo a la dimensión ideal, es decir, su preocupación central es la justicia en cuanto a tal; (ii) corrección de segundo orden: comprensiva tanto de la dimensión ideal como de la real, en el sentido en que se ocupa no solo de la justicia sino también de la certeza legal. Efectuada esta distinción, Alexy llega a la conclusión de que, en esta necesaria vinculación entre la dimensión ideal y real del derecho, está implicada la conexión –también necesaria– del principio de justicia con el de certeza legal. En este sentido, afirma el autor que «la pretensión de corrección, en cuanto a pretensión de segundo orden,

21 *Ibid.*, p. 6.

22 *Ibid.*, p. 6

necesariamente conecta tanto el principio de justicia como el principio de certeza legal, o, se podría decir, el principio de legalidad con el derecho. Esto implica que la cuestión de cómo determinar la relación entre la dimensión ideal y la dimensión real del derecho, se reduce a la cuestión de determinar la relación entre el principio de justicia y el principio de certeza legal»²³.

En consecuencia, el planteo de Alexy parece estar orientado a delimitar la materia de debate que permite trazar la línea divisoria entre positivismo y no positivismo, y que precisamente consiste en la forma en que –en una y otra corriente– se aborda el tratamiento de la vinculación de estos dos valores fundamentales y presentes en todo sistema jurídico.

Cada perspectiva, tiene su modo concreto de concebir esta vinculación. Para comenzar tratamiento de las distintas concepciones de la relación entre dimensión ideal y la real, es preciso efectuar otro distinción que surge del particular posicionamiento en que se sitúe el estudioso de la cuestión, a saber: (i) la perspectiva del observador, en la cual el estudioso «se pregunta y aduce argumentos en nombre de una posición que refleja cómo son resueltas actualmente las cuestiones legales en ese sistema legal»²⁴, (ii) la perspectiva del participante, la cual supone que el estudioso se pregunta y aduce argumentos acerca de cuál es la respuesta correcta a una cuestión legal dentro del sistema jurídico en el que el mismo se encuentra. Para este último, la cuestión central estriba en intentar determinar la forma en que se adoptan las decisiones legales en la actualidad, en un sistema jurídico concreto, mientras que para el primero, la cuestión central a elucidar radica en el hallazgo, y consecuente adopción de la solución correcta a un caso concreto dentro de un sistema determinado en el cual el mismo sujeto está situado. Desde la perspectiva del observador, la pregunta central a responder será «¿cómo se toman actualmente las decisiones legales?», mientras que, desde el punto de vista del participante, lo que se procura responder es «¿cuál es la respuesta legal correcta?».

23 *Ibid.* p. 6

24 *Ibid.* p. 7

Ahora bien, planteada esta distinción, Alexy hace referencia a la consideración de Finnis según la cual corresponde definir el caso central del punto de vista legal, como aquel en el que el «establecimiento y mantenimiento de un orden legal como distinto del orden discrecional o estáticamente consuetudinario es considerado como un ideal moral sino como una irresistible demanda de justicia»²⁵. Según el profesor alemán, esta afirmación equivale a adoptar la perspectiva del participante, puesto que «la incorporación de Finnis del concepto de “ideal moral”, en la descripción del caso central del punto de vista legal, bien puede ser interpretado como una referencia a algo tal como una dimensión ideal del derecho»²⁶.

Asimismo, es preciso destacar que la principal diferencia entre las perspectivas antes referidas, estriba en la clase de argumentos que son aducidos desde ambos puntos de vista. Los argumentos del observador están limitados a ser argumentos basados en hechos, mientras que el participante deberá aducir, junto con los argumentos basados en hechos, argumentos normativos. Estos últimos –que no están basados en hechos– «pueden ser calificados como argumentos morales acerca de cómo debe ser el derecho. Por lo que el derecho, en primer lugar, se preocupa, esencialmente, de cuestiones de distribución y compensación; y las cuestiones de distribución y compensación son, en segundo lugar, cuestiones de justicia; y las cuestiones de justicia son, en tercer lugar, cuestiones morales»²⁷. Todo esto implica que, desde el punto de vista del observador, solo interesa la dimensión la dimensión real del derecho.

2. c. Tipos de conexión entre justicia y certeza legal

La segunda distinción que es necesario efectuar en la tesis de Alexy relativa a la vinculación entre justicia y certeza legal, es aque-

25 FINNIS, J., *NLNR*, op. cit., pp. 14-15.

26 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», op. cit., p. 7.

27 *Ibid.*

lla que distingue entre conexiones clasificantes y cualificantes entre el derecho y la moral, esto es, aquella que se ocupa de analizar los efectos de la defectuosidad moral de los actos autoritativos entendidos en sentido amplio. El efecto de una conexión clasificante es la pérdida de validez legal, mientras que el efecto de una conexión cualificante es la defectuosidad o incorrección moral, que no socava la validez legal. Por lo tanto, «el punto decisivo aquí –señala Alexy– es que el efecto de la defectuosidad o incorrección moral es la defectuosidad o incorrección legal. Que las leyes moralmente defectuosas son moralmente defectuosas, es una verdad trivial. Que ellas son legalmente defectuosas, no solo no es una verdad trivial, sino que también es de gran significación para la relación entre la dimensión real e ideal del derecho, y esto, no solo por razones teóricas, sino también por razones prácticas en naturaleza»²⁸.

Esta asunción trae aparejada dos implicancias de orden lógico: (i) por un lado, que el positivismo, si pretende ser coherente consigo mismo, necesariamente deberá negar la existencia de esta conexión clasificante y cualificante; (ii) sobre esta base, el no positivismo se encuentra en condiciones de afirmar la conexión cualificante, esto es, la relación que se da entre la defectuosidad moral y la validez jurídica. En consecuencia, siguiendo esta línea argumentativa, corresponde concluir que las normas cuyo contenido se encuentra notoriamente afectado de desde un punto de vista moral, pierden por ello su validez jurídica.

A su turno, el profesor alemán hace la aclaración de que no todo defecto moral en el contenido normativo de una regla o acto de autoridad perteneciente a un sistema jurídico, acarrea la pérdida de validez. De este reconocimiento, conduce a identificar tres corrientes dentro del «no positivismo», a saber: exclusivo, el inclusivo, y el súper inclusivo, según que la postura asumida sea la de absoluta invalidez legal en todos los casos de defectuosidad moral de la regla u acto (en el primer caso), o bien que se reconozca que solo ciertos casos de incorrección moral producen la invalidez.

28 *Ibid.* p.8.

En este punto, Alexy ubica la disidencia entre el no positivismo incluyente o el súper incluyente, como también su objeción a la teoría jurídica de Finnis.

Para ello, procederá a situar la distinción entre «positivismo» y «no positivismo súper inclusivo», en lo que respecta al criterio de corrección legal, pero en lo que respecta a la validez, parece no haber diferencias. Según Alexy –y en función de la tesis expuesta y desarrollada en *Natural Law and Rights*–, Finnis se encontraría enmarcado en esta última categoría no positivista.

Al respecto, argumenta el profesor alemán: «En contraste con la tesis de la corrección, Finnis no aplica primaria y directamente conceptos normativos en orden a establecer la necesaria conexión cualificante entre el derecho positivo o la razonabilidad...»²⁹, sino que hace uso del recurso de la analogía, por medio del cual distingue entre significado focal de un concepto, que remite directamente al caso central del objeto conceptualizado, por un lado; y, por otro, los «significados secundarios» que remiten a casos o realidades periféricas del mismo objeto. Ciertamente, la afirmación tomada del Aquinate, en virtud de la cual, una ley injusta no es ley, debe interpretarse en el sentido en que la norma de contenido injusto o irracional, no es ley en el caso central [*simpliciter*], sino en el caso periférico [*secundum quid*]. En otras palabras, el carácter injusto, irracional o arbitrario de una norma o acto emanado de una autoridad, diluye su contenido conceptual pero no lo suprime en absoluto. De lo expuesto se infiere que, siendo la validez legal un dispositivo de carácter más bien técnico, la misma no tiene por qué verse afectada por la iniquidad en el contenido de la norma. Esta postura es la que Alexy identifica como «no positivismo súper inclusivo».

No obstante ello, el profesor alemán señala que es necesario analizar la forma en que es entendida la distinción entre casos centrales y periféricos, a la hora de caracterizar el «no positivismo súper inclusivo».

29 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», cit. p. 9

Para efectuar este análisis es necesario –explica el profesor alemán– precisar el sentido y alcance que Finnis les adscribe a los distintos adjetivos calificativos (vgr. «no desarrollado, primitivo o corrupto, o una versión diluida del caso central»³⁰, o bien, casos distorsionados³¹) que emplea para caracterizar los casos periféricos. Habrá que determinar si tienen todos el mismo significado, o si, por el contrario, cada calificativo designa realidades distintas aunque igualmente marginales.

Habiendo llegado a este estado de su argumento, se impone la necesidad de efectuar un distingo entre «lo desviado», por un lado, y «lo defectuoso», o incluso «radicalmente defectuoso», por otro. Alexy sigue en este punto a Mark Murphy, quien hace depender de esta distinción, la correspondiente a los casos centrales y casos periféricos. De modo que lo defectuoso implica «estar a la altura de un estándar»³², mientras que lo desviado, no necesariamente conlleva la violación de un estándar. Para ilustrar esta diferencia, recurre al mismo ejemplo ofrecido por Murphy, a saber, entre el chita y la tortuga. En orden a ser un caso central, es necesario que el chita sea un corredor veloz. Si, por alguna razón, el chita no es un corredor veloz, no solamente es desviado sino también defectuoso³³.

Tratándose de la tortuga, la cuestión es diferente. «En orden a ser un caso central de tortuga, Franklin (la tortuga), debe ser un caminante lento. Si fuera un corredor veloz, sería un caso desviado, pero este desvío no necesariamente implica defectuosidad. Trasladando esta distinción al fenómeno jurídico cabe la afirmación de que un sistema legal que *no provea* de coerción en orden a asegurar la justicia y la paz, “sería considerado tanto desviado como defectuoso”. Sin embargo, si llegó a la existencia de una sociedad en la que todos los miembros te-

30 FINNIS, J., *NLNR*, op. cit. pp. 10-11.

31 FINNIS, J., *Natural Law Theories*, p. 17.

32 MURPHY, M., «Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence», *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Ed. by Matthias Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 50.

33 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», op. cit., p. 10.

nían un fuerte sentido de la justicia tal que todos y cada uno siempre se rige por la ley, la posibilidad legal de imponer medidas coercitivas podría ser abolida. Si esto ocurriera, este sistema se habría vuelto desviado, pero no defectuoso»³⁴. Incluso, podría ser este un caso más perfecto que aquel en el cual exista la posibilidad de ejercer la coerción.

No obstante, según Alexy, las «distinciones de Finnis en este punto se aproximan bastante a la conexión cualificante según la cual, el efecto de la incorrección moral es la incorrección legal»³⁵. De lo que se sigue que –hasta este estado del argumento– todavía no hay elementos suficientes que conduzcan a calificar a la teoría jurídica de Finnis como no positivismo súper inclusivo. Por lo que resulta necesario avanzar un paso más en la argumentación, hacia la consideración de las distinciones y conexiones conceptuales antes referidas, y analizar el impacto de las mismas en relación con la fórmula de Radbruch.

2. d. La consideración de la fórmula de Radbruch como un elemento de la dimensión ideal del derecho

La cuestión que se plantea en este apartado es la referente a la vinculación y prioridad entre la validez legal y el contenido moral de las normas (su corrección o incorrección). Para demostrar su tesis sobre Finnis, Alexy trae a consideración el modo en que los distintos tipos de no positivismo abordan la vinculación entre estas dos variables.

Por un lado, lo propio del no positivismo súper incluyente –en el cual Alexy enmarca a Finnis– es otorgar absoluta prioridad a la certeza legal por sobre la justicia cuando la validez legal está en juego.

Dentro del no positivismo, la versión más radical es la que tiene lugar en el caso del no positivismo excluyente, en virtud del cual, la clásica sentencia «*lex iniusta non est lex*», tiene aquí un sentido literal. En otras palabras, la relación de prioridad entre ambas variables es inversa a la que se da en el caso del no positivismo súper incluyente, en el sentido en que el contenido moral de las normas es determinante de

34 *Ibíd.*, p. 10-11.

35 *Ibíd.*, p. 11.

su validez o invalidez legal. De modo, que en «caso de conflicto entre validez legal y justicia, se le da absoluta prioridad a la justicia»³⁶.

Por último, el profesor alemán considera que «una forma de no positivismo que da un peso adecuado a ambas dimensiones, la real y la ideal, es el no positivismo inclusivo»³⁷. Lo que define a esta versión del no positivismo es la pretensión de que no todo contenido inmoral de una norma acarrea su invalidez legal, sino solo aquellos casos que caen bajo la órbita de la *fórmula de Radbruch*³⁸, de modo tal que solo la extrema injusticia del mandato contenido en una regla suprime no solo la obligación moral de obedecerlo, sino también la obligación jurídica, en virtud de que la misma no puede concebirse como derecho válido.

Esta pretensión conlleva también la necesidad de delimitar el concepto de injusticia extrema. A lo que Alexy responde que esta se configura toda vez que se produce la violación a derechos humanos. En consecuencia, en todos los casos en que se configura la violación a

36 *Ibíd.*, p. 11.

37 *Ibíd.*, p. 12.

38 Sobre el punto véase: RADBRUCH, G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946). En español, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962. En este escrito Radbruch explica que «el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser resuelto en el sentido en que el derecho positivo asegurado por la sanción y por el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto a “derecho injusto” (*unrichtiges Recht*), deba retroceder ante la justicia» (p. 89). Alexy especifica que «lo particular de esta fórmula es que (...) ella admite que el derecho legislado y eficaz también puede valer cuando el mismo es injusto, y no exige de ningún modo orientación del Derecho en su conjunto siguiendo a la Moral. Más bien le incorpora al Derecho un límite externo. Básicamente es derecho aquello que ha sido dispuesto de conformidad con el ordenamiento y es socialmente eficaz; recién cuando el umbral (*schwelle*) hacia la extrema injusticia es traspuesto, las normas dictadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico y su validez jurídica». (ALEXY, R., «Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad», en VIGO, R., *La injusticia extrema no es derecho*, Primera Edición, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 168). Véase también, PAULSON, S. L., «Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views», *OJLS* 15, 489 a 491.

derechos humanos a través de reglas de derecho positivo, corresponde dar prioridad a la justicia por sobre la certeza legal. La afirmación contraria equivaldría a negar la dimensión ideal del derecho.

Esto último, conduce también a considerar la distinción que Finnis hace de obligatoriedad legal y obligatoriedad moral, como susceptible de ser criticada, justamente por conducir a la inferencia de que los defectos morales de las reglas solo hacen ceder la obligación moral a su cumplimiento, pero de ningún modo se puede negar la «la obligatoriedad legal en sentido legal o intrasistemático de una regla recientemente afirmada como legalmente válida y obligatoria por la más alta institución de un sistema legal»³⁹.

Considerando entonces el alcance que Finnis da a la noción de obligatoriedad legal, el profesor alemán afirma que desde el punto de vista del participante esta distinción entre obligatoriedad en sentido moral y obligatoriedad en sentido legal, también debe ser rechazada, por no «dar suficiente peso a la dimensión ideal en casos de injusticia extrema»⁴⁰.

3. La respuesta de Finnis a la objeción alexyana

Analizar la respuesta del profesor australiano a la crítica formulada por Alexy conduce necesariamente a analizar y precisar el sentido y alcance de la noción de validez legal en la teoría jurídica finnisiana.

Finnis trata el problema de la posible validez legal de normas de contenido moralmente inícuo en el capítulo XII de la obra central del autor, *Natural Law and Natural Rights* (en adelante NLNR). No obstante, también es posible localizar referencias dispersas al tema en *Collected Essays IV «Philosophy of Law»*⁴¹, y alguna referencia aislada en escritos más recientes como *Natural Law Theories*⁴², cuya última edición data

39 FINNIS, J., *NLNR*, op. cit. p. 357.

40 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», op. cit., p. 13.

41 FINNIS, J., *Philosophy of Law, Collected Essays IV*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

42 FINNIS, J., «Natural Law Theories», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall

del año 2011, y en otros más recientes aún, cuya referencia se reserva para el desarrollo de los capítulos posteriores.

Concretamente –y continuando con el análisis de la obra matriz de la teoría finnisiana *NLNR*– el autor efectúa una clasificación de los distintos tipos de injusticia de la ley, lo cual se vincula con la forma en que se ejerce la autoridad a través de la norma o con la asignación o distribución de bienes que esa norma hace. Así, el carácter injusto de una disposición legal puede provenir:

(i) del hecho de que la norma en cuestión sea emitida por una autoridad que desconozca las necesidades del bien común, por lo que, en tal caso, «el uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o facción o movido por malicia contra alguna persona o grupo»⁴³;

(ii) En aquellos casos en los que el funcionario que ejerce autoridad adopta disposiciones que exceden la órbita de sus atribuciones. En este caso la injusticia puede ser distributiva según que «el funcionario se arroge indebidamente un exceso de autoridad y conmutativa en la medida en que el funcionario procura indebidamente someter a otros a sus propias decisiones»⁴⁴.

(iii) El tercer tipo de injusticia de la ley es aquel que tiene lugar cuando la autoridad no se ejerce de conformidad con el imperio del Derecho.

(iv) Por último, la injusticia puede ser de naturaleza sustancial, puesto que el acto en cuestión asigna algún bien o bienes a quien no tenga derecho, mientras que los niega a otros; o impone sobre algunos cargas de los que a otros exime (injusticia distributiva); o bien puede «ser conmutativamente injusto al negar a uno, a algunos o a todos, un derecho humano absoluto, o un derecho humano cuyo ejercicio en las

2011 Edition, Zalta Eduard N. (ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/naturalo-law-theories>.

43 FINNIS, J., *NLNR*, op. cit. p. 352.

44 *Ibid.*, pp. 352-353.

circunstancias es posible, consistente con las exigencias razonables del orden público, la salud pública; etc., y compatible con el correcto ejercicio de tantos otros derechos humanos como de los mismos derechos humanos de otras personas»⁴⁵.

En el apartado siguiente, Finnis se refiere a las distintas formas en que puede ser entendida la obligación de obediencia a la ley. En efecto, la misma puede implicar: (i) por un lado, la convicción de que es necesario obedecer la ley, frente a «la posibilidad empírica de ser sometido a una sanción en caso de incumplimiento; (ii) la obligación jurídica en sentido intrasistemático (...) en la cual, la premisa fáctica de que la obediencia a la ley es socialmente necesaria es un principio estructural aislado del resto del razonamiento; (iii) obligación en sentido moral (...); y (iv) obligación moral que no deriva del carácter jurídico del establecimiento de la obligación sino de alguna fuente colateral»⁴⁶.

Es precisamente el segundo tipo de obediencia al que refiere el profesor australiano, el que ha sido objeto de crítica por Alexy: el de obligación jurídica en sentido intrasistemático. La contrapartida de este concepto es el de validez jurídica «intrasistemática», que –como el mismo Finnis lo explica– es la consecuencia de la forma de «ejercer autoridad por medio del derecho [la cual] procede mediante el establecimiento de un sistema de reglas que deriva su autoridad no de la conveniencia intrínseca de su contenido sino del hecho de haber sido dispuestas de acuerdo con reglas que regulan cómo han de ser dispuestas»⁴⁷.

En consecuencia, lo que se deduce de esta forma de concebir el concepto de validez jurídica es que se trata de un dispositivo de carácter exclusivamente técnico, instrumental, que no guarda vinculación alguna con el contenido de las normas jurídicas, y que opera con total independencia de ellas. Esto permite explicar la interpretación finnisiana de la máxima *lex iniusta non est lex*, a partir del tratamiento que Tomás de Aquino le da a la misma. Ciertamente, según Finnis, el

45 *Ibid.*, p. 354.

46 *Ibid.*, p. 354.

47 *Ibid.*, p. 355.

Aquinate solo distingue entre «ley en sentido focal» [*simpliciter*], que se corresponde con el caso central del concepto de ley; y «ley en sentido secundario» [*secundum quid*], correspondiente a aquellas versiones marginales, deformadas o diluidas (*wathered down*), precisamente por la ausencia de algún elemento descriptor del caso central.

De lo que se sigue que para poder comprender adecuadamente el concepto de validez finnisiano será necesario su articulación con la concepción analógica del derecho, puesto que es la única forma de poder justificar su índole auténticamente técnico o instrumental.

Esta tesis parece enfatizarse en la respuesta de Finnis a la objeción de Alexy, publicada en la *American Journal of Jurisprudence* en abril del año 2014⁴⁸. En este artículo, Finnis procede estructurar la defensa de sus tesis más relevantes, organizándola en torno a los siguientes ejes fundamentales, los cuales son tratados en cada uno de los apartados en que se divide el texto, a saber: (i) la consideración y análisis en torno a la posible naturaleza dual del derecho, en cuanto a comprensiva de una dimensión real y otra ideal, (ii) la distinción entre las perspectivas del observador y el participante; (iii) la objeción contra las etiquetas de positivista y no positivista; (iv) la peculiaridad de los debates con que los libros de textos tratan conexiones entre el derecho y la moral; (v) la consideración de la fórmula de Radbruch como criterio de medición de validez jurídica de normas de contenido injusto.

Pasemos a analizar detenidamente cada uno de estos ejes.

3. a. La propuesta alexyana de concebir al derecho como un fenómeno bidimensional

Al comenzar su defensa, Finnis retoma la idea de la naturaleza dual o bidimensional del derecho propuesta por Alexy, idea esta que depende a su vez de la perspectiva con la que se aborde el fenómeno jurídico.

48 FINNIS, J., «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"», en *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 59, N° 1, 2014, pp. 85-109.

En efecto, de lo que se trata es de dilucidar si es posible reconocer al derecho como vinculado conceptualmente con la moral, y entonces dotado de una dimensión real y autoritativa, y de una dimensión ideal o racional. La respuesta al dilema depende de dos variables: (i) por un lado, según que el mismo se aborde desde la perspectiva del observador, o desde la perspectiva del participante; (ii) y por otro, teniendo en cuenta el impacto que genera la aplicación de la fórmula de *Radbruch*, en una y otra perspectiva.

Así, el profesor de Oxford, comienza su defensa tomando, como punto de partida, la afirmación de Alexy según la cual «desde la perspectiva de un observador, la tesis de la conexión de Radbruch no puede ser sostenida para apelar a una conexión conceptualmente necesaria entre la ley y la moral»⁴⁹. De este modo, Finnis intenta demostrar que es su mismo objeto quien reconoce que el derecho puede ser conceptualmente pensado y concebido inteligiblemente haciendo abstracción de elementos o valoraciones de índole moral.

En consecuencia, queda claro que, desde la perspectiva del observador, es perfectamente posible considerar como válidas, normas u otros componentes de un ordenamiento jurídico aun cuando su contenido sea «monstruosamente injusto»⁵⁰. Este es el sentido que Finnis le imprime aquella cita que Alexy hace de *Natural Law and Natural Rights* en virtud de la cual, el oxoniense parecería quedar en evidencia sobre sus criterios «súper inclusivos» a la hora de considerar las implicancias del contenido inmoral de las normas en sus dispositivos técnicos:

La (derecho natural) tradición explícitamente (hablando de leyes injustas) acuerda validez legal a reglas inicuas, si sobre el campo y en el sentido de que esas reglas son aceptadas por los tribunales como guías de una decisión judicial, o sobre el ámbito y en el sentido que, en el juicio del hablante, ellos satisfacen

49 ALEXY, A., *The argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Segunda edición. Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 31.

50 FINNIS, J., «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"», op. cit. p. 88.

critérios de validez puestas bajo reglas constitucionales y otras reglas legales (...)⁵¹.

Por tanto, no parece posible la referencia a una dimensión ideal del fenómeno jurídico, cuando este es abordado desde la perspectiva del observador, que se sitúa frente al objeto de estudio desde una posición foránea, imparcial o desinteresada. Al observador así considerado, solo podrá aproximarse al derecho y analizarlo, siempre desde la periferia. De este modo, el derecho solo puede ser identificado y conceptualizado en términos de hechos sociales o fácticos y, por tanto, en su abordaje solo se limitará a reconocer solo su dimensión real o autoritativa.

Las dificultades surgen cuando la aproximación al fenómeno jurídico se realiza desde la perspectiva del participante, lo cual es tratado por Finnis en el apartado siguiente del artículo. No obstante, antes de entrar de lleno en el desarrollo del argumento, conviene recordar que debe entenderse por participante. La noción de participante es comprensiva de todo sujeto vinculado por las razones para la acción que proporciona el orden jurídico, y que se encuentran involucrados en la «en la toma de decisiones (opciones) sobre sí y qué leyes hacer, reconocer, aplicar y cumplir»⁵². En consecuencia, abarca, legisladores u otros funcionarios con competencia en la elaboración de normas de alcance general; jueces, quienes se encargan de la interpretación y aplicación de normas, y ciudadanos en su calidad de destinatarios de los preceptos contenidos en las normas.

En este sentido, Finnis considera que esta perspectiva es primaria respecto de la del observador, pero hace una expresa salvedad de que su aproximación al fenómeno jurídico desde esta perspectiva no se

51 *NLNR* 365. «The [natural law] tradition explicitly (by speaking of “unjust laws”) accords to 15 iniquitous rules legal validity, whether on the ground and in the sense that these rules are accepted in the courts as guides to judicial decision, or on the ground and in the sense that, in the judgment of the speaker, they satisfy the criteria of validity laid down by constitutional or other legal rules...». (La traducción es propia).

52 FINNIS, J., «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s “Ideal Dimension”», op. cit. p. 90.

vincula con la construcción de un concepto, sino que es resultado de lo que él califica como un «*proceso de reflexión crítico práctica*», que tiene por objeto la captación y comprensión de la forma en que «los fines humanos básicos –necesidades o bienes– y significados apropiados, vienen juntos en un entendimiento críticamente justificado –concepto– de derecho»⁵³. Este proceso consiste su vez, en «articular y probar pretensiones sustantivas sobre qué razón práctica (capacidad) requiere para alguien y para todos, requerimientos que incluyen la necesidad de la ley como medio característicamente indispensable para asegurar el bien común de la justicia y la paz, a través de la coordinación realizada por el camino de la autoridad de una clase de regla de derecho apropiadamente»⁵⁴, que no debe confundirse con la construcción de un concepto.

Ahora bien, aun cuando, como resultado de este proceso de reflexión crítico práctico sobrevenga un entendimiento acabado del fenómeno jurídico, Finnis no considera que un sistema jurídico deba, para ser tal, formular pretensiones de corrección, entendida esta corrección términos de adecuación a estándares morales, tal como la concibe Alexy.

Para el profesor de Oxford, el resultado de este proceso de reflexión crítico práctica es perfectamente compatible con la idea de una constitución (orden jurídico) que simplemente se limite a articular sus «disposiciones para el ejercicio de los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, y para la supremacía de leyes constitucionalmente válidas sobre leyes competidoras, fuentes del derecho, y ejercicios designados de poder»⁵⁵, pero omitiendo toda referencia a la justicia o injusticia en el contenido de tales disposiciones.

Para ilustrar su tesis, recurre también a un ejemplo de supuesta disposición constitucional, en la que se declara que la misma satisface todos «los criterios hartianos (de reglas primarias restringiendo la violencia, el robo y el fraude, y reglas secundarias de reconocimiento, de

53 *Ibíd.* p. 90.

54 *Ibíd.*, p. 90.

55 *Ibíd.*, p. 91.

adjudicación, de cambio, etc.), [e] impone deberes legales y confiere derechos legales que no se relacionan con derechos morales»⁵⁶. A pesar de reconocer el carácter pervertido de tal declaración, Finnis no ve razón para privarle de carácter jurídico, aun cuando medie un reconocimiento expreso de servir, no al bien común sino a propósitos sectoriales.

Esto se justifica en virtud de su concepción analógica del derecho, según la cual, en los «en los casos centrales de los sistemas legales (...) todas esas distinciones y dispositivos técnicos permanecen al servicio de derechos morales y propósitos (al menos, de hacer justicia de acuerdo con la ley), y son ambos una aspiración y una asunción de que las obligaciones legales y las morales no deberían propiamente divergir»⁵⁷. Sin embargo, no ocurre lo mismo en los supuestos marginales en los que las disposiciones jurídicas y los requerimientos morales transcurren por cauces separados, y, aun así, según Finnis, esta circunstancia no es suficiente para calificar tales casos como nudas situaciones de poder, ni para privarles de *status* jurídico, ni de validez. En este sentido, el profesor australiano intenta refutar a Alexy afirmando que «nada conceptualmente excluye llamar un sistema legal explotador si la explotación procede “de conformidad con una regla práctica impulsada”. Incluso si el propósito explotador no es enmascarado por alguna pretensión de justicia»⁵⁸.

56 *Ibid.*, p. 91. A continuación se cita el ejemplo completo: «Our law, which satisfies all the (say) Hartian criteria (primary rules restricting violence, theft and fraud, secondary rules of recognition, change and adjudication, etc.), imposes legal duties and confers legal rights that have nothing to do with moral rights. Our law imposes legal obligations that are not moral obligations, and has nothing to do with justice in the moral sense etc., but is instead a structure of ordered power designed to pursue our sectional purposes. We as regime will mercilessly enforce this law».

57 *Ibid.*, p. 92, citando *NLNR* p. 274: «In central-case legal systems, of course, all these distinctions and technical deviceS29 remain in the service of moral rights and purposes-not least, of doing justice according to law-and it is both an aspiration and an assumption that legal and moral obligations should not and properly do not diverge except in marginal and “extraordinary” cases. So: wicked and exploitative regimes will no doubt tend to find it more convenient and effective to pretend that their law serves common good, justice, and moral rights...».

58 *Ibid.*, p. 93.

Por esta razón arguye Finnis que, más fructífero que analizar conceptualmente una determinada realidad, es reflexionar y argumentar sobre casos centrales de esa realidad, en los cuales hay que considerar «las principales formas de bienestar humano intrínseco y de miseria – en otras palabras, de necesidades característicamente humanas– y de clases de opciones (y así, clases de prácticas o instituciones) inteligibles y razonablemente sensibles a esas necesidades»⁵⁹. Tales procesos de reflexión pueden arrojar como resultado la elaboración de un concepto, o la reformulación, ampliación o clarificación de un concepto ya existente. Pero en todo caso, este concepto será siempre secundario respecto de la realidad referida. Según el profesor de Oxford, la tarea de teorizar propia de la filosofía del derecho, se realiza mejor en la medida en que la misma se erige en reflejo de las necesidades humanas, en los que las instituciones jurídicas aparecen como la única respuesta socialmente viable para tales necesidades.

En este contexto, la perspectiva del observador puede resultar adecuada para frente a actos autoritativos que hayan tenido lugar en el pasado, aunque esta perspectiva siempre tendrá un carácter restringido puesto que sus criterios de corrección o verdad, serán exclusivamente referenciados a un lugar y tiempo histórico concreto.

Así las cosas, Finnis considera que, si la aproximación al fenómeno jurídico se efectúa desde la perspectiva del participante, resulta inapropiada la propuesta de Alexy de teorización o análisis conceptual en abstracto, prescindiendo de las realidades humanas que constituyen su objeto. Por tanto, desde la perspectiva del participante, la auténtica teorización (o filosofía) debe encauzarse hacia la búsqueda e identificación de «necesidades humanas y de respuestas apropiadas»⁶⁰. Más adelante, el profesor de Oxford profundiza esta idea, calificando al participante en cuestión como un participante completamente razonable. En consecuencia, tal perspectiva no puede ser más que de naturaleza moral.

59 *Ibíd.*, p. 93.

60 *Ibíd.*, p. 94.

De este modo, el autor sostiene que es responsabilidad de las comunidades humanas el introducir principios de justicia en el derecho positivo, esto es «principios que son moralmente vinculantes independientemente de cualquier ratificación de ellos a través de la práctica, promulgación o declaración judicial - *ius cogens*»⁶¹. Sin embargo, una vez que una norma o regla ha sido puesta o postulada (*posited*), entonces es posible hablar de una doble vida del derecho: (i) como razón, que previamente ha sido prevista por el legislador, y que a través de un acto autoritativo, la ha dotado de obligatoriedad para sus destinatarios, tornándola una razón para la acción; (ii) y por otro lado, como hecho, lo cual remite al dato de la aceptación como razón por parte de sus destinatarios, sean funcionarios y operadores jurídicos como la ciudadanía en general. En este sentido, puede ser también concebido como un hecho que se agrega a la postulación de esa razón.

Pese a este reconocimiento, Finnis califica la tesis alexyana de la doble vida del derecho como «metafórica». En realidad, en lugar de hablar de hechos o dimensión real del derecho, el autor australiano considera más apropiado referirse a razones para la acción. Estas últimas, a su turno, no pueden explicarse sin directa referencia a actos autoritativos pasados, en virtud los cuales se advirtió la necesidad o conveniencia de reconocer o tutelar un determinado estado de cosas, o de regular ciertas situaciones productoras de efectos jurídicos. En otros términos, son estos actos autoritativos pasados, los que crearon razones para la acción respecto de situaciones futuras.

Teniendo en cuenta lo expuesto, Finnis califica de inadecuada la distinción entre «positivismo» y «no positivismo», y en este sentido explica que, ciertamente, tal calificación supone –para quienes se han enrolado dentro de las filas del positivismo– que habría opciones o posiciones defectuosas dentro de la filosofía jurídica. Más aún, la positividad de la ley nunca ha sido negada por autores que, teniendo en cuenta esta categorización, se inscribirían dentro de las filas del no positivismo. Al respecto, resulta necesario recordar que Alexy hace residir la distinción en el reconocimiento o no de la conexión conceptual

61 *Ibid.*, pp. 94-95.

entre el derecho y la moral. Mientras que el profesor de Oxford, por su parte, explica que el positivismo existe mucho antes que aquellos que se autodenominan como tales, existieran como corriente dentro de la filosofía del derecho, puesto que la positividad de la ley es sostenida por autores que –como Tomás de Aquino– resultaría inconcebible su calificación como positivista por quienes así de autocalifican. En este contexto, el positivismo –para Finnis– no es más que una versión tardía de postulados que ya se habían formulado con anterioridad en la filosofía legal, aunque la misma se presenta con la debilidad –según Finnis– de circunscribir la positividad normativa a fuentes de hechos sociales aisladamente.

Para explicarlo, recurre a una afirmación de uno de los exponentes más destacados del positivismo jurídico, Joseph Raz, quien sostiene que «Toda ley está basada en una fuente. Una ley está basada en una fuente si su existencia y contenido puede ser identificada a través de la referencia a hechos sociales aislados, sin recurrir a ningún argumento evaluativo»⁶².

Esta cuestión es refutada por el profesor australiano en la Introducción de *CEJF IV*, en donde explica cuidadosamente la debilidad de la afirmación de Raz, como pilar sobre el que se asienta el positivismo. En efecto, «nadie puede tratar racionalmente un hecho aislado –escribe Finnis– como dando razón de algo, y mucho menos dejando aislado algo como demandar y optar-restringir como una ley. Debe haber siempre algún argumento evaluativo para tratar algún hecho o combinación de hechos como “base” para identificar una proposición como obligación-imposición o en algún otro sentido normativo o directivo»⁶³. Con lo cual, procura explicar que limitar el reconocimiento de validez u obligatoriedad de un acto normativo cualquiera sea la fuente autoritativa de la cual emana, sin analizar razones para acción que

62 RAZ, J., *Ethics in the Public Domain* (Oxford, 1994). De la misma forma RAZ, J., *Entre la Autoridad y la Interpretación* (Oxford, 2009), p. 386.

63 FINNIS, J., *CEJF IV*, en 4-5: «...no one ever can rationally treat a fact alone as giving reason for anything, let alone something as demanding and choice-restricting as law. There must always be some “evaluative argument” for treating any obligation-imposing or in some other way directive or normative...»; ver también 100-101.

surgen del acto en cuestión, supone incurrir en un reduccionismo sesgado que no termina de explicar completamente el acto en cuestión.

En consecuencia, el positivismo explicado en estos términos «adolece de capacidad de respuesta estable a las preguntas necesarias para tener derecho a contar como un candidato u opción apropiado en teoría o filosofía legal»⁶⁴; y, en este contexto, la calificación de «no-positivista» solo se limita a «ser una auto-descripción satisfactoria para posibles alternativas o posiciones contrarias»⁶⁵. En otras palabras, Finnis considera que la calificación de «no positivista» es inadecuada, porque deviene necesariamente en residual, al pretender abarcar otros enfoques que se apartan de las principales tesis del positivismo. No obstante, estos enfoques, dada la multiplicidad de sus matices, no son susceptibles de ser encuadrados en una única corriente iusfilosófica, por lo que el calificativo de «no positivista», deviene en excesivamente general. En el fondo, lo que parece que Finnis le replica a Alexy, es la reticencia a referirse a las tesis que vinculan el derecho con la moral, como relacionadas de alguna forma, con las teorías del derecho natural.

3. b. Lo que Finnis considera que Alexy no tuvo en cuenta

Ahora bien, hasta aquí se advierte en el artículo analizado que el profesor de Oxford ha procedido a efectuar ciertas clarificaciones que le permitan luego introducirse de lleno en el desarrollo de la réplica.

A continuación, se registra una defensa de las tesis finnisanas más controvertidas, fundamentalmente en lo que se refiere su abordaje sobre el tratamiento de la ley injusta. Pero antes, procede a clarificar su concepción sobre la vinculación entre el derecho y la moral, a propósito de la impugnación que Alexy formula en su artículo sobre la forma en que Finnis ha tratado la cuestión en su *Introduction de Collected Essays IV, Philosophy of Law*, en el que caracteriza como «peculiar» la cuestión acerca de si tal conexión es necesaria o no.

64 FINNIS, John, «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"», op. cit. 98.

65 Ibid.

Al respecto, Finnis se defiende sosteniendo que Alexy no ha sabido dar una lectura contextual adecuada a la proposición controvertida, y recuerda que la tesis de la separación conceptual entre ambos órdenes normativos es el pilar fundamental sobre el que se asienta toda la corriente iuspositivista. En este sentido, el autor aclara su postura a favor de tal conexión, no obstante lo cual afirma que no puede realizarse un abordaje adecuado del tema en la medida en que no se realice una investigación moral. Solo a través de una investigación de esta índole se podrán comprender cabalmente las proposiciones que predicen que una ley injusta no es ley, o que una constitución tiránica no es una constitución, etc. En otras palabras, el tipo de investigación que se requiere, según Finnis, para el tratamiento de la conexión entre el derecho y la moral no puede ser jurídico sino necesariamente moral.

3. c. El problema del derecho injusto y la subsistencia o no de su validez

A continuación, el profesor de Oxford dedica uno de los apartados más extensos del artículo para explicar detalladamente su enfoque sobre el problema de la ley injusta. El punto más álgido de la discusión se plantea en torno a los efectos de la injusticia de la ley, fundamentalmente, se trata de determinar si existe alguna forma de medir la injusticia legal y en qué medida esa injusticia repercute o proyecta sus efectos sobre dispositivos técnicos como son la validez o la eficacia.

Cabe recordar que Alexy coloca el punto de inflexión en la fórmula de Radbruch, con lo cual, si bien aboga por el principio de certeza legal en pos de garantizar la seguridad jurídica –y, en consecuencia, no toda injusticia autoritativa torna inválida la norma u acto en cuestión– tal principio se derrumba en los casos de injusticia extrema. Este derrumbe del principio de certeza legal ante la injusticia jurídica extrema o intolerable se justifica –siguiendo a Gustav Radbruch– por tratarse de actos en los que se evidencia un abandono de toda tentativa de justicia, «donde la igualdad, el núcleo de la justicia, es deliberadamente traicionada en la emisión del derecho positivo, entonces el estatuto no es meramente una “derecho viciado”, le falta completamente la verdadera naturaleza del derecho. Por lo que el derecho, incluyendo el derecho

positivo, no puede ser definido de otra manera que como un sistema y una institución cuyo verdadero significado es servir a la justicia»⁶⁶.

Ahora bien, Finnis responde a este problema haciendo uso de la distinción entre obligación (de obedecer) en sentido legal y en sentido moral, y al parecer sostiene –y esa es la principal tesis finnisiana objetada por Alexy– que en los supuestos de injusticia extrema lo que puede ceder es la obligación moral de obedecer el derecho, pero no ocurre lo mismo con la obligación legal. En este sentido, arguye: «la derrota de la presunta obligación moral (moral-legal) de los sujetos –que incluye jueces y otros funcionarios– por “una seria y relevante injusticia...” no es suficiente para decidir la cuestión sobre el *status* de las leyes injustas en la preocupación de esos sujetos para identificar sus responsabilidades morales»⁶⁷.

Más aún, el profesor de Oxford incluso justifica esta conclusión en la misma filosofía del Aquinate receptada en las principales tesis de *Natural Law and Natural Rights*, en virtud de las cuales, se puede predicar la subsistencia de una «obligación moral colateral» de obedecer un acto autoritativo injusto, fundada en la conveniencia de «evitar debilitar el derecho», el sistema legal (de reglas, instituciones y disposiciones) como un todo⁶⁸.

66 RADBRUCH, G., «Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law», en *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006) p. 7: Where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately betrayed in the issuance of positive law, then the statute is not merely “flawed law”, it lacks completely the very nature of law. For law, including positive law, cannot be otherwise defined than as a system and an institution whose very meaning is to serve justice. (Traducido por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L Paulson). El original es Radbruch, «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» (1946) 1 *Süddeutsche Juristen- Zeitung* 105

67 FINNIS, J., «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s “Ideal Dimension”», op. cit. 100. «But the defeating of the presumptive moral (“legal-moral”) obligation of subjects-who include judges and other officials-by “serious and relevant injustice” does not suffice to settle the question of the unjust law’s *status* in these subjects’ concern to identify their moral responsibilities». (La traducción es propia).

68 FINNIS, J., *NLNR*, op. cit. p. 361-2.

En otras palabras, la fórmula de Radbruch no es suficiente por sí misma para privar de validez a actos o normas de contenido injusto, por la sencilla razón de que no se puede confundir aspecto sustancial (que sería el propio del contenido) con el aspecto formal o técnico que caracteriza a la validez en cuanto a criterio de pertenencia sistémico a un determinado orden jurídico. Por lo tanto, se puede predicar la validez con absoluta prescindencia del contenido precisamente por tratarse de aspectos cuyas dinámicas transitan por cauces separados y autónomos uno del otro.

En consecuencia, Finnis se defiende de las objeciones de Alexy argumentando sobre la base de la falta de utilidad de la distinción entre dimensiones reales e ideales del derecho para responder al supuesto de conflicto entre el principio de certeza legal y el principio de justicia. En tal sentido, afirma que el recurso de tal distinción supone incurrir –nuevamente– en la confusión entre lo que es el derecho y lo que debe ser. En este punto, el profesor de Oxford sostiene que Alexy se contradice en su crítica puesto que él mismo admite que la aplicación de la fórmula de Radbruch solo es viable si se aborda el problema desde la perspectiva del participante, no desde la perspectiva del observador, con lo cual estaría confirmando el requerimiento de una investigación de tipo moral para zanjar la problemática.

En directa relación con lo anteriormente expuesto, el debate se complejiza aun más cuando se procede sobre el análisis y justificación del concepto finnisiano de «validez intrasistémica», que es lo que le ha merecido la inclusión dentro de la categoría del no positivismo súper inclusivo en la crítica de Robert Alexy.

Recuérdese que el profesor de Kiel le objeta al de Oxford el distingo entre obligación en sentido legal y obligación en sentido moral, arguyendo que la misma no es más que un vericuetto argumentativo para sostener lo que en el fondo configura una de las tesis centrales del positivismo, a saber: la de la separación conceptual entre el derecho y la moral, negando con ello, la necesidad de reconocer una dimensión de razonabilidad –lo que Alexy denomina «dimensión ideal»– que debe gobernar la dinámica de creación y aplicación del derecho.

En respuesta a este punto de la objeción alexyana, el profesor australiano afirma enfáticamente la posibilidad de sostener un criterio

de validez intrasistemático, conceptualizando la obligación legal en tal sentido como aquella «en la cual la premisa práctica de conformidad con el derecho es socialmente necesaria, un principio estructural aislado del resto del razonamiento práctico»⁶⁹.

Por otra parte, Finnis advierte que «el comentario de Alexy manipula la fórmula de Radbruch, que pretende abordar la situación legal durante y después de la persistencia del régimen injusto»⁷⁰, con lo cual estaría limitando «la relevancia moral y legal de la fórmula a la situación posterior al colapso»⁷¹, lo cual en nada excluye la tesis finnisiana de validez intrasistemática.

En consecuencia, Finnis arguye, por tanto, que lejos de restarle peso a la dimensión ideal del derecho, su posición no hace más que reforzarla, y que, por tanto, no corresponde inscribir su postura dentro de la categoría del no positivismo súper inclusivo. Más aún, el hecho de sostener la validez intrasistemática de reglas u actos autoritativos gravemente injustos no es incompatible con el principio *lex injusta non est lex* and *virtutem obligandi non habent*, que debe ser interpretado en términos de carencia del acto en cuestión de autoridad moral para obligar, aunque el acto o regla (ley) cuestionado «sea o no “jurídicamente válida” o “jurídicamente obligatoria”, en el sentido restringido de que (i) emana de una fuente jurídicamente autorizada, (ii) de hecho será impuesta por los tribunales y/o otros funcionarios, y/o (iii) habitualmente se habla de ella como una ley semejante a otras leyes»⁷².

Dicho esto, Finnis entiende que la aplicación de la fórmula de Radbruch como criterio de delimitación de la validez o invalidez de normas de contenido injusto, es una simplificación excesiva de un problema cuya complejidad no se resuelve mediante el trazado de un umbral por medio del cual los actos de la autoridad pasen *ipso facto* de ser válidos a inválidos. Más aún, esto se vuelve tanto más proble-

69 NLNR, op. cit. p. 354

70 FINNIS, J., «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's «Ideal Dimension», op. cit., p. 103.

71 Ibid.

72 FINNIS, J., NLNR, op. cit., pp. 360-361.

mático cuando se tiene en cuenta la tesis de Alexy sobre la distinción entre conexión clasificada o calificada de conexión entre el derecho y la moral, lo que conduciría a un problema de medición gradual de la validez o invalidez jurídica. En este sentido, Finnis considera que esta tesis descansa en una «hipótesis poco sólida», a saber:

Que las consecuencias moralmente significativas de la injusticia significativa (severa o no) en la creación del derecho o en su contenido, debe ser articulada como si, en algún momento (i.e., en relación con ciertas reglas de injusticia suficientemente severas), (A) Todas pudieran identificarse apropiadamente por referencia a una técnica legal estándar de trazar una brillante línea entre lo válido y lo inválido; y (B) esta brillante línea es buscada como una verdad acerca del derecho⁷³.

El profesor de Oxford justifica lo expuesto recurriendo a un ejemplo analizado por Alexy en su obra *The Argument from Injustice*⁷⁴, en el cual la Corte Federal Constitucional Alemana en el año 1968 declaró *nulo ad initio* disposición del Derecho Alemán de 1941 según la cual se disponía la privación de la ciudadanía alemana a judíos residentes en territorio alemán junto con la expropiación de sus respectivos patrimonios. Esta decisión se justificó sobre la base de la facultad del alto tribunal de revisar –y eventualmente revocar– la validez de disposiciones de naturaleza tal que se encuentran en evidente conflicto con

73 FINNIS, J., «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"», op. cit. 105. Whatever one may think of that argument, the refinement or complexification suggests that the main Alexy-Radbruch all-or-nothing, valid-or-invalid thesis rests on an unsound assumption: that the morally significant consequences of significant injustice (severe or not) in law's making or content are to be articulated as if, at some point (i.e., in relation to some rules of sufficiently severe injustice), (A) they could all be appropriately identified by reference to the standard legal technique of drawing a bright line between the valid and the invalid; and (B) this bright line is to be sought as a truth about law. (La traducción es propia).

74 ALEXY, R., *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Oxford University press, 2002, p. 6.

los principios de justicia más elementales, a pesar de que tales disposiciones fueron de aplicación durante varios años. En esta decisión, la corte entendió que, de continuar aplicando disposiciones de esta clase estaría impartiendo injusticia (*Unretch*⁷⁵) *por encima de cualquier criterio de legalidad. Este sería un supuesto de aplicación lisa y llana de la fórmula de Radbruch.*

No obstante, Finnis entiende que colocar la cuestión en estos términos implica en una posición demasiado radical, lo que supone pasar por alto otra serie de extremos. Para ilustrarlo, recurre a un ejemplo, afirmando que no toda disposición del derecho alemán durante ese periodo histórico puede considerarse injusto, y que por tanto su aplicación no necesariamente equivale a administración de injusticia. Tal es el caso de la disposición constitucional de 1949 en virtud de la cual se estableció en su artículo 116 (2) que respecto de los ciudadanos alemanes «quienes, entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945 fueron despojados de su ciudadanía en los campos políticos, raciales o religiosos, y a su descendencia, se les reintegrará la ciudadanía (nacionalidad) previa solicitud. Ellos serían considerados como si no hubiesen sido despojados de su ciudadanía alemana, si hubiesen establecido su domicilio en Alemania después del 8 de mayo de 1945 y no hubiesen expresado intención en contrario». En este sentido, el alto tribunal alemán interpretó que los judíos alemanes sujetos al derecho nazi de 1941, y que murieron antes de la entrada en vigencia de la disposición

75 La expresión empleada por Radbruch ha sido susceptible de diversas traducciones. En efecto, el escrito original de 1946 se tituló «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» y se tradujo como «Arbitrariedad legal y Derecho supralegal», en RADBRUCH, G., «Arbitrariedad legal y Derecho supralegal», trad. María Isabel Azareto de Vázquez, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1962; y RADBRUCH, G., «Arbitrariedad legal y Derecho supralegal» en RADBRUCH, G., *El hombre en el Derecho*, trad. Anibal del Campo, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, pp. 127-141. También se ha traducido como «leyes que no son Derecho», en «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes», en RADBRUCH, G., SCHMIDT, E., y WELZEL, H., *Derecho injusto y Derecho nulo*, introducción, traducción y selección de textos de José María Rodríguez Paniagua, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, pp. 1-22. En todo caso, la expresión hace referencia a actos autoritativos válidos por su fuente pero viciados de iniquidad moral en su contenido.

de 1949, serían considerados ciudadanos alemanes a menos que ellos hubiesen manifestado expresamente su intención de no conservar la nacionalidad alemana; mientras que aquellos que sobrevivieron con posterioridad a la promulgación de 1949, no pierden la nacionalidad alemana pero no serían tratados como alemanes por el Estado Alemán, mientras no soliciten la ciudadanía/ nacionalidad o fijen su domicilio en Alemania⁷⁶.

Con este ejemplo, Finnis pretende mostrar que muchas de las pautas que se emplearon para determinar o asignar la ciudadanía-nacionalidad alemana a judíos residentes en Alemania que fueron despojados de su ciudadanía durante la vigencia del derecho nazi, son pautas propias de ese derecho a pesar de haber sido declarado nulo *ab initio*.

De igual manera, Finnis señala que el Alto Tribunal interpretó que:

... la disposición del art. 116 en el sentido que, un judío alemán quien (a causa de la invalidez atribuida o revocación judicial ab initio del derecho nazi) no dejaba de ser alemán en noviembre del 1941, sin embargo, dejó de ser alemán el 23 de mayo de 1949 a menos que se postulara (o ¿después?) para volver a ser nacional alemán o se radicara en Alemania (¿incluso después?). Y esta pérdida de nacionalidad en 1949 fue precisamente porque esa persona fue tratada por el derecho nazi como «derecho» de noviembre de 1941, un derecho considerado en 1949 y 1968 como un hecho con ese significado, porque una vez fue legalmente propuesto y tratado como una razón legal⁷⁷.

76 Véase ejemplo completo en FINNIS, J., «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"», op. cit. p. 106.

77 Ibid. p. 106: «And the effect of Art. 116 as interpreted by the 1968 decision is that a Jewish German who (because of the attributed invalidity or judicial revocation ab initio of the Nazi law) did not cease to be a German in November 1941 nevertheless did cease to be a German on 23 May 1949 unless he either applied then (or later?) to become a German national again or took up residence in Germany (even if later?).⁷⁵ And this loss of nationality in 1949 was precisely because such a person was someone dealt with by the Nazi law for "law" of November 1941, a law considered in 1949 and 1968 as a fact with that significance because it had once been legally proposed and treated as a legal reason». (La traducción es propia).

Según lo expuesto, el autor procura señalar que aun las disposiciones posteriores a la declaración de nulidad del derecho nazi reconocieron cierta validez a algunas reglas vigentes durante el mismo, y que sirvieron de base para la regulación de posteriores cuestiones (en este caso, vinculadas a la nacionalidad de judíos alemanes) precisamente porque emanaron de una fuente legalmente constituida y, en consecuencia, proporcionaron una razón legal.

Con este ejemplo –y a pesar de reconocer expresamente que no se trata de una verdad de la filosofía legal– Finnis intenta demostrar que la solución propuesta por Alexy frente al problema de la ley injusta, mediante la aplicación de la fórmula de Radbruch, es una solución que no reconoce matices. En su lugar, el profesor de Oxford considera más acertado «proceder sobre la hipótesis de que las consecuencias morales de una injusticia significativa en la creación o contenido del derecho de reglas de validez legal supuestamente intrasistémica, deben ser evaluadas por referencia a todas las consideraciones de justicia que rodean la situación, en la cual la pregunta sobre la aplicación de las reglas (presentes o pasadas) surgen por consideración»⁷⁸. En otras palabras, más que de cuestionar la validez de reglas u actos autoritativos de contenido gravemente injusto que son incuestionables desde un punto de vista estrictamente formal, de lo que se trata es de nunca abdicar del intento de realizar una investigación moral en todo acto de creación o aplicación del derecho, ponderando siempre las consecuencias morales que de esos actos pueden derivar. Esta debe ser una preocupación siempre vigente dentro de la filosofía jurídica.

Teniendo en cuenta lo expuesto, Finnis concluye la fórmula de Radbruch «no declara una necesidad conceptual [entre derecho y moral], y es algo grosero y precipitado para resolver consecuencias, dentro de los sistemas legales, de la injusticia en la creación o conte-

78 *Ibíd.* p. 107. «It is better, I think, to proceed on the assumption that the moral consequences of significant injustice in the making or content of purportedly and intra-systemically valid legal rules are to be assessed by reference to all the considerations of justice that bear on the situation in which the question of the rule's application (present or past) arises for consideration».

nido de un anterior o actual supuesto de reglas de derecho formalmente válidas»⁷⁹.

3. d. La conclusión de Finnis acerca de las consecuencias de la injusticia del derecho

Finalmente, Finnis concluye su réplica sosteniendo la insuficiencia de la fórmula de Radbruch como criterio idóneo para anular las consecuencias jurídicas de la injusticia legal. Lo que ocurre en estos casos es que el derecho pierde su virtualidad de operar proporcionando –en los sujetos obligados– razones para actuar en conformidad con lo dispuesto por las reglas que los vinculan. En otros términos, las reglas de contenido inicuo pierden autoridad moral, pero ello no puede implicar la pérdida de validez jurídica, cuando la regla en cuestión cumple los estándares y requisitos formales previstos dentro del propio ordenamiento, sea en virtud respecto de la fuente de la cual surgen, sea respecto de la autoridad legitimada para su promulgación, o sea en cuanto a su adecuación sistémica a reglas jerárquicamente superiores. Todo ello sin perjuicio de que los tribunales encargados de su aplicación puedan declarar tales reglas u actos anulables en casos concretos, a fin de evitar la proyección de consecuencias injustas sobre los sujetos destinatarios de tales reglas.

No obstante, para Finnis debe ser una perenne pretensión de la filosofía jurídica, reflexionar sobre la necesidad de que los contenidos del derecho se adecuen a las reglas morales. Ello en función de que la perspectiva adecuada desde la que debe posicionarse el filósofo del derecho es la del participante, es decir, aquel sujeto que estará obligado a cumplir reglas o actos de la autoridad, los cuales constituyen el objeto de reflexión filosófica. Y así, la reflexión fruto de esta perspectiva, puede suceder que en los casos en los que no se satisface la exigencia

79 *Ibid.* «... the Radbruch formula does not state a conceptual necessity, and is somewhat rough and ready as a principle for resolving the consequences, within legal systems, of injustice in the making or content of prior or current purported, formally valid rules of law».

moral de que las reglas jurídicas coincidan, en su contenido, con las reglas morales, subsista, no obstante, una obligación moral colateral de observancia en función de un fin superior anclado en el bien común social.

Así, el profesor de Oxford finaliza su defensa calificando como inadecuada la adscripción que Alexy hace de su filosofía jurídica como no positivista súper incluyente. En su lugar, Finnis entiende que (i) en primer lugar, dado que su teoría le asigna un valor primordial al bien común, de donde deriva la necesidad de contar con un derecho positivo destinado a asegurarlo, y que (ii) por otro lado, es necesario reconocer el efecto perjudicial que ocasiona la inobservancia de la ley por parte de muchos sujetos que, en forma regular, se benefician de su aplicación. Por lo tanto, su teoría jurídica, lejos de merecer la calificación de no positivista súper incluyente, merece –siguiendo los criterios alexyanos– la inclusión en la categoría del no positivista excluyente.

Recapitulación

Luego de exponer con detenimiento tanto la objeción que formula Robert Alexy a las principales tesis de la teoría jurídica finnisiana como la réplica de Finnis a dicha objeción, se advierte que esta última –y con ella todo su desarrollo teórico– se torna particularmente problemática en una serie de puntos centrales identificados:

Finnis presenta su teoría jurídica sobre la base de un abordaje analógico del fenómeno jurídico consistente en la elaboración de un modelo conceptual del derecho –caso central o significado focal– compuesto de un conjunto de reglas dirigidas a coordinar la acción común y cuya validez, eficacia y aplicabilidad depende tanto de la fuente de la que emanan como de la adecuación a estándares formales impuestos por el propio sistema en el que se insertan. Este caso central o significado focal no puede ser definido acabadamente sin referencia al *telos* hacia el cual se orienta: esto es, el bien común social, que –a su turno– no es otra cosa que el bien (acceso a los bienes humanos básicos) de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Cuando un determinado fenómeno jurídico no reúne algunas de las características que configuran el caso central, la definición de derecho a esos

fenómenos se hace extensiva por vía de analogía. En consecuencia, en esos supuestos corresponde la conceptualización marginal, periférica o diluida (*whatered down*) del caso central.

Ahora bien, cuando Finnis procede a analizar los casos periféricos, se observa con notable evidencia que se trata de supuestos en los que, no obstante concurrir los aspectos formales del modelo conceptual propuesto, fallan o se ausentan los aspectos sustanciales del mismo, pese a lo cual en fenómeno en cuestión subsiste como tal.

Lo problemático aquí es que: (i) Por un lado, el principal propósito del autor en estudio es la de elaboración de una teoría jurídica con base en una sólida teoría de la ley natural, que oriente la acción humana hacia la consecución de bienes humanos básicos. Esta tarea necesariamente conlleva un esfuerzo en reconocer los distintos momentos que transitan los procesos deliberativos de los sujetos actuantes. (ii) En ese proceso hay una instancia de identificación de razones para la acción que pueden provenir tanto de la moral como del derecho en cuanto a órdenes normativos. Si bien, lo esperable es que estas razones coincidan sobre la base de la evidencia (objetividad) de bienes humanos básicos, no es posible desconocer que, analizando las distintas manifestaciones históricas, muchas normas y/o sistemas jurídicos se encuentran en franca oposición con principios morales. (iii) Cuando ello ocurre, en la teoría finniana las normas conservan su validez jurídica a pesar de su contenido lo cual implica la negación de la conexión conceptual de afirmación entre el derecho y la moral, con la consiguiente afirmación de la inteligibilidad del derecho en forma autónoma de la moral.

Esto último supone una tensión con las tesis centrales de las corrientes iusnaturalistas y una mayor aproximación a las soluciones propuestas por el positivismo jurídico.

En otros términos, de la teoría jurídica de Finnis parece deducirse que la vinculación sustancial entre el derecho y la moral para la conceptualización del fenómeno jurídico no es necesaria sino tan solo conveniente, y que, por tanto, el derecho puede definirse prescindiendo de toda referencia a la justicia o racionalidad, lo que equivale a afirmar –según su propio esquema conceptual– que el *telos* del puede estar ausente del fenómeno jurídico sin que ello implique afectar su esencia.

Para resolver esta aparente contradicción que se advierte en el planteo finisiano se procederá a responder en los próximos capítulos las siguientes cuestiones de relevancia que se plantean:

1. En la tarea de elaborar un modelo conceptual de derecho: ¿Es necesaria la vinculación entre el derecho y la moral o es meramente conveniente?

2. ¿Hay algún límite a la concepción analógica del derecho? ¿Se puede sostener ilimitadamente la noción de validez intrasistemática cuando el contenido de las reglas o actor de la autoridad se encuentran en franca oposición con principios elementales de justicia?

3. ¿Es el derecho un fenómeno inteligible en forma autónoma, desvinculado de todo criterio ético que le proporcione algún horizonte?

Analizadas que sean estas cuestiones, se resolverá la hipótesis de la presente investigación.

Capítulo V: La concepción finnissiana de la relación entre el derecho y la moral

1. Introducción

En los capítulos precedentes, y a partir de la crítica formulada por Robert Alexy a la teoría jurídica de Finnis, se advirtió que podría haber cierta inconsistencia en el planteo finnissiano que haría del mismo un sistema conceptual contradictorio, que conduciría a sospechar que el profesor de Oxford no habría podido despegarse de las soluciones propuestas por las principales tesis del positivismo frente a las eventuales tensiones entre el derecho y la moral. En efecto, se observa el propósito del autor australiano de elaborar una teoría deontológica del derecho sustentado en la idea de que su normatividad depende de que los distintos componentes de un determinado sistema se orienten a fines (bienes humanos), como *conditio sine qua non* para que tales componentes generen razones para la acción.

De este modo –y en la medida en que se cumpla este proceso– surgirán dos tipos de vinculación de la conducta humana respecto de las emisiones autoritativas propias del sistema: una vinculación u obligatoriedad de tipo jurídica, por un lado, y por otro, una vinculación u obligatoriedad de tipo moral. Esta doble vinculación, tendría lugar en lo que Finnis denomina caso central o significado focal del derecho¹, que no es otra cosa que un modelo teórico o conceptual ideal de sistema jurídico, y cuya configuración requería la concurrencia de, al menos, tres elementos indispensables y claramente identificables: (i) el conjunto normativo, esto es, emisiones autoritativas de distintos niveles orientadas a dirigir la conducta de los destinatarios, (ii) autoridad

1 El caso central de derecho fue desarrollado en el capítulo III, página 15, que analiza la definición de derecho propuesta por Finnis en *NLNR*, p. 276.

emisora legítimamente constituida, y (iii) la necesidad de que las conductas sean ordenadas según un *telos* común o social, entendido como reconocimiento y posibilidad de acceso a bienes humanos básicos de todos y cada uno de los destinatarios de ese conjunto normativo.

Ahora bien, este planteo comienza a problematizarse frente a los supuestos de injusticia de la ley. Ciertamente, Finnis reconoce la posibilidad de que no se configure este esquema ideal, lo cual ocurre fundamentalmente cuando el tercer componente –que es de naturaleza sustantiva o racional– está ausente o viciado. Cuando ello ocurre, el concepto de derecho se extiende a estos fenómenos solo y exclusivamente por vía analógica.

En un plano empírico, no parece haber inconveniente para reconocer la procedencia de la categorización finnisiana entre casos centrales y casos marginales o desviados del fenómeno jurídico, puesto que la realidad nos ha ofrecido abundantes experiencias históricas de legislaciones injustas o irracionales. La dificultad surge en el plano deontológico, puesto que, si se trata de elaborar modelos conceptuales, necesariamente la extensión analógica del concepto debe encontrar su límite allí donde el carácter modélico o ideal se ha perdido. En tales casos surge el interrogante de si la dinámica de la analogía es procedente y aplicable de modo ilimitado, o, por el contrario, la circunstancia de operar en un nivel deontológico le impone racionalmente una limitación o restricción, y –en caso afirmativo– en qué supuestos esa dinámica se limitaría. Esta última cuestión es la que torna problemático el planteo del autor en estudio, en la medida en que no parece advertirse en sus escritos tal limitación al abordaje analógico del derecho en el plano teórico o conceptual.

Esta falta de definición identificada en una primera aproximación, requiere un análisis más o menos riguroso de la concepción finnisiana en lo que respecta a la relación entre el derecho y la moral. A continuación, se procederá a realizar un análisis partiendo de la obra de Finnis a la que Alexy recurre como punto de partida de su crítica.

2. La sentencia disparadora del debate y otras referencias de Finnis a la relación entre el derecho y la moral

La afirmación finnisiana objeto de la controversia se encuentra registrada –tal como se hizo referencia en el capítulo precedente al desarrollar el debate Alexy-Finnis– en la Introducción a *Collected Essays IV. Philosophy of Law*, al hacer referencia a la compartida peculiaridad del debate acerca de si hay alguna conexión necesaria entre el derecho y la moral que aun pareciera resonar con fuerza en los ambientes académicos.

A primera vista, pareciera que Finnis plantea la cuestión tomando distancia de ella en cuanto a materia de debate relevante, y se fundamenta en una discutible interpretación de la filosofía clásica como esquema explicativo modélico de tal conexión. «Se supone –escribe Finnis– que hasta que el positivismo aclaró el ambiente a través de su robusta negación de que existe tal conexión, la filosofía jurídica hubiera estado enredada con moralizar y ofuscar a través de un desubicado idealismo»². En efecto, el profesor de Oxford parece dar a entender que no tiene mucho sentido continuar haciendo residir el debate iusfilosófico contemporáneo en la necesidad o no de conexión entre ambos órdenes normativos, puesto que tanto la postura de la negación como la de la afirmación parten de postulados que han sido mal interpretados o, al menos, interpretados en forma incompleta por los sostenedores de una y otra postura.

El problema reside básicamente en la literalidad categórica atribuida a las proposiciones según las cuales se ha afirmado que «un argumento inválido no es un argumento», o bien, en el ámbito iusfilosófico que «una constitución tiránica no es una constitución o una ley injusta no es una ley». Tal literalidad es la que ha movilizó al positivismo hacia la búsqueda de criterios de demarcación que le permitan desem-

2 FINNIS, J., «Introduction», *CEJF IV Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 7.

barazase de toda influencia de componentes que no resulten estrictamente jurídicos, mientras que quienes sostienen la tesis de la necesidad de la conexión hacen residir en esa misma conexión los criterios de demarcación entre el derecho válido y el inválido.

Ahora bien, según Finnis esta literalidad, al fin y al cabo, acabó por confinar los términos del debate, conduciéndolos a encasillarse en soluciones extremas, reduccionistas e irreconciliables. Por un lado, en el caso del positivismo, la literalidad hermenéutica de proposiciones tales como «ley injusta no es ley», cercenan toda posibilidad de efectuar un abordaje deontológico del fenómeno jurídico, en el afán de mantener bien delimitados los ámbitos de referencia de lo jurídico y de lo moral. Por otro lado, en el caso de las tesis de la necesidad, el reduccionismo consiste en la negación rotunda del carácter jurídico de ciertos supuestos fácticos en los cuales, no obstante su tensión con la moral, subsistirían ciertos componentes que permiten su configuración dentro del algún esquema jurídico normativo.

El problema de la necesidad de la conexión entre el derecho y la moral, solo podrá ser resuelto adecuadamente, mediante la realización de una correcta investigación de tipo moral. Es la moral, en cuanto a orden normativo, la que orienta la creación del derecho, y es la que señala la necesidad de que el contenido normativo de un sistema jurídico no entre en tensión con normas elementales de la moral básica.

«¿Que dice la moral –escribe el iusfilósofo australiano– sobre si el derecho necesita ser moral? Obviamente, la moral (la creencia moral) transmitida en nuestra civilización afirmó enérgicamente la necesidad moral (requisito, necesidad moral estricta y deber) de que la ley sea moralmente ascendente, y la perversidad de las reglas (tiranos) que desafían o ignoran esta necesidad»³.

3 FINNIS, J., «Introduction», *CEJF IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 7-8. «What does morality said about whether law needs to be moral? Obviously, the morality (moral belief) handed down in our civilization vigorously asserted the moral necessity (requirement, stringent moral need, and duty) that law be morally upright, and the viciousness of the rules (tyrants) who defy or ignore this necessity».

Más aún, y ratificando las tesis sostenidas en *NLNR*, Finnis reafirma que la necesidad de que la legislación se adecúe a algún estándar o requerimiento sustancial como *conditio sin qua* non para vincular a sus destinatarios no solo en el ámbito de lo jurídico sino también –y con mayor razón– en el ámbito de lo moral, es una necesidad de carácter moral. Pero aquí vamos a ver como Finnis presupone que esta adecuación se va a producir, y entonces va a producir también el efecto de la generación de razones para la acción de conformidad con ese contenido normativo. En consecuencia, va a ser esta obligatoriedad presuntiva la que eventualmente justifique su eventual apartamiento de los mandatos conductuales contenidos en la emisión autoritativa. Así, escribe Finnis que:

Una sólida moral (...) dice que la obligación presunta de los sujetos es derrotada (a) Por compensar las responsabilidades morales lo suficientemente graves como para hacer que el incumplimiento sea justo, y b) por una seria y relevante injusticia en la formación y el contenido de la ley. Y dice que, ya sea de manera similar o por vinculación, la necesidad moral que los gobernantes gobiernen según la ley es una necesidad calificada por la necesidad moral de tomar medidas para preservar a la comunidad y sus miembros de las amenazas de las que la comunidad no ha perdido derecho, incluidos los pasos contrarios a la ley e incluso a la constitución⁴.

De lo expuesto se sigue que, en una primera aproximación, para el autor en estudio la respuesta a la pregunta de si existe conexión entre

4 *Ibíd.* p. 8: And sound morality (...) it says that the presumptive obligation of subjects is defeated (a) By countervailing moral responsibilities serious enough to make non compliance just, and b) by serious and relevant injustice in the formation and content of the law. And says that, whether similarly or by entailment, the moral necessity that rulers rule according to law is a necessity qualified by the moral necessity to take steps to preserve the community and its members against threats which the community has not forfeited its right to be defended from, including steps contrary to law and even the constitution. (La traducción es propia).

derecho y moral –que, por otra parte, ha sido tan enfáticamente negada por las corrientes iuspositivistas– no puede ser respondida adecuadamente sin tomar un posicionamiento moral concreto. Entonces, siendo ese posicionamiento el que sirve de marco de referencia al sujeto para la valoración de la conducta reglada por la norma, la eventual injusticia solo haría decaer en principio la obligatoriedad moral de la norma, que ha perdido –por esa misma razón– virtualidad para crear razones para actuar de conformidad con lo que ordena.

Por lo que, en la concepción finnisiana, se advierte: (i) por un lado, una enfática insistencia en la necesidad de reflexionar sobre modelos teóricos de sistemas normativos que tengan la virtualidad de vincular a sus destinatarios no solo jurídicamente sino también moralmente, y (ii) por otro lado, una calificación de la relación entre el derecho y la moral, no como necesaria, sino como meramente contingente y conveniente.

Para dilucidar si realmente se da esta aparente inconsistencia en el sistema conceptual elaborado por el profesor de Oxford, se procederá en las líneas que siguen al análisis de textos en los cuales el autor en estudio se ha expedido en forma expresa sobre la cuestión señalada. Este análisis será dividido y desarrollado en los siguientes apartados: a) Racionalidad humana y perspectiva del participante; b) Autoridad jurídica y autoridad moral. c) Analogía, derecho y moral.

2. a. 1. Racionalidad humana y perspectiva del participante

Nuevamente corresponde hacer referencia a la teoría de la razón práctica del autor y a su desarrollo metaético, a los efectos de verificar, en primer lugar, si existe en el desarrollo teórico finnisiano una vinculación conceptual entre derecho y moral, y en caso de que así sea, analizar la forma en que ambos órdenes normativos se relacionan.

Como se expuso con anterioridad, la tesis central de la teoría de la ley natural finnisiana, reside en la identificación y reconocimiento de campos objetivos sobre los cuales recaen las concepciones evaluativas del florecimiento humano: los bienes humanos básicos, cuyas características inherentes y definitorias son la evidencia, y no derivación de otros principios, que, en definitiva, es lo que hace posible predicar su objetividad.

Se advierte entonces que esta tesis sería el resultado de un proceso en el que interactúan dos aspectos: uno sustantivo, que hace referencia a los móviles implicados en los procesos propios del razonamiento humano; y otro metodológico, que supone fijar el posicionamiento desde el cual se abordarán tales procesos de razonamiento.

En este sentido, conviene tener presente que la propuesta finnisiana de teoría del derecho –tal como señala Massini Correas– «se encuentra enmarcada en el contexto de un sistema completo de filosofía práctica: la suya es una filosofía del derecho que supone una filosofía política y una ética en general»⁵. Por lo que resulta esperable que el sistema conceptual desarrollado por Finnis en el campo de la ética –en cuanto a punto de partida de su teoría de la razón práctica– se proyecte también sobre su filosofía política y jurídica.

La conveniencia de la adopción de este método resulta del hecho de que –como sostiene Giuseppe Abbá–, «la buena vida, en cuanto a vida a conducir por parte de los individuos, es precisamente el tema de la ética. Debe notarse que ella es considerada desde el punto de vista de los agentes, en cuanto este es el fin que ellos realizan, la vida que practican ejercitando su sabiduría práctica»⁶.

De este modo, se evidencia la necesidad de enfatizar que el método idóneo para el logro de este objetivo es la adopción del punto de vista interno, o perspectiva del participante, como «perspectiva adecuada –adecuada a su objeto– para que la consideración del derecho sea la propia del agente de praxis, que reflexiona sobre el fin de cada institución jurídica y del derecho como un todo, y sobre los medios para alcanzarlos en la convivencia política»⁷. Sin embargo, como bien ha observado Alexy, el vacío teorético surge precisamente de la aplicación de este aspecto del método finnisiano del punto de vista interno o perspectiva del participante. La diferencia de posicionamientos se

5 MASSINI CORREAS, CARLOS I., «Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del Derecho Natural», en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, p. XXXII.

6 ABBÁ, Giuseppe, *Quale impostazione per la filosofia morale?*. Roma, LAS, 1996, p. 42.

7 MASSINI CORREAS, CARLOS I., «Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del Derecho Natural», en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, op. cit., p. XXXVI.

justifica en las preguntas que observador y participante intentan responder: mientras que en el caso del observador se procura responder ampliamente a la pregunta de «¿por qué la gente realiza determinadas conductas?», la pregunta a responder por el participante será la de «¿Qué debo hacer?».

Finnis desarrolla *in extenso* esta perspectiva para justificar su idoneidad para el abordaje del objeto propio de las ciencias humano-prácticas en *NLNR*, lo cual ya ha sido objeto de análisis también en el capítulo III. Con la finalidad de investigar si el pensamiento de Finnis en lo relativo al punto objeto de este apartado ha sido lineal o, por el contrario, ha sufrido fluctuaciones, resta remitir a una nueva referencia de la cuestión, que se encuentra publicada en *CEJF IV: Philosophy of Law*⁸, cuando se expide sobre los puntos introductorios de la tradición de la teoría de la ley natural.

En primer lugar, la misma intenta responder que:

... a cuestiones paralelas un individuo consiente o grupo o grupos de oficiales responsables (un juez, por ejemplo) [que se preguntan] «¿Qué debo hacer?», «¿cómo debo decidir, promulgar, requerir, promover?» (...). La preocupación dominante es juzgar por uno mismo qué razones son buenas para adoptar o rechazar tipos específicos de opción. Las sociedades, y sus leyes e instituciones deben ser por lo tanto comprendidas como las entendería un participante en las deliberaciones sobre las elecciones que se deben hacer o no (...) Este punto de vista «interno» es dominante, y los estándares y normas de conducta nunca están constituidos por los hechos de la convención, costumbre o consenso (ni por el hecho de que la persona que delibera lo acepte)⁹.

8 FINNIS, J. «A Grand Tour of Legal Theory», en *CEJF IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

9 FINNIS, J., «A Grand Tour of Legal Theory», en *CEJF IV, Philosophy of Law*, op. cit., p. 94. The dominant concern is with judging for oneself what reasons are good for adopting or rejecting specific kinds of option. Societies and their laws and institutions are therefore to be understood as they would be understood by a participant in

Del texto citado, se puede apreciar que la justificación del método se sitúa en la naturaleza racional del ser humano, en virtud de la cual todo su accionar individual y social, se encuentra precedido de procesos intelectivos de deliberación y elección. Este mismo dato es el que obliga a trasladar la perspectiva del participante –en tanto que actor protagonista de esos procesos– a los campos de reflexión comprensivos de la filosofía práctica: a saber, la ética, la filosofía política y la jurídica. En el mismo apartado –a propósito de la fundamentación de la explicación y fundamentación de los principios elementales por la tradición clásica de la ley natural– el autor estudiado genera una suerte de enlace entre la justificación del método propuesto con la premisa que induce a reflexionar sobre la racionalidad humana como puntos de partida sobre los que descansa la tradición clásica. Ciertamente, explica:

... la tradición tiene un claro entendimiento de que no se puede razonablemente afirmar la igualdad de los seres humanos, o la universalidad o fuerza vinculante de los derechos humanos, a menos que se reconozca que hay algo acerca de las personas que los distingue racionalmente de las criaturas sub-rationales, y que, previo a cualquier reconocimiento de «status», es intrínseco a la realidad fáctica de todo ser humano, adulto o inmaduro, saludable o discapacitado¹⁰.

Esta premisa conduce a cuestionarse y a investigar cuál es el dato antropológico que provoca este reconocimiento de la naturaleza ra-

deliberations about whether or not to make the choices. (...) This internal point of view is dominant and standards and norms of conduct are never constituted by the facts of convention, custom, or consensus (Nor by the fact that the deliberating person accepts them) (la traducción es propia).

10 *Ibíd.* p. 95: «... the tradition has a clear understanding that one cannot reasonably affirm the equality of human beings, or the universality and binding force of human rights, unless one acknowledges that there is something about persons which distinguishes them radically from subrational creatures, and which, prior to any acknowledgement of *status*, is intrinsic to the factual reality of every human being, adult or immature, healthy or disabled».

cional, como también, los procesos implicados en ese dato y en esa naturaleza.

2. a. 2. De la captación del bien a su inteligibilidad, y de la inteligibilidad a la normatividad

Teniendo en cuenta lo expuesto, conviene recordar cómo operan estos procesos del entendimiento práctico y sus correlativas operaciones sobre la base de captaciones intelectivas de agente, y que el autor denomina procesos de razonabilidad práctica. Este tema fue tratado en el capítulo segundo, al desarrollar la teoría metaética de Finnis, fundamentalmente –aunque no exclusivamente– analizando las principales tesis expuestas en *NLNR*. En las líneas que siguen, la propuesta consiste en efectuar un recorrido sobre otras obras de la bibliografía del autor, a efectos de indagar sobre las posibles ratificaciones, ampliaciones, o modificaciones de las tesis principales en este punto.

Ahora bien, ¿Cómo opera en Finnis el tránsito de la captación del bien en cuanto a objeto apetecible hacia la normatividad de los bienes humanos en el plano de la ética¹¹, en primer lugar y– por transitividad– en el plano jurídico? La respuesta es sencilla: a través de la intelección de tales bienes.

Cabe recordar que, en los términos de Finnis, «lo natural» equivale a «lo razonable». En este sentido señala acertadamente Sean Coyle que «debe tenerse en cuenta, por lo tanto, que la dirección del argumento de Finnis no se extiende desde la consideración de lo que se supone que es natural hasta la comprensión de lo que es razonable y correcto, sino desde lo que es razonable y correcto hasta lo que es, por tanto, natural»¹². Así lo explicitará también en el artículo titulado *Natural Law*

11 Sobre el punto, véase también TOLLEFSEN, C., «Natural Law, Basic Goods and Practical Reason», en *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Eds. George Duke and Robert P. George, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 133-156.

12 COYLE, Sean, *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 164. It is to be noted, therefore, that the direction of Finnis' argument does not run from the consideration of what is supposed to be natural to

Theories publicado en la *Stanford Encyclopedia of Law*¹³, donde afirma que corresponde emplear la expresión «derecho natural» como sinónimo de “ley de razón” o requerimiento de la razón¹⁴. Y en este sentido agrega –siguiendo a Aquino– que cuando se le adscribe a alguna realidad el predicado de «natural» se está haciendo referencia a que esa misma realidad se encuentra alineada «con los requerimientos de la razón práctica»¹⁵, para lo cual evoca el axioma metodológico propuesto por el Aquinate, según el cual:

... la naturaleza de X se entiende por comprensión de las capacidades de X, que se entienden mediante la comprensión de su acto[s], que se entienden por la comprensión de sus objetos. Pero los objetos de los actos elegidos son los bienes intrínsecos inteligibles (aspectos del florecimiento humano) a los que estamos dirigidos por los primeros principios de la razón práctica¹⁶.

De este axioma surge claramente que es el mismo Aquino quien efectúa una operación teórica de identificación entre la sustancia de lo que es «natural» y lo que es «racional», pero esta identificación requiere una operación más compleja en virtud de la cual será necesario previamente, distinguir dos órdenes: (i) por un lado el orden ontológico, en el cual lo bueno y razonable nos es proporcionado por nuestra propia naturaleza como fundamental; (ii) y por otro lado, el orden epistemológico, en el cual, a la operación previa de captación de

an understanding of what is thereby reasonable and right, but instead from what is reasonable and right to what is therefore natural. (La traducción es propia).

13 FINNIS, John, «Natural Law Theories», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2011 Edition, Zalta Edward N. (ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>.

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Ibid. understanding X's capacities, which are understood by understanding their act[uation]s, which are understood by understanding their objects. But the objects of chosen acts are the intelligible intrinsic goods (aspects of human flourishing) which we are directed to by practical reason's first principles.

aquellos objetos como apetecibles por nuestra naturaleza, se agrega una segunda operación consistente en el reconocimiento del carácter bueno de aquello que, en una primera instancia se reconoce como apetecible o digno de ser perseguido (*worth to be pursuit*), dirigiendo la acción en tal sentido. «Y aunque esta normatividad aún no es moral, (...) es la fuente de toda normatividad moral»¹⁷.

Ciertamente, en el plano ontológico, son las mismas inclinaciones humanas más elementales las que marcan el rumbo hacia el florecimiento humano, y que serviría de marco de referencia para identificar criterios normativos de las acciones humanas. Pero, aun aquí, todavía nos encontramos situados en la dimensión pre-moral, puesto que –como se ha explicitado con anterioridad– puede darse la comisión de actos inmorales que son motivados por un fin que se representa con apariencia de bien en el razonamiento del agente. Por lo tanto, en este proceso se requiere un paso más por medio del cual la normatividad pre-moral se torna normatividad moral. Ello ocurre, según el autor, cuando:

La normatividad pre-moral de cada uno de los primeros principios prácticos se vuelve normatividad moral al combinarse con –integralmente– la normatividad de cada uno de esos principios, bajo la directriz integradora del único bien humano básico (y primer principio práctico correspondiente) que trata precisamente de (preocupado por) la actualización de los otros bienes (y los primeros principios correspondientes)¹⁸.

En otras palabras, el tránsito de la dimensión pre-moral hacia la dimensión moral se produce mediante la operación del bien de la razonabilidad práctica (en términos del Aquinate: *bonum rationis*) que in-

17 FINNIS, J., «Aquinas and Natural Law Jurisprudence» en *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Edited by George Duke and Robert P. George, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 20.

18 Ibid. p. 20. «The pre-moral normativity of each first practical principles becomes moral normativity by being taken together with –integrally with– the normativity of each other such principle, under the integrating directiveness of the one basic human good (and corresponding first practical principle) that is precisely about (concerned with) the actualization of the other goods (and corresponding first principles)».

corpora en el proceso de razonamiento una proyección contextual de las consecuencias de la acción. Es también, mediante esa operación, que también se produce el traspaso hacia el plano epistemológico.

En este sentido, el profesor australiano explica que, del argumento anterior se sigue que:

... los objetos de la acción humana inteligible son los bienes humanos que proveen lo racional para los actos, tanto si los objetos son fines en sí mismos (bienes intrínsecos) o medios para algún fin ulterior. Por consiguiente, un adecuado entendimiento de la naturaleza humana es una resultante de un entendimiento previo de los bienes humanos básicos seleccionados y dirigidos por los primeros principios de la razón práctica¹⁹.

En efecto, esos bienes son –como bien expresa Sean Coyle– los que «tornan esos bienes “no morales” en morales, poniendo la atención sobre las consecuencias y factores contextuales de cuales decisiones prácticas deben ser tomadas»²⁰.

Es la razonabilidad práctica o *prudentia* la «virtud, a la vez intelectual y moral, por la cual uno lleva el orden correcto a la preocupación de cada bien humano integral al contenido racional de la ciencia moral y política en el carácter y voluntad y lo hace por el bien humano de la razonabilidad en sí mismo (*bonum rationis*)»²¹.

Es entonces cuando surgen los criterios normativos del ámbito de lo moral, y que permiten el reconocimiento de la ley o derecho natural, en la medida en que la prudencia conduce al intelecto a identificar la proposición práctica más adecuada (razonable) apelando a la inteligibilidad del bien. En este sentido, sostiene el profesor de Oxford que:

19 Ibid, pp. 19-20: «... for the objects of intelligible human acts are the human goods which provide the rationale for the acts, whether the objects be ends themselves (intrinsic goods) or means to some further good. Thus, the adequate understanding of human nature is a resultant of a prior adequate understanding of the basic human goods picked out and directed to by practical reason's first principles».

20 COYLE, Sean, *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*, op. cit., p. 170.

21 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. op. cit., p. 119.

Por lo tanto (...) «derecho» puede ser empleado para referirse a algún criterio de juicio correcto en cuestiones de práctica (conducta o acción), algún estándar para evaluar opciones de conducta humana como buena o mala, correcta o incorrecta, deseable o indeseable, decente o no. Así es como debe ser usada la palabra en el término ley natural. (...) La idea es que el reconocimiento de esos estándares en la deliberación de alguien es parte de lo que es ser razonable –en la medida en que es parte de la razonabilidad como reconocimiento de realidades básicas²².

De lo que se desprende que, en Finnis, los conceptos de razonabilidad y naturalidad están asociados, y, por lo tanto, aquellas culturas que niegan estos estándares incurren en irrazonabilidad. Esto último se traduce en la pobreza que se manifiesta en los procesos de deliberación y elección que imposibilitan la actualización de la totalidad de las capacidades individuales, pero cuyos efectos se proyectan también hacia toda empresa común o social. De allí su carácter antinatural: «Es antinatural –escribe Finnis– porque es irrazonable, y es irrazonable porque es negligente respecto del bien de las personas, el bien que es materia de los estándares de la razón práctica»²³.

Asimismo, la nota de la razonabilidad de aquellos estándares depende de la inteligibilidad de los bienes que constituyen su sustancia, ya que son captados por el intelecto una vez experimentados como bienes en sí mismos. Así, la intelección de tales bienes es lo que moviliza la acción hacia ellos, adquiriendo el *status* de fin o meta de la conducta en tanto son percibidos como potenciadores de la perfectibilidad humana, de dónde finalmente surge su normatividad. Al respecto sostiene Finnis:

22 FINNIS, J., «A Grand Tour of Legal Theory», en *CEJF IV, Philosophy of Law*, op. cit., p. 91. «So (...) “law” can be used to refer any criteria of right judgment in matters of practice (conduct, action) any standards for assessing options for human conduct as good or bad, right or wrong, desirable or undesirable, decent or unworthy. That is the word is used in the term natural law. The idea is that the acknowledging these standards in one’s deliberations is part of what it is to be reasonable –as much part of reasonableness as acknowledging basic natural realities».

23 *Ibid.*, p. 92.

Su inteligibilidad, como beneficio y perfeccionamiento de la persona humana es la fuente de su directividad, su cuenta como razón para la acción. También es la fuente de la siguiente pregunta: ¿qué se debe hacer, y cuál es el requerimiento de la razonabilidad práctica, dada la multiplicidad de los bienes humanos básicos y de las personas que podrían actualizarse en sus vidas?²⁴.

Se advierte de este modo que el profesor de Oxford explica la moralidad de las acciones como consecuencia de todo un proceso anterior en virtud del cual se produjo la intelección o identificación intelectual de bienes humanos que se prefiguran como fines de la conducta en la medida en que también se avizora que los mismos constituyen dimensiones perfectivas de la naturaleza humana. La directividad o normatividad resultante se articula en el siguiente principio:

En toda deliberación y acción de alguien, uno debe elegir y de otras maneras querer solo aquellas posibilidades cuya disposición sea compatible con la realización humana integral, es decir, la realización de todos los seres humanos y sus comunidades, en todos los bienes humanos básicos²⁵.

En esa formulación, el profesor australiano hace residir el sustrato del principio maestro de la moral en cuanto a orden normativo de la conducta, y sostiene que allí debiera residir también todo principio destinado a regir en materia de derechos humanos.

24 *Ibíd.*, p. 120 «Their intelligibility, as benefiting and perfective of human person is the source of their directiveness, their counting as reason for action. It is also the source of the further question: What is one to do, and what are the requeriment of practical reasonableness, given the multiplicity of basic human goods and of persons who could actualize in their lives?».

25 FINNIS, J., A «Grand Tour for Legal Theory», *CEJF IV*, op. cit., pp. 120-121. «In all one's deliberating and acting, one ought to choose and in other ways will those and only those possibilities the willing of which is compatible with integral human fulfilment— that is, the fulfilment of all human beings and their communities, in all the basic human goods».

A su turno, es menester poner de relieve que cuando Finnis hace referencia a conceptos tales como realización humana integral, no está remitiendo a una noción metafísica sino a un principio de acción. En virtud de este último, los comportamientos que surjan como fruto de una deliberación previa, en la cual la consecución de la meta avizorada por la acción hacia la búsqueda de un bien no implique nunca desconocer, impedir o avasallar la búsqueda que otros hagan de bienes análogos.

Este principio maestro, cuya raíz se identifica en la búsqueda de bienes humanos básicos inteligibles, comienza a especificarse en reglas morales concretas. De este principio, Finnis desprende, como especificaciones de aquel, otros preceptos a los que formula de la siguiente forma. En primer lugar, «lo que el principio maestro prescribe es que alguien no reduzca voluntariamente el rango de personas o bienes que le interesan siguiendo motivaciones no racionales, es decir, motivos no basados en requerimientos inteligibles de las razones básicas para la acción»²⁶. En otros términos, lo que el profesor de Oxford quiere explicitar es que sentimientos como el odio o el deseo de venganza no son compatibles con una noción de realización humana integral, por lo que, en tal sentido, devienen en irracionales. Este principio debiera ser considerado fundamental en cualquier sistema jurídico mínimamente decente en términos morales.

La segunda estrategia de especificación del principio maestro de la moral –escribe el autor en estudio– es (...) no hacer el mal –elegir destruir, dañar, o impedir alguna instancia de bien humano básico– por el bien que puede venir. Este es el fundamento de los derechos humanos verdaderamente inviolables y es la columna vertebral de un sistema jurídico decente, ya que un sistema jurídico decente excluye incondicionalmente el

26 *Ibid.* p. 121. «What the master principles prescribes is that one not voluntarily narrow the range of people and goods one cares about by following non rational motives, that is, motives not grounded in intelligible requeriments of the basic reason of action».

asesinato o daño a una persona humana inocente como medio para cualquier fin público o privado²⁷.

Esta segunda estrategia de especificación no es otra cosa que la formulación de la regla según la cual –teniendo en cuenta el horizonte de los bienes humanos básicos como puntos de partida de los procesos de racionalidad práctica– no resulta razonable apelar a la necesidad de conculcación de tales bienes como medio para el logro de bienes, y/o evitación de males de mayor envergadura. En consecuencia, toda doctrina de derechos humanos que contradiga esta regla moral deviene inevitablemente en irrazonable, en la medida en que se torna incompatible con el principio de universalidad que caracteriza al discurso de los derechos humanos, y hace igualmente inviable cualquier aproximación a la noción de bien común considerado en términos de acceso a los bienes básicos de todos y cada uno.

2. a. 3. La Regla de Oro y el Principio de Justicia

Por último, la estrategia de especificación del principio maestro de la moral queda incompleta sin remisión a la Regla de Oro (*Golden Rule*), el que –según el autor estudiado– constituye «el núcleo del principio de justicia»²⁸, y que se expresa según la fórmula: «Haz a otros lo que quisieras que te hagan a ti; no impongas sobre otros lo que no quieres que te obliguen a aceptar»²⁹. Así Finnis identifica en este criterio de especificación la justicia como sinónimo de imparcialidad, la que, a su turno, tampoco supo excluir formas de preferencia fundadas en afecto o proximidad. Más bien ubica la irracionalidad en la exclusión fundada en «aversiones u hostilidades que

27 Ibid. p. 121-122: «A second strategic specification of morality's master principle is (...) do not evil-choose to destroy, damage, or impede some instance of a basic human good– that good may come. That is the foundation of truly inviolable human rights and is backbone of decent legal system, for this legal system exclude unconditionally the killing or harming of innocent human person as a means to any end public or private».

28 Ibid., p. 122.

29 Ibid., p.122.

no corresponden a aspectos inteligibles de las razones reales para la acción...»³⁰.

En resumen, toda acción humana y todo proceso de razonabilidad práctica se origina en la búsqueda de algún objeto (fin) que se presenta al intelecto del agente dándole razón de bien. Sin embargo, este principio de acción se produce inicialmente en una dimensión pre-moral, puesto que –como se expuso con anterioridad– el objeto/fin de la acción puede no ser un bien en sí mismo, objetivamente considerado. Por lo tanto, será necesario identificar algún criterio que dé cuenta de esa objetividad, y ese criterio se sitúa en la deseabilidad intrínseca de bienes comunes a cualquier sujeto actuante.

Son estos primeros principios los que se articulan en un proceso de razonamiento práctico de selección y acción, que se encuentra precedido por un estadio de reflexión en el que el agente intenta responder a preguntas tales como «¿Qué se debe hacer? ¿Qué bienes corresponde perseguir? ¿Qué no se debe hacer?». «Tales principios de razonamiento práctico –escribe Finnis– dirigen (al agente) a acciones, disposiciones y arreglos que promueven tales bienes inteligibles y esa directividad o normatividad es expresada en “yo tendría que...” o “yo debo...” en sentidos en los cuales, aunque son verdaderamente normativos, son incipientemente morales»³¹.

La fuerza moral vinculante de esos principios surge cuando esa primera normatividad adquiere carácter general («integral»³²), pero, aun así, nos encontramos situados en un nivel demasiado genérico que puede dificultar la traducción en reglas de conducta concretas. De modo tal que será necesario un nivel más en el proceso de especificación, y este proceso se desenvolverá en dos momentos: (i) por un lado la identificación de aspectos estables de la realidad humana, y (ii) y por otro lado una selección racional de esos aspectos, consistente en una

30 *Ibíd.*

31 FINNIS, John, «Natural Law Theories», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2011 Edition, Zalta Eduard N. (ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>.

32 *Ibíd.*

operación que Tomás de Aquino denominaba *determinatio*³³. En esta instancia del proceso es donde aparecen en escena las comunidades políticas como agentes encargados de generar una estructura fundacional de principios morales esenciales.

En tales comunidades –explica el profesor de Oxford– el medio normal para tomar las determinaciones necesarias es la institución de la autoridad gubernamental actuando en primera instancia a través de la legislación y otras formas de elaboración de leyes, es decir, actuando como una fuente de hechos sociales de leyes positivas (postuladas)³⁴.

De ahí el autor en estudio pone de manifiesto su tesis sobre la existencia de un proceso que atraviesa transversalmente las tres dimensiones de la filosofía práctica, a saber: la dimensión ética, la dimensión política y la dimensión jurídica. Este proceso, que Finnis denomina «de racionalidad práctica» se origina en un estadio pre-moral de identificación de fines de la acción humana que dan razón de bien en el intelecto del agente, y que transita hacia un segundo estadio en el que se produce el reconocimiento de ciertos bienes comunes a toda forma de realización humana (*flourishing*). Este último reconocimiento es posible precisamente debido a la innegable y también común inteligibilidad de los mismos, y conducen a la necesidad de formulación de ciertos principios generales que comienzan a generar los primeros efectos de normatividad.

En el artículo comentado, Finnis cita como ejemplo de estos principios genéricos el caso de la «Regla de Oro», que sugiere/manda hacer (o no hacer) a los demás lo que uno quisiera que hagan (o no hagan) con uno, o bien, el imperativo categórico kantiano de tratar la huma-

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*: «In such communities, the normal means for making the needed determinations is the institution of governmental authority acting in the first instance through legislation and other forms of law-making, i.e., acting as a social-fact source of positive (posited) law».

nidad propia y ajena siempre como un fin en sí mismo, reconociendo su valor intrínseco.

En las comunidades políticas se configura un ámbito en el cual los principios normativos generales irán adquiriendo carácter de normas morales a través de un proceso de especificación que se produce primeramente en el comportamiento social de los miembros, para luego concretarse aún más en actos de la autoridad gubernamental que actúa mediante el establecimiento de normas jurídicas (legislación) y otras formas de creación del derecho positivo del Estado.

De lo que se deduce que en Finnis hay un único proceso que transita estadios desde el plano individual hacia el social y político, en una progresión de mayor generalidad a mayor especificidad y que culmina en la explicación del Estado y del Derecho.

Si esto es efectivamente así, esta tesis conduciría a reconocer a la autoridad política o gubernamental como un estadio de especificación en el proceso de racionalidad práctica, y, en este contexto, el orden jurídico aparece como el producto final de ese proceso, lo cual no difiere en mucho del concepto alexyano que define al derecho en términos de institucionalización de la razón³⁵.

En consecuencia, y teniendo en cuenta las aparentes falencias señaladas por Alexy en la teoría jurídica de Finnis, el paso siguiente consiste en revisar la noción de autoridad política poniendo especial atención en la relación e implicancias de la misma como instancia dentro del proceso de racionalidad práctica.

2. b. Autoridad jurídica y autoridad moral

2. b. 1. Autoridad política: implicancias morales y jurídicas derivadas de su ejercicio

En el presente apartado se intentará dilucidar y precisar qué papel juega la autoridad política en la dinámica del proceso de especifica-

35 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», op. cit. p. 3.

ción de normas morales. Al respecto, Finnis señala que «La parte teórico-política de la teoría del derecho natural explica y elabora los fundamentos y las formas apropiadas de la autoridad gubernamental»³⁶.

Partiendo del dato de que el proceso de racionalidad práctica ha avanzado hacia la especificación de normas morales, y que ello ocurre cuando la percepción del carácter de «bien» de los bienes humanos básicos se produce en el intelecto del agente con sentido integral, nos situamos frente a un nuevo momento del proceso en el que aparece la noción de bien común. La naturaleza social del ser humano le obliga a confrontarse con el hecho de su imposibilidad de vivir fuera de la sociedad y, en ese contexto, la convivencia social requiere que todos y cada uno de los miembros de la comunidad tengan posibilidad de acceder a los bienes humanos básicos. Así se forja la noción de bien común, que en Finnis tiene carácter instrumental, puesto que se erige en ámbito propicio para que sea posible la realización humana integral.

No obstante, el logro del bien común conlleva a la necesidad de coordinar la acción común de modo tal que haga posible ese fin. De modo que en el proceso de racionalidad práctica, parecieran verificarse dos instancias que, existencialmente, se producen en distintos momentos: (i) la primera, que tiene lugar en la esfera individual, cuando el agente intenta responder a la pregunta sobre «¿Cómo se debe actuar o decidir?» y (ii) la segunda, cuando – una vez que ha comenzado la interacción social, y ante el surgimiento de problemas de coordinación de esa interacción– los agentes intentan responder a la pregunta «¿Cómo debe ser coordinada la acción? ¿Cómo, primero, una solución debe ser seleccionada? ¿Por qué, una vez seleccionada, debe contar como la solución? Y, entonces, qué implica mantenerla como solución durante toda la implementación»³⁷.

Ahora bien, según Finnis, hay dos formas posibles de coordinar una acción grupal: o bien por medio de la unanimidad, o bien por medio de la autoridad. La adopción de cualesquiera de los dos métodos

36 FINNIS, J. «Natural Law Theories», en *Stanford Encyclopedia of Law*, op. cit.

37 FINNIS, J., «Law's authority and social theory's predicament», en *CEJF IV, Philosophy of Law*, op. cit. p. 61.

requerirá, a su turno, el manejo de dos problemas diferenciados: «1) la selección del patrón de coordinación, y 2) la implementación de ese patrón en la actual cooperación en la medida requerida para alcanzar los beneficios deseados»³⁸. Respecto de la selección de este patrón, Finnis ejemplifica que el mismo puede residir:

... por intercambio de promesas que requieren la unanimidad entre las partes prometedoras en el momento de la promesa. O puede ser por algún cuerpo legislativo que en el caso extremo pero posible podría comprender a todos los miembros de la comunidad y tomar decisiones solo por unanimidad. Pero, en cualquier caso, si los resultados deseados no se alcanzan mediante la cooperación, la unanimidad sobre el patrón seleccionado debe continuar a lo largo del período de implementación o debe, durante ese período y por su duración, ser reemplazado por la autoridad³⁹.

De ello se sigue que, en Finnis, la autoridad en cuanto a forma de coordinación de la acción común (o grupal) tiene un carácter *subsidiario*, operando en sustitución, o bien frente a la imposibilidad de lograr un acuerdo unánime de cooperación mediante selección y aplicación de patrones de coordinación, o bien cuando no resulta posible tampoco la aplicación en el tiempo de ese mismo patrón. El origen de esta imposibilidad y de los problemas para coordinar la acción común radica en la variedad de posibilidades prácticas con las que pueden enfrentarse los sujetos, por lo que se requerirá la adopción de un esquema

38 *Ibíd.*

39 *Ibíd.* pp. 61-62: «... the selection may be by exchange of promises which requires unanimity between the promising parties at the time of the promise. Or it may be by someone legislative body which in the extreme but posible case might comprise every member of the community and make decisions only by unanimity. But in either case, if the desired results is not to be attained by cooperation, the unanimity about the selected pattern must either continue all the way through the period of implementation or must, during that period and for its duration, be replaced by authority».

dentro del amplio marco de referencia de posibilidades, por parte de un sujeto o grupo de sujetos con idoneidad. Así, la autoridad se explica en términos de reconocimiento de la corrección de la forma en que se seleccionó ese esquema de coordinación en esa oportunidad, como en la idoneidad (legitimidad) de los sujetos que participaron en la misma. «En otras palabras –escribe el autor– la selección, ya sea si fue a través de un proceso de formación de la costumbre o a través de una promulgación, juicio u otro decreto autoritativo, debe ser tratada como autoritativa»⁴⁰.

En este contexto, surge la autoridad política, frente a la necesidad de solucionar problemas de coordinación de la acción humana en sociedad, y el derecho se presenta como el producto de la voluntad política institucionalizada y medio idóneo en virtud del cual se regulará el modo de materialización de esas soluciones. En consecuencia, el derecho es la forma de articular y hacer cumplir estándares de conducta que tiendan a promover bienes comunes.

Articular esa necesidad es establecer las razones para instituir y apoyar la autoridad política, especialmente el gobierno y la ley estatal, a condición de que estas instituciones realicen sus actividades legislativas, ejecutivas y judiciales sustancialmente para el bien común de los habitantes del territorio pertinente, más bien que en interés de un segmento de la población injustamente indiferente u hostil a los intereses y el bienestar de otros segmentos⁴¹.

40 *Ibíd.*

41 FINNIS, J., «Natural Law Theories», *Stanford Encyclopedia of Law*, op. cit. ap. 1.2 «To articulate that need is to state the reasons for instituting and supporting political authority, notably state government and law, on condition that these institutions carry on their legislative, executive and judicial activities substantially for the common good of the inhabitants of the relevant territory, rather than in the interests of a segment of the population unfairly indifferent or hostile to the interests and wellbeing of other segments».

Se comprende de este modo que, en Finnis, la autoridad política se presenta como una instancia más del proceso de racionalidad práctica, que culminará en la explicación y justificación del derecho como instrumento adecuado para el logro del bien común. No obstante, no es cualquier instancia, sino que –como explica Pereira Sáenz– «la justificación del gobierno en la comunidad política es relevante para la justificación de la obligación de obedecer el derecho en la medida en que (...) según Finnis, el derecho se identifica por sus fuentes: es básicamente lo que el titular de la potestad política establece»⁴², según surge del significado focal adscripto al derecho como fenómeno social, que ha sido objeto de análisis en el capítulo III. En otros términos, en el esquema del caso central de derecho, la autoridad aparece como el componente indispensable para determinar el surgimiento de la vinculación con los destinatarios de las normas jurídicas.

Además, es necesario subrayar dos cualidades que caracterizan la noción de autoridad en Finnis: (i) por un lado, el concepto finnisiano de autoridad opera como un juicio de razonamiento práctico de tipo excluyente, (ii) y, por otro lado, se le adscribe a este concepto un carácter eminentemente político.

Respecto del carácter excluyente de la noción de autoridad, este se predica en términos de «sustitución» de razones prácticas en el intelecto del agente, lo que implica que en el proceso de razonamiento práctico se produce una interrupción en virtud de la cual, se reemplazarían *ipso facto* las razones que el sujeto tendría para obrar de manera diversa, por aquellas razones proporcionadas por la emisión autoritativa.

Así lo explica claramente el mismo autor, cuando afirma que el carácter excluyente se manifiesta en que se trata de «una razón para juzgar o actuar cuando no hay o al menos no se comprenden otras razones para juzgar u obrar así; o para juzgar o actuar así desatendiendo al menos algunas razones que son comprendidas y relevantes y que en ausencia de la razón excluyente habrían sido suficientes para justificar

42 PEREIRA SAEZ, C., *La Autoridad del Derecho. Análisis crítico de la posición de J.M. Finnis*, op. cit. p. 197.

proceder de otra manera»⁴³. En otras palabras, la aparición de la figura de la autoridad, en términos genéricos (ya sea que se aluda a la autoridad política o jurídica) en el sistema conceptual del profesor de Oxford, provocaría un efecto interruptor del proceso de racionalidad práctica.

A lo que el autor se refiere es al modo en que opera la aparición del componente de la autoridad en el esquema del razonamiento práctico, pero ello no es suficiente para considerar una determinada emisión autoritativa como sustancialmente justificada. En este sentido, observa acertadamente Pereira Sáez que «en el razonamiento práctico todo puede reconducirse a razones, así, la razón excluyente sería una razón superior a la razón para considerar las razones excluidas. Cuando la razón excluyente no justifica la exclusión de alguna razón sustantiva, dicha razón sustantiva hace que la razón para considerar las razones sustantivas sea más fuerte que la excluyente»⁴⁴.

Sin embargo, en este aspecto, es preciso destacar que Finnis se limita a sostener el carácter excluyente presuponiendo que tal carácter estará en conformidad con las exigencias de la razón práctica, y sin expedirse explícitamente respecto de los posibles supuestos de tensión entre razones.

En consecuencia, el iusfilósofo da por supuesto que esto último ocurrirá, y precisamente por ello se presenta en el intelecto del sujeto actuante como dando cuenta de superioridad frente a otras posibles razones para actuar. No obstante, si la relación entre el carácter autoritativo de la fuente y de la sustancia del acto fuera de índole necesaria, la implicancia lógica de la disociación entre ambos, supondría la pérdida del carácter autoritativo sustancial. Sin embargo, en el caso de la teoría finnisiana, el proceso intelectual que culmina con la aceptación de las razones proporcionadas por el acto de autoridad sobre la base del reconocimiento de la superioridad frente a otras razones, se limita simplemente a explicar una dinámica operativa que prescinde de justificar tal superioridad.

43 NLNR, p. 234.

44 PEREIRA SAEZ, C., *La autoridad del Derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, op. cit., p. 199.

En lo que respecta al carácter político de la autoridad, la misma se justifica en estrecha relación con la necesidad de obediencia de los súbditos a los mandatos del gobernante como medio idóneo para la consecución del bien común, el que a su vez tiene carácter instrumental en relación con los bienes humanos básicos.

En esta afirmación subyace la presuposición de que las emisiones autoritativas siempre se encuentran direccionadas hacia ese fin, y en esa presuposición se justifica el deber de obediencia. En otras palabras, en el concepto finnisiano de autoridad no resulta tan necesario que los actos de autoridad tengan un contenido acorde a las exigencias de la razonabilidad práctica como condición de necesidad para el logro del bien común social, sino que lo que adquiere carácter necesario para alcanzar este fin es que los destinatarios de tales actos se acogan a las órdenes de la autoridad, pero sin indagar sobre su contenido.

La necesidad de una instancia institucional que gobierne el comportamiento de los individuos se justifica tanto por razones de seguridad, como por la pluralidad de bienes que pueden determinar el surgimiento de posibles problemas de coordinación, dada la inconmensurabilidad de los mismos. Teniendo en cuenta que los problemas de coordinación solo se pueden resolver a través de la unanimidad o de la autoridad, y siendo la primera de difícil concreción fáctica en las comunidades complejas y numerosas, entonces la autoridad política se erige en único medio idóneo para concretar esa coordinación.

En torno a esta cuestión, conviene recordar que Finnis adopta la concepción tomista de autoridad, sosteniendo su necesidad aun en el caso en que se tratara de una sociedad de santos u hombres perfectos.

2. b. 2. Deber de obediencia: naturaleza y tipos de obligación

En el contexto de este planteo también el derecho se concibe como expresión de la voluntad política destinada a diseñar y disponer los medios de instrumentación a través de los cuales se llevará a cabo la coordinación de la acción comunitaria. Así lo explicita el autor:

El objetivo de la ley no es simplemente asegurar la supervivencia del gobierno o la conformidad futura de los potencial-

mente recalcitrantes. Parte del objetivo de la ley es mantener una equidad real (no meramente aparente) entre los miembros de la comunidad; y este aspecto de la ley no se ve afectado por la detección o convertibilidad de infracciones de la ley⁴⁵.

Y es precisamente la fuente, la que explica y justifica la fuerza autoritativa del derecho, como también su correlativa obligación de obedecerlo. Ahora bien, Finnis sostiene que una vez que el derecho ha sido formalmente positivizado (postulado-*posited*), surgen para los destinatarios dos tipos de implicancias: (i) una obligación moral de obedecer, y (ii) una obligación jurídica.

Sobre el particular, Finnis siguiendo al Aquinate, afirma como principio general la obligatoriedad moral de los actos autoritativos justos:

La mayoría de las leyes humanas, aunque sean justas, no reproducen simplemente las exigencias de la moral (i.e., del derecho natural moral), pero las leyes humanas justas tienen autoridad moral, y así, por implicancia, obligatoriedad moral. Ellas tienen esta autoridad porque tienen una relación inteligible con los principios permanentes de la moral (...)⁴⁶.

Cuando se habla de obligatoriedad, hay que entenderla como el acto intelectual por medio del cual una determinada premisa o proposición adquiere fuerza directiva de la conducta del agente al que se destina, mediante una ponderación de las posibles consecuencias de

45 FINNIS, J. «Law's as coordination», en *CEJF IV. Philosophy of Law*, op. cit., p. 72. «The point of law is not merely to ensure the survival of government or the future conformity of the potentially recalcitrant. Part of the law's point is to maintain real (not merely apparent) fairness between the members of the community; and this aspect of law's point is unaffected by the detection or convertness of breaches of law».

46 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., p. 266. «Most human laws, even just, one, do not simply reproduce the requirements of morality (i.e., of the natural moral law), but just human laws do have moral authority and thus, by entailment, moral obligatoriness. They have this authority because they have an intelligible relation to morality permanent principles».

no adecuarse a lo que está prescripto en los términos de la premisa. En otros términos, la obligación surge frente a una evaluación que practica el agente actuante en virtud de la cual realiza una valoración comparativa entre lo que implica adecuar la conducta a lo prescripto en el mandato o apartarse de ello, valorando positivamente las consecuencias que surgen en el primer caso, y negativamente las que surgen en el segundo.

En el caso de la obligación moral, se trata de una obligación de índole genérica, cuyo carácter moral reside precisamente en la convicción de la necesidad de cumplir con los mandatos autoritativos como único medio idóneo para el logro del bien común. En el caso de la obligación jurídica la índole es más específica, y se vincula materialización de alguna forma concreta instrumentar la coordinación.

En esta doble vinculación del derecho como producto de la autoridad, subyace un reconocimiento del carácter eminentemente moral de la autoridad jurídica y política. En efecto, la tesis de Finnis es que «el derecho crea *prima facie* una obligación moral genérica, y por consiguiente tiene *prima facie* una autoridad moral genérica»⁴⁷. Seguidamente, procede a fundamentar su tesis argumentando que:

La razón (...) para tomarse el derecho seriamente en toda su extensión y alcance pretendido –y nunca considerarlo como no dando razón para hacer lo que ordena– es una razón conectada con la multiformidad irreductible de bienes humanos (y esa pluralidad de personas humanas) que impone limitaciones intrínsecas al razonamiento práctico, hace sin sentido (e injusticia) de los proyectos totalitarios⁴⁸.

47 *Ibíd.*

48 *Ibíd.*, pp. 72-73. «The reason for taking law seriously to the full extent of its tenor and intended reach –and never regarding it as giving no reason for doing what it commands– is a reason connected with the irreductible multiformity of human goods (and plurality of human persons) which imposes intrinsic limitations on human practical reasoning and makes nonsense (and injustice) of totalitarian projects».

Más adelante vuelve a pronunciarse sobre el particular, en el trabajo titulado *A Grand Tour of Legal Theory*, en donde se refiere a la inconveniencia de generar una disyunción entre obligación legal y obligación moral, luego de que un acto de la autoridad ha sido objeto de positivización. Más aún, cuando ello ocurre, corresponde calificar la obligación según el doble efecto de la vinculación jurídica y moral. En otros términos, lo que Finnis sugiere es que la positivización de un acto de autoridad hace surgir en forma coetánea la obligación moral y la obligación jurídica de obedecer, y en este sentido resultan inapropiadas las distinciones y clarificaciones conceptuales entre las nociones de autoridad y obligación. Por el contrario, se trata del anverso y el reverso de un único fenómeno, o bien dos aspectos que se desenvuelven en una única dinámica.

El concepto de autoridad propio del poder político, comprende e incluye la autoridad moral para hacer cumplir el derecho, y el derecho tiene autoridad y hace surgir la obligación de obedecer (obligación en sentido moral) precisamente porque emana de un órgano legítimamente investido de poder. Así lo explica al afirmar que:

... se debe negar que las concepciones resultantes de autoridad y obligación legal correspondan a cualquier actitud o práctica histórica de la comunidad disponible para la descripción. Más importante aún, los nuevos conceptos propuestos no seleccionan ningún tipo razonable de opción, ningún tipo de arreglo social o conjunto de disposiciones que pueda servir a los bienes por los cuales el derecho existe y que vale la pena instituir, mantener o restaurar⁴⁹.

49 FINNIS, J., «A Grand Tour of Legal Philosophy», en *CEJF IV. Philosophy of Law*, op. cit. p., 126. «But it should be denied that the resulting conceptions of authority and legal obligation correspond to any historical community attitudes or practices available for description. More importantly, the proposed new concepts do not pick out any reasonable kind of option, any kind of social arrangement or set of dispositions that might serve the goods for the sake of which law exists and is worth instituting, maintaining or restoring».

La frase citada nuevamente confirma que la obediencia a la autoridad se justifica en la medida en que se logra la comprensión de la misma como único medio idóneo para garantizar o hacer posible el logro del bien común, siendo este último a su vez el que posibilita el acceso a los bienes humanos.

En consecuencia, siendo el bien común social el fin –aunque instrumental– de la autoridad y del derecho, la obligatoriedad moral se explica en función del mismo. De dónde vuelve a evidenciarse que en la concepción finnisiana de autoridad y –correlativamente– de obligación, no deja margen para indagar sobre la sustancialidad de los actos autoritativos, sino que simplemente la presupone, excluyendo categóricamente otras posibles razones que hayan transitado en el proceso deliberativo del agente. Por supuesto, es necesario tener en cuenta que este esquema tiene lugar en la medida en que se lo reflexione en sentido analógico, en el que todos los componentes que intervienen dinámicamente en ese proceso, son considerados en su caso central. Por tanto, solo una teoría deontológica del derecho (una teoría del derecho natural) puede garantizar el carácter racional de la aceptación de la autoridad y de las obligaciones que emergen de ella como resultado de este proceso.

2. b. 3. La concepción tomista de autoridad según Finnis

Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado anterior, conviene repasar la explicación del profesor de Oxford referida a la utilización, por parte del Aquinate, de la expresión «derecho moral natural», y su «obligatoriedad» a partir de la ley eterna, la cual «no se refiere al mandato divino sino más bien a la inteligibilidad, bondad y belleza, el atractivo racional del gran esquema de cosas elegidas, en la creación, por la divina voluntad»⁵⁰. De modo que en la concepción del Aquinate –arguye Finnis–, el concepto de derecho –y así también su *imperium*– es una cuestión de razones, en términos de entendimiento de que lo que es bueno, en cuanto a racionalmente inteligible, y «tiene primacía

50 *Ibíd.*, p.127.

en la explicación de lo que está bien o mal, de los derechos, del derecho y de la motivación y deliberación sobre la acción»⁵¹.

Nuevamente, cabe afirmar la necesidad de la reflexión en clave de «caso central» de todos los componentes que intervienen en el proceso deliberativo. Este proceso transita desde el primer paso de captación inteligible de razones que se presentan con apariencia de bien, hacia la identificación de los primeros principios prácticos, con el consecuente reconocimiento de su normatividad, para de allí transitar hacia los procesos de especificación normativa en la esfera de la moral. La intervención de la autoridad –en cuanto a esfera de poder legítimamente instituido por su fuente– en este proceso de determinación, implica el suministro de razones, cuyo tránsito por el proceso descrito está presupuesto de antemano. Esta legitimidad de la fuente se explica sobre la base de que actos pasados a los cuales un determinado grupo los trató como autoritativos. Pero, esto último no es suficiente para establecer un deber, sino que «lo que hace que las obligaciones legales certificadas sean obligatorias en la razón práctica es su lugar en un esquema de medios a fin cuya primera y normativa premisa(s) identifica y dirige hacia el cumplimiento de la necesidad de una condición social (estado de cosas) de paz y justicia según la ley»⁵².

Por lo tanto, frente al mandato autoritativo queda excluida la consideración de otras razones, y surge la obligación de obedecer en sentido jurídico y en sentido moral, precisamente al reconocer el derecho –en cuanto a acto emanado de la autoridad– como instrumento que opera en una dinámica de «medio-a-fin» para alcanzar aquel estado de relaciones que posibilita ciertas condiciones para el desenvolvimiento de la convivencia social, tales como la seguridad, la paz y la justicia, valores todos que están implicados en la noción de bien común.

Más aún, cuando las normas jurídicas –además de haber sido establecidas por quien tiene legitimidad para su promulgación– tienen un contenido sustantivo acorde a los requerimientos de la moral, ellas no

51 FINNIS, J., «Aquinas and Natural Law Jurisprudence», en *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, op. cit., p. 39.

52 *Ibid.*, p. 40.

solo se tornan autoritativas en el ámbito de lo jurídico sino también en el ámbito moral.

Los requerimientos morales son por sí mismos autoritativos, mientras que los mandatos jurídicos serían moralmente autoritativos en dos sentidos, a saber: (i) en primer término, en virtud de la fuente de la cual han emanado, y en este sentido, es justamente la legitimidad y su orientación al bien común la que explica y justifica la exclusión de otras razones en el proceso deliberativo del agente que se acoge al mandato contenido en ella; y en este sentido, corresponde predicar el carácter formal de este tipo de autoridad moral; y (ii) por adecuación del contenido sustantivo del mandato jurídico a los requerimientos morales, y en este caso, cabe predicar el carácter sustantivo de la autoridad moral del mandato jurídico.

En muchos de los casos se requerirá una efectiva positivización para que los requerimientos morales comiencen a vincular a sus destinatarios. Este proceso de positivización involucra adecuación a estándares de validez, con lo cual la autoridad legal y la autoridad moral se presentan como el anverso y el reverso del mismo proceso y del mismo fenómeno. «Para repetir –insiste Finnis– muchas de nuestras leyes no tendrán autoridad moral a menos que ellas sean legalmente válidas, leyes positivas»⁵³. De todas formas, es preciso tener presente que, para que el esquema finnisiano funcione, es necesario que todos sus componentes sean susceptibles de ser calificados en su significado focal. Por lo tanto, frente a la eventualidad de que se presente en el sistema una tensión entre la autoridad sustantiva y la autoridad formal de un acto, norma o regla jurídica, ello traería aparejada la derrota (*defeat*) de la autoridad sustancial (moral– sustancial) dejando subsistente la autoridad moral formal, que se justifica tan solo por la necesidad de obedecer los mandatos de la autoridad como único medio idóneo para evitar situaciones de anarquía, o bien frente al temor de sufrir las consecuencias perjudiciales derivadas de su inobservancia.

53 FINNIS, J., «A Grand Tour of Legal Philosophy», en *CEJF IV. Philosophy of Law*, op. cit. p.114.

Leyes que, a causa de su injusticia, son sin autoridad moral, no son legalmente autoritativas en el sentido focal de «autoritativo». Su «autoridad» es, al final, no más que la «autoridad» del Sindicato mafioso, de gente poderosa que puede obligarte a cumplir con su voluntad, sobre el dolor de consecuencias desagradables, pero que no puede crear lo que cualquier persona contaría, para una persona que se respete así misma, como una genuina obligación⁵⁴.

En síntesis, la tesis principal de Finnis respecto de los modos de vinculación que surgen de los procesos de positivización de normas, se asienta sobre dos pilares fundamentales: (i) por un lado, hay una creencia supuesta de que las normas jurídicas consistirán en especificaciones de normas y/o determinaciones de normas morales, muchas de las cuales requieren de su concreta positivización para generar la obligación en sus destinatarios; (ii) una vez que la norma ha sido postulada o promulgada –esto es, ha atravesado el proceso de positivización– genera una obligación en sentido jurídico y en sentido moral a su cumplimiento, y excluye la posibilidad de considerar otras razones para actuar; y (iii) a su turno, la obligación moral se desdobra en obligación moral en sentido formal, cuando la obligatoriedad se funda en la necesidad de cumplimiento del mandato normativo como único medio idóneo para el logro del bien común, y obligatoriedad moral en sentido sustancial, cuando además el mandato normativo se adecúa a los estándares morales de modo tal que se aprecia la justicia de los mismos.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué dificultades surgen de este esquema? En apartado siguiente se intentará responder a esta cuestión.

54 *Ibid.* «Laws, because of their injustice, are without moral authoritativeness, are not legally authoritative in the focal sense of 'authoritative'. Their authority is in the end of the Syndicate, of powerful people who can oblige you to comply with their will on pain of unpleasant consequences, but who cannot create any self-respecting person would count as a genuine obligation».

2. b. 4. Implicancias de la doble obligatoriedad del Derecho: ¿Pretende el derecho ser moralmente obligatorio?

El paso que sigue consiste en la reflexión y análisis sobre la forma en que interactúan los tipos de obligatoriedad jurídica y moral de las reglas positivas y guarda, en principio, estrecha relación con el carácter excluyente de las razones que proporciona el derecho.

En la teoría del derecho del profesor australiano, se podría afirmar que su concepción de obligación jurídica se caracteriza por ser categórica, en el sentido en que se desenvuelve en una dinámica que oscila entre los extremos de «lo obligatorio» y «lo no obligatorio», sin que haya lugar a matices. El razonamiento jurídico opera por un cauce separado y completamente autónomo del razonamiento moral. En este contexto, cuestionarse si la necesidad de que el derecho se adecúe a los requerimientos de la moral, implica apartarse de la reflexión filosófico-jurídica, y reconducir la cuestión a una investigación moral.

Pero, por otro lado, la dificultad surge cuando Finnis afirma que el derecho en cuanto acto autoritativo –emanado de una autoridad política– provee razones *excluyentes* para la acción, y que de ahí surgen tanto la obligatoriedad jurídica como la moral, de donde se podría deducir que en su reflexión filosófico-jurídica, está presente la presuposición de que los mandatos normativos coincidirían o se adecuarían (al menos en parte) a los morales.

La fuerza vinculante de la obligación jurídica en sentido jurídico es –sostiene Finnis– de carácter «invariable». Así lo declara expresamente en *NLNR*, cuando explica que:

Esta invariabilidad en la fuerza formal de toda obligación jurídica tiene como su equivalente metodológico el postulado jurídico (compartido por el pensamiento moral «legalista») de que no hay deberes jurídicos superpuestos o en conflicto; pues cualquier superposición forzaría al jurista a sopesar una obligación sobre otra y declarar que la obligación de mayor peso es la más vinculante⁵⁵.

55 *NLNR*, op. cit., p. 311. «This invariability in the formal force of every legal

De modo que cabría deducir que, en el caso de la obligación jurídica en sentido legal, la invariabilidad se predica tanto respecto del sentido jurídico como del sentido moral de su fuerza vinculante. Lo que podría ser susceptible de variación es la fuerza vinculante de la obligación jurídica en sentido moral, pero que, aparentemente, de ninguna manera tendría incidencia en la fuerza vinculante de la obligación en sentido jurídico.

El esquema del razonamiento práctico del cual surge y que explica esta invariabilidad, es desarrollado por Finnis según tres premisas relevantes:

a) Necesitamos, en aras del bien común, ser observantes de la ley.

b) Pero cuando O está dispuesto por la ley como obligatorio, la única manera de ser observantes de la ley es hacer O.

c) Por lo tanto, necesitamos [es obligatorio para nosotros] hacer O cuando ha sido jurídicamente dispuesto que O es obligatorio⁵⁶.

Este esquema de razonamiento práctico se articula partiendo de una premisa moral A, siendo B una premisa fáctica, y concluyendo con C que es una premisa de tipo normativa, pero que no se desprende de la interacción entre la primera y la segunda premisa, sino que otorga un peso decisivo a la premisa fáctica para la determinación de la conclusión. En otros términos, el razonamiento en virtud del cual se explica la obligación jurídica tanto en sentido jurídico como en sentido moral, tiene como punto de partida común las premisas B y C, las cuales a su turno –y para producir el efecto descrito– deben separarse artificialmente de la premisa A.

obligation has as its methodological counterpart the legal postulate (shared by “legalistic” moral thought) that there are no overlapping and conflicting legal duties; for any such overlap would oblige the lawyer to weigh one obligation against the other and to declare the weightier obligation to be the more binding».

56 Ibid., p. 316.

En este sentido, señala acertadamente Maris Köpcke que «la obligación jurídica en sentido legal (...) es la conclusión de ese silogismo práctico cuando el silogismo es aislado por el pensamiento legal desde un irrestricto razonamiento moral»⁵⁷.

En relación con este problema, resulta de particular interés el desarrollo de la crítica que esta autora formula a la tesis de Finnis respecto de los tipos de obligación que surgen del derecho en cuanto acto autoritativo. En efecto, Köpcke explica que en la teoría jurídica finnisiana, el carácter categórico («invariable», «blanco-o-negro») de la obligación jurídica en sentido jurídico, solo puede ser entendida en términos de aislamiento (*isolation*) de consideraciones de índole moral. Así lo explica Finnis expresamente:

Pero las fórmulas que expresan la obligatoriedad jurídica reciben su inteligibilidad específica del hecho de que están deliberadamente diseñadas no solo para integrarse en los razonamientos prácticos de los ciudadanos recalcitrantes (...) sino también y de manera más característica para integrarse en y para otorgar una fuerza especial concluyente a los razonamientos prácticos de quienes ven la necesidad (por el bien común) de la autoridad y están generalmente dispuestos a actuar de acuerdo con ella.

De este modo el derecho anticipa y procura hacer partido (...) del esquema de razonamiento práctico del «buen ciudadano», y conferirle un *status* incontestable o dogmático. Intenta aislar lo que he llamado «pensamiento jurídico» o «pensamiento puramente jurídico» respecto del resto del razonamiento práctico⁵⁸.

57 KÖPKE TINTURÉ, MARIS, «Finnis on Legal and Moral Obligation», en *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Ed. by John Keown and Robert P. George, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 379-395.

58 NLNR, op. cit. 317 y 318. «But the formulae expressive of legal obligation have their specific intelligibility from the fact that they are selfconsciously designed not only to fit into the recalcitrant citizen's (...) but also and most characteristically to fit into and to give a special conclusory force to the practical reasonings of those who see and are generally willing to act upon the need (for the common good) for authority.

Y ciertamente este efecto del aislamiento artificial se logra como resultado de una concepción del fenómeno jurídico al cual se le adscriben una serie de características definitorias de su naturaleza, a saber: (i) la positividad, que supone que «los requerimientos jurídicos están determinados por los significados jurídicos de los actos humanos de creación del derecho»⁵⁹; (ii) la determinación, en virtud del cual, el profesor oxoniense aborda el derecho como una «red perfecta» (*seamless web*), en el que no hay posibilidad de que se presenten lagunas (*absence of gaps*); (iii) facilidad de identificación, en relación con los requerimientos morales (iv) conclusividad, con lo cual se «asume que el contenido de tu [la] obligación legal ha sido determinada, con o sin evaluación moral...»⁶⁰. Y más adelante observa Köpke que Finnis no califica a la obligación jurídica en sentido jurídico como conclusiva, sino «invariable en fuerza» (no anulable o revocable)⁶¹ o definitivamente categórica.

Todas estas características de la concepción finnisana del fenómeno jurídico son las que conducen y posibilitan el aislamiento del razonamiento jurídico respecto del razonamiento moral. Cabe preguntarse, entonces, hasta qué punto esta invariabilidad –o, en palabras de Köpke, «conclusividad»– de la fuerza vinculante de la obligación jurídica en sentido moral es absolutamente categórica, o bien es susceptible de alguna graduación.

La autora oxoniense sostiene en este punto que el predicado «invariable», «no graduado», «blanco-o-negro», «todo-o-nada», solo es absoluto respecto de la primera y la última característica, pero no puede decirse lo mismo, respecto de la segunda y la tercera⁶², puesto que «el derecho “restringe” pero no elimina el retorno a considera-

The law thus anticipates and seeks to capitalize upon, indeed to absorb and take over, the “good citizen’s” schema of practical reasoning, and to give it an unquestioned or dogmatic *status*. It tries to isolate what I have been calling “legal thought” or “purely legal thought” from the rest of practical reasoning».

59 *Ibid.*, p. 385.

60 *Ibid.*, p. 388.

61 *Ibid.*, p. 389.

62 *Ibid.*, p. 389.

ciones morales en la determinación del contenido de los requerimientos jurídicos»⁶³.

El planteo comienza a problematizarse cuando el derecho comienza a considerarse, no meramente en su dimensión factual, sino como una cuestión de razones, y cuando en el razonamiento práctico de ese tipo entran en juego razones de tipo moral. En este punto es donde Finnis ubica el segundo tipo de vinculación, que puede surgir de la obligación jurídica: la obligación legal en sentido moral. En este nivel, las razones que entran en el juego en el razonamiento práctico son razones de índole teleológica, y se vinculan al logro del bien común de las comunidades. En este esquema, como ya se ha reiterado *in extenso*, el derecho viene a poner a disposición de los destinatarios una serie de mecanismos y dispositivos destinados a establecer patrones de conducta coordinados que puedan hacer viable tal objetivo. A este tipo de obligación, el profesor de Oxford le atribuye una fuerza variable, y, por consiguiente, corresponde adscribirle carácter y condicional o rebatible (*defeasible*)⁶⁴, puesto que, a diferencia de la obligación jurídica en sentido jurídico, la obligación en sentido moral podría sucumbir frente a la injusticia del acto autoritativo.

Sin embargo, se advierte que, respecto de este tipo de obligación, Finnis aplica, para su explicación y justificación, el mismo esquema de razonamiento que emplea para explicar la obligación jurídica en sentido jurídico. Esto es, tanto en la obligación de obedecer el derecho en sentido jurídico, como en la obligación en sentido moral, el profesor de Oxford recurre a un mecanismo de aislamiento de las premisas fácticas respecto de la premisa de tipo moral. Pero, por otro lado, en la concepción y explicación del derecho en términos de suministro de las razones «de tipo excluyente» para la acción, subyace la afirmación presunta de que los mandatos contenidos en los actos autoritativos serán adecuados a los requerimientos de la moral.

No obstante, hacer explícita esta asunción conllevaría a tener que reconocer expresamente la tesis de que el derecho formula una pretensión de corrección moral y, en consecuencia, vincula moralmente

63 *Ibíd.*, p. 389.

64 *NLNR*, op. cit., p. 318 y 319.

además de jurídicamente y con ello haría lugar a la objeción de Alexy. Para no realizar tal concesión, Finnis le adscribe a la obligación jurídica en sentido moral este carácter «*presunta y rebatible*», con lo cual, vuelve a afirmar su tesis de que el derecho no pretende ser moralmente obligatorio.

Se advierte, en consecuencia, una doble tesis contradictoria en la teoría jurídica finnisiana, ya que (i) por un lado, se afirma que el derecho sostiene una pretensión de razonabilidad, entendida en términos de suministro de razones en orden a la consecución del bien común, y (ii) por otro, se niega que el derecho formule una pretensión de obligatoriedad moral. Asimismo, la contradicción se profundiza si consideramos que en Finnis, la mayor parte de las normas jurídicas constituyen especificaciones de principios morales (*determinatio*), que –a través del proceso de positivización– se traducen en reglas de conducta concretas. «El esfuerzo del derecho –escribe Köpke– es precisamente asumir esa misma especificación (*determinatio*) de las normas morales generales, ofreciendo sus estipulaciones como determinaciones autorizadas de los tiempos, lugares y otras circunstancias de la directividad de la norma moral»⁶⁵.

De donde se sigue que no resulta muy claro el criterio que el autor emplea para la identificar el marco de referencia de «lo jurídico» y para separarlo de lo moral. En algunos casos, lo moral se identifica con lo razonable, mientras que, en otros, pareciera sendos ámbitos se separan cuando entran a operar en la órbita del derecho. En este sentido, resulta muy pertinente la conclusión de Köpke, según la cual «atribuimos una pretensión al derecho como parte de nuestro esfuerzo de hacer el derecho moralmente inteligible». «Referirse a lo que el “derecho pretende” –dice Köpke citando a Phillip Soper⁶⁶– es referirse a lo que cualquier persona sensible...en la posición de un representante de un sistema legal, debe reconocer como reclamación implícita que acompaña a tal acción oficial»⁶⁷.

65 Ibid., p. 394.

66 SOPER, Phillip, «Law's Normative Claims», en *The Autonomy of Law*, Ed. by R. George, Oxford, Oxford University Press, 1996.

67 KÖPKE TINTURÉ, Maris, «Finnis on Legal and Moral Obligation», op. cit. p. 395.

2. b. 5. La respuesta de Finnis

Sobre la objeción de Köpke y la correspondiente tesis del carácter no revocable (*non defeasibly*) de la fuerza moralmente vinculante del derecho, Finnis reitera su tesis respecto de la cual, el derecho no formula una pretensión de obligatoriedad moral. Para explicarla y justificarla, se vale de una doble distinción: por un lado, aquella que «concierna a la diferencia entre (1) el derecho creando un marco de referencia, y (2) y “pretendiendo”»⁶⁸; y, por otro lado, aquella que distinga entre «(a) ser razonable en su imposición de obligaciones legales y (b) por tanto, imponer obligaciones morales»⁶⁹.

Respecto de la primera de las cuestiones, para el autor esta es tan solo una consideración ontológica sobre el fenómeno jurídico que tiene relevancia única y exclusivamente en la esfera de la moral. Mientras que, en la esfera del derecho, lo único que resulta verdaderamente relevante es la verificación de que el fenómeno en cuestión opera y se desenvuelva en clave sistémica, cuyo *modus operandi* comienza, depende, y se justifica en función de haber emanado de una fuente investida de poder al efecto.

Hablar de «el derecho» —explica Finnis— es hablar de un sistema jurídico, no meramente una regla o edicto aislado; y hablar de un sistema jurídico es desplegar, implícitamente, criterios de validez e interpretación que afectan fuertemente el juicio de los sujetos de derecho sobre qué conductas el derecho (digamos, una simple regla u orden) pretende de ellos, en cuanto jurídicamente obligatorias para ellos; y hacer todo esto es necesariamente concebir el derecho como razonable —controlado por razones— al menos en la medida en que responda a tales criterios de coherencia y validez⁷⁰.

68 FINNIS, John, «Reflections and Responses. John Finnis on Maris Köpke Tinturé», en *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Ed. by John Keown and Robert P. George, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 553.

69 *Ibid.*, p. 554.

70 *Ibid.*

De ahí que Finnis arguye y concluye que Köpke estaría confundiendo en su crítica el carácter razonable del derecho con la una supuesta pretensión de obligatoriedad moral. No correspondería así la objeción de la contradicción entre la concepción del derecho proporcionando razones para la acción y la negación de la pretensión de obligatoriedad moral, puesto que identificar lo razonable con lo moralmente obligatorio supone confundir las razones que intervienen en dos cauces de razonamiento distinto. En otros términos, el razonamiento jurídico se diferencia de moral, precisamente, por el tipo de razones que intervienen en uno y otro. Por lo tanto, en la tesis que afirma la razonabilidad del derecho y la que niega la pretensión de obligatoriedad moral del mismo no hay contradicción, puesto que se trata de esquemas de razonamiento práctico que discurren por cauces separados y autónomos.

Sin embargo, más adelante, cuando el autor procura responder como replicará la objeción –según la cual, en la teoría finnisiana no se le habría atribuido un contenido a lo «jurídicamente obligatorio» en el espacio de la deliberación en el cual los buenos ciudadanos deciden o juzgan qué debe ser decisivo en las elecciones de su conducta⁷¹, la respuesta no resulta tan clara.

Ciertamente, Finnis reafirma que el derecho despliega y sostiene el esquema de razonamiento práctico formado por el silogismo antes referido, en el cual el paso A –referente a la necesidad de cumplir la ley como medio para asegurar el bien común– sea «aislado» del resto de las premisas que conforman el silogismo, el que, a su vez, no se refiere al bien común, sino tan solo «a una inespecífica necesidad de los sujetos de derecho de ser observantes de la ley. Pero esta necesidad, es explicada –integrada en el flujo del razonamiento práctico en general– por buenos ciudadanos en términos de bien común...»⁷². En consecuencia, de la lectura de este argumento pareciera surgir una doble implicancia:

71 FINNIS, J., «Reflections and Responses: 23». John Finnis on Maris Köpke Tinturé, op. cit. p. 555.

72 Ibid.

(i) por un lado, la idea del bien común permanece separada del razonamiento de los sujetos que se encuentran vinculados por las normas, reconociendo su fuerza autoritativa de las mismas en la mera necesidad de «ser observantes de la ley», por lo que la idea de bien común –aparentemente– no tendría un carácter teleológico en el razonamiento práctico del agente que se encuentra sometido a una regla;

(ii) por otro lado, solo cuando el sujeto obligado indaga sobre el fundamento de esa necesidad de ser observante de la ley, aparece la idea de bien común como justificación y fundamento de aquella otra premisa que ordena ser observantes de la ley, pero solo en este último caso y cuando se produce esta «integración» con el resto del razonamiento práctico. De ahí se infiere que, cuando el sujeto observante identifica la idea de bien común con el fundamento de aquella otra necesidad, su razonamiento frente a la obligación jurídica ya habría dejado de ser estrictamente jurídico y habría comenzado a desenvolverse en el ámbito de la moral.

En todos estos casos de razonamiento práctico –escribe el autor– la ley encaja en el esquema relevante y, por lo tanto, inteligentemente presenta sus principios y reglas como un estándar (no opcional) para comparar opciones y clasificarlas como obligatorias, permisibles o inadmisibles... y así en adelante. Este es el lugar que pretende en nuestras deliberaciones⁷³.

De este modo, Finnis fractura el proceso de razonamiento práctico y lo hace desplegarse en compartimentos estancos, que operan de distinta forma según qué premisas que entran en juego frente a la necesidad de observar la ley, ignorando la forma en que se desenvuelven los procesos concretos en que los individuos indagan respecto de la obligación de obedecer los mandatos de la autoridad. Ciertamente, en di-

73 Ibid. «In all these specimens of practical reasoning, the law slots into the relevant schema and thereby intelligibly 'holds out its principles and rules as a (non-optional) standard for comparing options and ranking them as obligatory, permissible or impermissible...and so forth. That is the place it claims in our deliberations».

chos procesos se incluyen y entremezclan premisas propias del razonamiento jurídico y del moral, aunque se produzcan existencialmente en un único momento. De ahí que, de este esquema de razonamiento jurídico expuesto por Finnis, se pueda predicar que efectivamente incurre en un mecanismo artificial para producir el aislamiento del razonamiento jurídico.

Se explica así claramente que, en la teoría jurídica finnisiana, la obligación jurídica en sentido jurídico tenga carácter no rebatible (*non-defeasibly*), conclusivo o perentorio, y, consecuentemente implica el carácter presuntivo de la obligación en sentido moral, el cual solo se puede lograr mediante esta separación artificial del razonamiento jurídico del resto del razonamiento práctico.

Pero sea cual sea el razonamiento práctico en el que se encaje, el esquema de la ley para comprender prácticamente las obligaciones jurídicas que la ley pretende articular e imponer es la misma: práctica pero no en sí misma, y como tal, moral, aunque (en el caso central) siempre apta para una lectura moral por parte del sujeto moralmente preocupado, pero lejos de estar vacío de orientación, como no opcional, para aquellos interesados en preocupaciones morales⁷⁴.

En este punto, el problema que Finnis deja irresoluto es qué ocurre con aquellos supuestos en los que se produce una tensión entre ambos tipos de obligación. Esta tensión se genera frente a la expectativa de los destinatarios de que los actos autoritativos tengan un contenido sustancial acorde a los requerimientos de la moral, o con principios generales de justicia. Más aún, lo que no se puede ignorar es que hay una reclamación explícita en tal sentido por parte del destinatario. En

74 *Ibíd.* p. 556. «But whatever the practical reasoning into to which slots, the law's schema for practically understanding the legal obligations that the law claims to articulate and impose is one and the same - practical but not itself, as such, moral, though (in the central case): always apt for a moral reading by the morally concerned subject, yet far from empty of guidance, as non-optional, for those interested in moral concerns».

estos casos, Finnis se limita solo a recurrir a una suposición también artificial (poco verificable), consistente en que los creadores y aplicadores del derecho intentarán procurar que se produzca tal concordancia. Pero ¿qué es eso sino una pretensión de obligatoriedad moral? ¿En qué supuestos un creador o aplicador del derecho reconocerá de forma expresa que el mandato es inmoral o injusto? Por el contrario, es propio de esta tarea la explicación y justificación de lo que se manda, y en esa necesidad de justificar subyace una pretensión de corrección.

En otras palabras, muchas veces la fuente autoritativa resulta insuficiente para justificarse como tal, si el contenido sustancial del mandato no está igualmente justificado. Más aún, un mandato autoritativo que prescindiera de justificarse sustancialmente solo puede caer en la arbitrariedad, y así perder su legitimidad.

2. c. Analogía, derecho y moral

Por último, cabe aclarar que las dificultades expuestas anteriormente quedarían zanjadas, según Finnis, toda vez que se efectúe un abordaje analógico en virtud del cual todos sus componentes que intervienen en el proceso de racionalidad práctica operen en clave de «caso central» para que el esquema propuesto funcione correctamente. En efecto, Finnis considera que el método de la analogía resulta particularmente útil y pertinente para una correcta conceptualización del fenómeno jurídico. Ya se ha explicado con anterioridad que el profesor de Oxford toma este método de los autores clásicos, particularmente Aristóteles, y especialmente de Tomás de Aquino, en quien Finnis dice inspirarse especialmente para la elaboración de su teoría jurídica.

En consecuencia, y siguiendo esta metodología, en los casos en los que efectivamente se produzca una tensión entre la fuente de la cual emana el acto autoritativo y su contenido, por evidente injusticia y/o inmoralidad de este último, nos encontraríamos frente a un supuesto de un caso marginal, desviado, o diluido (*whatered down*) de derecho. Cuando ello ocurre el significado focal significante de la realidad designada cede paso a un significado de tipo periférico, al que, no obstante, se le aplica la misma designación, pero en forma analógica. De este

modo, pretende resolver el problema de los supuestos de injusticia del derecho, adscribiendo a la máxima *lex iniusta non est lex* su correcto sentido. Al respecto, expresa el autor:

Sobre esta base (la base metodológica de la analogía en la designación y significación de realidades), uno puede (y debe) decir que un sistema jurídico que niega la personalidad jurídica o falla en proteger los derechos fundamentales de sus sujetos humanos, no es meramente injusto o inmoral, sino un pobre espécimen de sistema jurídico⁷⁵.

Ahora bien, en Finnis, el reconocimiento de la falencia sustancial de carácter grave en un sistema normativo, no implica desplazamiento del concepto, sino tan solo un debilitamiento del mismo. Ello obliga a considerar la cuestión en la doble dimensión teórica y fáctica-empírica. En principio, esta última dimensión no ofrece mayores dificultades argumentativas, ya que la experiencia demuestra que las praxis jurídicas concretas pueden generar normas u actos autoritativos de carácter grave o injusto para personas o grupos, y aun así mantener la pretensión sobre la necesidad, legitimidad o corrección de tales normas o actos.

La mayor dificultad se presenta cuando la reflexión de desenvuelve en un plano teórico, en el cual, la misma índole de la reflexión obliga a la construcción de tipos o modelos ideales, en los cuales la aparición de alguna pieza que altere o de cualquier otra forma, desvir-

75 FINNIS, J., «Legal Philosophy: Roots and Recent Themes», en *CEJF IV. Philosophy of Law*, op. cit., p. 168: «On this basis, one can (and should) say that a legal system which denies the legal personality and/or fails to protect the fundamental rights of some of its human subjects is not merely unjust and immoral but also a poor specimen of a legal system. but note: such a thesis depends on the further, widely disputed premise that what counts as the central case or fine specimen of a subject-matter of social, for example legal philosophy is settled by reference to the evaluative concerns not of bad citizens, concerned only to avoid sanctions (...) but rather of people who understand, accept and promote law as a morally motivated and justified response to the evils and injustice of legally unregulated human relationships».

túe el esquema teórico propuesto, conlleva necesariamente la pérdida del carácter modélico, y con ello la supresión de toda aplicabilidad del concepto. En el caso de Finnis, este efecto no se produce, ni aun en el plano teórico, al cual continúa aplicando el concepto en sentido analógico, no obstante se produzca la aparición de un elemento o pieza que suponga una alteración grave del modelo.

Luego de la frase recién citada, y pese a la negación enfática de que el derecho no entraña una pretensión de corrección moral, el iusfilósofo australiano vuelve a insistir con la presuposición de que los actos autoritativos serán acordes a los requerimientos morales.

Debe tenerse en cuenta –arguye Finnis– que tal tesis: la tesis de la extensión analógica del concepto a supuestos diluidos o corruptos, depende de la premisa ulterior, ampliamente disputada, de que lo que cuenta como caso central o espécimen fino de la materia social, por ejemplo, la filosofía, se resuelve por referencia a preocupaciones evaluativas, no de «malos ciudadanos» preocupados solo en evitar sanciones (...) ni de jueces u otros funcionarios moralmente despreocupados como tales (...), sino de gente que entiende, acepta y promueve el derecho como una respuesta moralmente motivada y justificada a los males e injusticias de las relaciones humanas no reguladas legalmente⁷⁶.

De dónde se sigue que el autor no niega la posibilidad de que pueda verificarse algún caso corrupto de sistema normativo, aunque, no obstante, la insistencia enfática en la necesidad de considerar el caso central, pareciera ser una forma de eludir las implicancias de considerar desde el plano teórico, qué *status* les corresponde a actos de

76 Ibid: «But note: such a thesis depends on the further, widely disputed premise that what counts as the central case or fine specimen of subject-matter of social, for example, philosophy is settled by reference to the evaluative concerns not of “bad citizens” concerned only to avoid sanctions, nor of morally unconcerned judges or other officials as such(..) but rather of people who understand, and promote law as a morally motivated and justified response to the evils and injustices of legally unregulated human relationships».

autoridad o sistemas de reglas cuyo contenido sustancial sea relevantemente injusto.

En otros términos, se observa en la teoría jurídica finnisiana, por un lado, la pretensión de construir un modelo conceptual de derecho en el que se contemplen la totalidad de las dimensiones formales y sustanciales del fenómeno que se intenta definir; y, por otro lado, se advierte que el recurso metodológico de la analogía por medio del cual se hace extensible el concepto a fenómenos que no reúnan la totalidad de esos aspectos, se acomoda como el guante a la mano para evitar un pronunciamiento expreso en los casos en que los requerimientos de la autoridad entran en conflicto grave y relevante con los de la justicia.

Sin lugar a dudas, Finnis ha dejado en claro su postura a favor de la identificación de la justicia con la moral. Es decir, en su opinión la preocupación por la sustancialidad de los actos autoritativos en términos de adecuación a requerimientos de justicia sigue sin ser un problema que deba interesar a la investigación jurídica. Por el contrario, corresponde que los mismos sean resueltos en el ámbito de la investigación moral.

Así lo explica expresamente al preguntarse acerca de la implicancia central de la injusticia de la ley: «¿Afecta la injusticia de la ley su autoridad, validez u obligatoriedad?»⁷⁷. A lo que el iusfilósofo responde que la praxis jurídica se encuentra plagada de supuestos en los que los actores se enfrentan con problemas que exceden el ámbito de lo jurídico, generando cuestiones que entran en el ámbito de la conciencia, de la ética o de la moral. No obstante, aun así, escribe Finnis que:

Se mantiene [la idea] que las leyes están manifiestamente en el orden técnico-cultural, son objetos creados por la decisión humana como un instrumento de coordinación social (...)⁷⁸. Ciertamente, no se puede soslayar la existencia de reglas que expresan jurídicamente una norma moral, pero, aun así, la mayoría de las reglas jurídicas no son meras repromulgaciones,

77 FINNIS, J., «Legal Philosophy: Rooted and Recent Themes», en *CEJF IV*, op. cit. p. 170.

78 *Ibid.*

sino productos de una irreductible decisión social creativa. Su autenticidad es una cuestión no inmediatamente de una verdad moral sino más bien de consideraciones de forma, fuente y procedimiento encapsulado en el concepto característicamente jurídico de validez⁷⁹.

Conclusión

El presente capítulo ha sido escrito con la intención de proporcionar un tratamiento sobre la concepción finnisiana acerca de la vinculación entre el derecho y la moral, en forma progresiva, partiendo de la explicación de la génesis de la normatividad moral sobre la base de la captación de la inteligibilidad de bienes humanos básicos, hacia su concreción, recepción y reconocimiento en normas jurídicas positivas.

Se podría afirmar que el eje central de la filosofía práctica finnisiana reside en desentrañar la forma en que operan los procesos de razonabilidad práctica, a los que se les adscribe un carácter teleológico que se encuentra presente desde la mera aprehensión sensible en estado evolutivo, hasta la comprensión de su inteligibilidad de aquello que se debe elegir o hacer. Estos procesos seguirían una progresión lineal que atravesaría transversalmente las dimensiones de la ética y la política, para así llegar al máximo grado de determinación, lo que tiene lugar a través de la positivización normativa.

En efecto, la normatividad de los primeros principios de la razón práctica se explica en la medida en que los procesos intelectivos trascienden la dimensión individual, mediante la comprensión de su integralidad. Este momento es el que marca el punto de inflexión a partir del cual surgen las normas morales. Luego, estas últimas, una vez que se ha aprehendido su carácter integral, reconociéndose su carácter de bien común, regirán el ámbito individual y social del agente actuante.

79 Ibid. p. 171: «Still, most legal rules are no mere repromulgations of moral norms, but products of an irreducibly creative social decision. Their authenticity is a matter not immediately of moral truth, but rather of the considerations of forms, source, and procedure encapsulated in the characteristically legal concept of validity».

Esta tesis tiene una implicancia relevante, puesto que proporciona un marco de referencia indiscutible para identificar una plataforma moral común –aunque básica– sobre la cual se puede proceder a diseñar un sistema jurídico.

En este contexto, Finnis inscribe la figura de la autoridad política, previo a reconocer a la comunidad política como el ámbito propicio en el cual se verifican los procesos de especificación de normas morales en el comportamiento social de sus miembros. Así, la autoridad política finnisiana y el derecho, como forma de expresión de esa autoridad –frente a la imposibilidad de la unanimidad–, tendrían, en principio, la finalidad de coordinar la acción social común para el logro ese bien común social.

No obstante, al llegar al estadio teórico de la explicación de la autoridad política, comienzan a verificarse inconsistencias en el propio sistema conceptual, que obscurecen la posibilidad de que el proceso de razonabilidad práctica culmine en la positivización de normas jurídicas, como última instancia de concreción de los principios. Ello se debe a que, para Finnis, la aparición de la autoridad irrumpe en el proceso de selección de razones para actuar e indica al agente la conducta a seguir. Pero este efecto interruptivo no se justifica por el contenido del mandato autoritativo, sino por su fuente, induciendo al agente a considerar solo la necesidad de obedecer el mandato como único medio idóneo de garantizar el logro del bien común, pero sin indagar sobre la sustancia del mismo. De modo que la noción de autoridad finnisiana debe su legitimidad a la fuente que la inviste, no a su ejercicio. Y otro tanto ocurre con el derecho como expresión de esa autoridad.

Por supuesto, para que este esquema teórico funcione adecuadamente, será necesaria la consideración de cada uno de los componentes del proceso en su significado focal. Solo la reflexión de la autoridad y del derecho en clave de caso central tendrá la virtualidad de llevar el proceso de razonabilidad práctica hacia su culmen. Y frente a la posibilidad de que alguno de estos componentes se torne disfuncional, se activa el mecanismo de extensión analógica provocando el desdoblamiento de las implicancias del ejercicio de la autoridad y de la imperatividad del derecho con relación a sus destinatarios: la obligación jurídica en sentido legal y la obligación jurídica en sentido moral.

En relación con este último punto, es notable como el autor, a pesar de formular expresamente su pretensión de elaborar una propuesta teórica de tipo deontológico, por un lado; al ser interpelado por sus objetores, niega enfáticamente –desde el mismo plano teórico– que los mandatos autoritativos (el derecho) formulen una pretensión de corrección moral.

En este aspecto, la teoría jurídica finnisiana resulta no menos que contradictoria, puesto que el Finnis, propone una perspectiva –la de los bienes humanos– que, partiendo de un nivel o estadio premoral, avanza hacia la determinación de normas morales, no solo destinadas a regir fueros individuales de los agentes, sino también fueros colectivos o sociales. Solo de este modo resulta posible el reconocimiento de una plataforma axiológica común identificada como «bien común», sobre cuyas bases, la autoridad política coordine la acción social y que sirva de marco de referencia sustancial para la promulgación de normas jurídicas.

Para repetir, la perspectiva de los bienes humanos básicos se propone con la finalidad de atravesar transversalmente las distintas dimensiones de la filosofía práctica, a saber: la ética, la política, y, por último, el derecho.

A primera vista, se podría afirmar inequívocamente que, si se considerara la teoría finnisiana desde el punto de partida de la acción humana y su función teleológica, sería esperable que el derecho como estadio de máxima concreción del proceso de razonabilidad práctica, estuviera conceptualmente vinculado a la moral. Sin embargo, Finnis, aunque reconoce la conveniencia de esta vinculación, prefiere prescindir de parámetros axiológicos para la delimitación del ámbito de lo jurídico. Y para justificarlo se vale simplemente de suposiciones tales como que, en sistemas jurídicos decentes, los creadores del derecho (*law makers*) recurrirán a tales parámetros al momento de legislar. Pero aun en estos casos, el derecho seguirá definiéndose por sus fuentes. ¿Tal proposición, no entraña en cierto modo una pretensión de corrección moral? O, dicho de otro modo, la apelación a la decencia de los sistemas o de los legisladores (siendo este un criterio de valoración moral) ¿no involucra de algún modo un posicionamiento moral concreto con respecto al modo en que se debe legislar, o al contenido

de la legislación? Ciertamente lo involucra. Por lo tanto, se advierte con relación a este aspecto una relevante contradicción en el planteo finnisiano.

La cuestión alcanza su grado máximo de complejidad al tratar las implicancias del problema de la ley injusta, en donde se aprecian con mayor claridad dos posibles alternativas de la teoría jurídica de Finnis: (i) o bien, que el iusfilósofo australiano adopta una postura que supone fracturar su propia elaboración teórica; (ii) o bien, que la teoría jurídica finnisana, se encuentra inconclusa, sujeta a evolución, colocando al autor frente al desafío de tener que definirse en algún momento, para evitar atentar contra su propia propuesta.

El punto de inflexión entre las alternativas antes referidas, se encontraría en el tratamiento que el profesor de Oxford otorga al problema de la ley injusta, el cual, por su especial complejidad y relevancia será objeto de análisis específico en el capítulo siguiente.

Capítulo VI: El problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis

1. Introducción

Luego del análisis efectuado en el capítulo anterior sobre aspectos principales de la filosofía práctica finnisiana, el presente capítulo se propone expedirse sobre la verificación de la crítica formulada por Robert Alexy, la cual reviste suma relevancia puesto que, de efectuarse su comprobación teórica, surgirían una serie de implicancias graves que podrían provocar una tensión interna entre varios de los elementos que integran el sistema conceptual elaborado por el profesor de Oxford.

En efecto, una lectura superficial de la crítica de Alexy podría conducirnos al equívoco de dejarla circunscripta al encasillamiento de la teoría jurídica de Finnis –teniendo en cuenta la categorización de los «no positivismo» propuesta por el profesor alemán– dentro de las filas del «no positivismo *súper* incluyente». En este sentido, es preciso recordar que tal categorización supone una inversión de la fórmula y del criterio de distinción que conduce a clasificar al positivismo según: (i) se excluya todo reconocimiento de conexidad conceptual o teórica entre el derecho y la moral, o bien, (ii) se admita cierta conexidad mínima, esto es, la necesidad de que las reglas jurídicas tengan contenido acorde a las exigencias de la moral, sin que ello implique renunciar al sostenimiento de criterios teóricos que conducen a diferenciar conceptualmente ambos órdenes normativos, y sin que tal conexidad produzca un efecto perentorio en caso de contradicción entre el contenido entre reglas jurídicas y normas morales.

Para Alexy, los criterios dentro de las categorías del «no positivismo» se asientan sobre la premisa inicial del reconocimiento de la conexión conceptual sobre ambos órdenes normativos, y las diferencias recaen sobre la consideración del impacto que puede ocasionar una eventual tensión entre los contenidos de uno y otro. Así, (i) el no

positivismo excluyente se caracteriza por predicar la una proyección perentoria de defectuosidad moral en el contenido de las reglas jurídicas en términos de invalidez de tipo formal; (ii) el no positivismo incluyente extiende el efecto de la invalidez solo a algunos supuestos de incorrección moral; (iii) el no positivismo súper-incluyente niega toda posibilidad de impacto de la incorrección moral del contenido de reglas jurídicas sobre dispositivos formales como la validez. Al parecer, el profesor Finnis se encontraría enmarcado dentro de esta última categoría, lo que se evidenciaría en el empleo del recurso metodológico de la analogía para el abordaje de la cuestión de la conexidad entre orden jurídico y orden moral y particularmente, en su controvertido concepto de «validez intrasistemática».

Teniendo en cuenta lo expuesto, el presente trabajo procura trascender todo atisbo de superficialidad en la lectura de la objeción alexyana y analizar en profundidad la totalidad de las implicancias advertidas, sobre la base de la crítica y su posible impacto en todo el sistema conceptual finnisiano, partiendo de su teoría de la razón práctica hasta llegar a la teoría jurídica. En consecuencia, se impone a continuación la necesidad de indagar sobre el particular tratamiento que Finnis efectúa sobre el problema de la ley injusta, teniendo en cuenta particularmente el supuesto con el que se ve confrontado por el profesor alemán: el de la injusticia extrema, entendiéndose como tal, la violación de derechos humanos fundamentales. Este último se torna particularmente problemático teniendo en cuenta que el punto de partida de su desarrollo teórico es la perspectiva de los bienes humanos básicos y su proyección transversal hacia todos los aspectos de la filosofía práctica.

Ahora bien, conviene repasar el núcleo más álgido del debate para luego proceder al análisis crítico de sus implicancias. En consecuencia, corresponde revisar la tesis principal de Finnis acerca del problema de la ley injusta, la cual no puede ser adecuadamente abordada sin directa referencia y relación con uno de los aspectos fundamentales de su metodología: la extensión analógica de los conceptos, que Finnis adopta de Tomás de Aquino, por concebir que es el método más adecuado para la consideración de las realidades propias de la experiencia humana, y su confrontación con los modelos conceptuales que las refieren.

Para Alexy, este recurso metodológico a la analogía le permite a Finnis desembarazarse del reconocimiento cualquier conexión cualificadora entre derecho positivo y razonabilidad¹, de donde se sigue que la impugnación del profesor alemán hace referencia especialmente a aquellos supuestos de gravedad extrema en el contenido moral de reglas jurídicas –mediante la apelación a la fórmula de Radbruch² como marco de referencia– dónde precisamente se produciría el efecto severo de la pérdida de la pretensión de razonabilidad que debe caracterizar al mandato autoritativo. Es decir, la pérdida de la calidad de «razón para la acción», quedando reducido dicho mandato a una mera expresión arbitraria de la voluntad de poder. Pues bien, mediante la distinción tomista de predicados *simpliciter* y *secundum quid* para la calificación de realidades confrontadas con un modelo ideal, resultaría posible –surge de la impugnación alexyana– eludir el impacto y las consecuencias de la incorrección moral grave (injusticia extrema) en el contenido de las reglas jurídicas.

Por lo tanto, la tarea a desarrollar consiste en: (i) revisar la noción de justicia finnisiana y su desempeño en el amplio marco de su filosofía práctica, para luego verificar cómo interactúa esta noción, al nivel de la teoría jurídica, con los resortes de tipo formal o técnico; (ii) exponer la tesis principal del autor en relación con el problema de la ley injusta y sus implicancias para la teoría del derecho a la luz de la crítica de Alexy; y (iii) dilucidar si la teoría finnisiana en materia de injusticia del derecho es una teoría acabada y consistente en términos sistémicos o no, y si se diera este último caso, justificar por qué no lo es.

1 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis», op. cit., p. 9

2 A la fórmula de Radbruch se hizo expresa referencia en el capítulo IV, la cual expresa que «*la injusticia extrema no es derecho*». Esta fórmula funciona, en el planteo alexyano, como parámetro de medición de la validez del derecho injusto, señalando el límite y la solución en los casos de conflicto entre seguridad jurídica y justicia.

2. El concepto finnisiano de justicia

En el capítulo III se analizaron los atributos del caso central del concepto de derecho, desarrollando por separado cada uno de ellos. En el modelo conceptual de derecho propuesto por el autor como caso central no hay una mención expresa al atributo justicia, *qua justicia*, no obstante lo cual, resulta posible afirmar que este componente se encuentra presente en el mismo. Repasando entonces este modelo conceptual, tenemos que –según Finnis– se entiende por derecho en su significado focal «aquellas reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (...) para una comunidad “completa”, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras de esas reglas guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualesquiera problemas de coordinación de la comunidad (...) para el bien común de esa comunidad...»³.

Tal afirmación implica una directa referencia al concepto de bien común, que, en el desarrollo teórico del profesor oxoniense, guarda una estrecha relación con la noción de justicia, y esta última a su turno, tiene su origen y se justifica en la perspectiva de los bienes humanos básicos.

En las líneas que siguen procuraré demostrar cómo, en el desarrollo teórico finnisiano, el concepto de justicia nace, se vincula y se justifica en el horizonte de los bienes humanos básicos, con la pretensión teórica de proyectarse sobre todas las dimensiones de la filosofía práctica. Sin embargo, pareciera que, al llegar a la dimensión jurídica, cede frente a valores de índole formal, con lo cual se advierte una tensión conceptual entre dicha perspectiva –que es de eminente carácter sustantivo y axiológico– y el aspecto metodológico de la extensión analógica de los conceptos propuesto por el autor. Por lo que, teniendo en cuenta el carácter deontológico de la teoría de Finnis y a la luz de la crítica de Alexy, al llegar al análisis de la solución finnisiana del problema de la ley injusta, se advierte un vacío teórico que resulta, o

3 NLNR, op. cit., p. 276.

bien contradictorio, o bien que ha quedado irresoluto, y que impacta en todo su sistema conceptual, lo que torna imposible el propósito implícito del mismo de identificar la perspectiva de los bienes humanos básicos como raíz y fundamento de toda la filosofía práctica.

Ahora bien, antes de proceder a este análisis, me detendré ahora en la noción de justicia y su rol en el primer nivel de la filosofía práctica: la ética, para luego analizar su proyección sobre los otros niveles.

Resulta claro que la justicia es un elemento más de la elaboración teórica del profesor Finnis, que reconoce su punto de partida en su teoría de la razón práctica. Ciertamente se podría afirmar que el autor se abstiene de conceptualizar esta exigencia, antes bien se avoca a describir la dinámica de su funcionamiento. Se trata de una noción compleja vinculada a la razonabilidad práctica, o bien, «un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio, sino también en común, en comunidad»⁴.

Haciéndose eco de la filosofía del Aquinate y partiendo de sus lineamientos fundamentales, Finnis marca la estrecha relación entre justicia y bien común, de modo que la primera no puede comprenderse acabadamente sin directa referencia a este último. Así explica que:

... la razonabilidad práctica, la directividad integral de todos los principios prácticos, dirigen no solo a través de la realización de uno sino también de una serie de conjuntos más amplios, de los cuales mi realización es en cada caso una parte constitutiva: el bien común de la realización humana como tal, y el bien común de toda comunidad, grupo o amistad, que puede ser integrada en la realización humana⁵.

En esta cita resulta fácilmente identificable el origen de la noción de justicia en la dimensión ética. Ciertamente, además de esta refe-

4 NLNR, op. cit., p. 161.

5 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., p. 118.

rencia inicial a la razonabilidad práctica, Finnis continúa explicando que se trata de una virtud en acción⁶, que el Aquinate designa con la voz «justicia general»⁷. Es decir, el concepto de justicia se origina en una disposición práctica individual, que conduce a la consideración, en el sujeto que delibera y actúa, acerca de la búsqueda de los bienes propios, cuya realización no sea incompatible con idéntica búsqueda de los bienes para otros.

Por lo que, más que un concepto, lo que Finnis intenta aportar es una explicación dinámica de la justicia, en la que, dada su complejidad, no pretende proponer un significado unívoco sino analógico, que por esa misma razón, requiere la consideración, análisis e integración de tres elementos, a saber: en primer lugar, la alteridad u orientación-hacia-otro (*other-directedness*)⁸: este elemento se justifica en el hecho de que los problemas de justicia se producen toda vez que hay pluralidad de sujetos y un problema práctico de desequilibrio o desproporción entre ellos, que es necesario resolver en términos de lo que es reconocido a unos y, correlativamente, debido por otros. En este sentido, resulta significativa la mención que hace el autor, de la afirmación de Platón según la cual, la justicia como orden del alma se convierte luego en modelo y causa de la justicia como recto orden de la sociedad⁹. Y aunque Finnis hace expresa salvedad de que no va a seguir a Platón en este punto, la sola referencia a este filósofo implica de alguna manera el reconocimiento del origen de las cuestiones de justicia en el fuero interno del individuo, esto es, en el ámbito moral. No obstante, Finnis prefiere expresar el problema en otros términos, vinculado a la dilucidación de lo que es razonable o irrazonable en la conducta humana¹⁰.

El segundo elemento que integra la noción de justicia se encuentra estrechamente relacionado con el anterior, pues en la medida en que se ha producido un problema práctico en el marco de la relación de

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*

8 *NLNR*, op. cit. p. 161

9 *Ibíd.*, *NLNR*, op. cit., p. 162, citando *La República* de Platón IV, 441c-441ª; y *passim*.

10 *ibíd.* p. 162.

alteridad, es donde surge la obligación de algún sujeto integrante de la relación respecto de otro que reclama la solución del problema. Es la idea de deber, de lo que es adeudado o debido (*debitum*) a otro, y como consecuencia, el de aquello a lo que otra persona tiene derecho¹¹. Ahora bien, así como Finnis –siguiendo a Aquino– afirma que el bien común es el objeto de la justicia general¹², en este punto (el deber-derecho) procede a identificar, como forma de especificación de aquel, las distintas formas de justicia particular. De este modo señala que:

... el objeto de la justicia particular (de ahora en adelante simplemente justicia) es el derecho/s de otra persona [ius]. Se sigue, por lo tanto, que alguien no puede respetar y promover el bien común, sin respetar o promover derechos. El respeto por los derechos es la forma específica en la cual el respeto por el bien común y el «vínculo de la sociedad humana» debe tomarse (...). Cuando Aquino dice que *ius* es el objeto de la justicia, él se refiere a que: de lo que se trata la justicia, y lo que el hacer justicia garantiza, es el derecho de otra persona o personas - lo que es debido a ellas, a lo que tienen derecho, lo que es legítimamente suyo¹³.

Finalmente, el tercer elemento integrante de la noción de justicia es el de igualdad, que según el autor también debe entenderse en un sentido analógico¹⁴, puesto que presenta múltiples formas de concreción fá-

11 *Ibíd.*

12 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., p. 133, citando a Tomás de Aquino, *STh* II-II, q. 58, a 6c.

13 *Ibíd.* p. 133: «The object of particular justice (hence-fourth simply “justice”) is the other person’s righ[t](s)[ius] It follows, therefore, that one cannot respect or promote common good without respecting and promoting rights. Respect for rights is the specific form which respect for common good and for the “bond of human society” must take (...) When Aquinas says that *ius* is the object of justice, he means: what justice is about, and what doing justice secure, is the right of some other person or persons—what is due to them, what they are entitled to, what is rightfully theirs».

14 *NLNR*, op. cit., pp. 162-163.

tica, por lo que Finnis prefiere emplear el término «proporcionalidad» como forma de designar una situación de equilibrio o balance¹⁵.

Estos tres elementos se hallaban presentes en las reflexiones teóricas de los filósofos clásicos. En efecto, es posible identificarlos tanto en la ética aristotélica, como en algunos desarrollos teóricos de los jurisconsultos romanos, y, por supuesto, particularmente, en la filosofía de Tomás de Aquino. Ellos son los que proporcionan un marco de referencia para formular un juicio de justicia, esto es, una valoración de lo que es debido a otro a fin de restablecer un equilibrio fracturado en una relación de alteridad. En otros términos, estos tres elementos son los que conducen a que la valoración que se haga en una situación fáctica determinada (*assessment*) sea un juicio de justicia y no de otra naturaleza.

2. a. Diferencias con otras concepciones contemporáneas de justicia

Con las ideas desarrolladas en el apartado precedente, el profesor oxoniense busca tomar distancia de otras concepciones teóricas sobre el problema de la justicia que han tenido lugar en el debate iusfilosófico contemporáneo, como es el caso de John Rawls. En efecto, Finnis manifiesta expresamente en *NLNR* que su teoría de la justicia no se restringe a las «instituciones básicas de la sociedad»¹⁶. Ciertamente, la objeción finnisiana es que la Teoría de la Justicia de Rawls no se limita a la consideración del problema de las leyes injustas o de

15 *Ibíd*, p. 163. Sobre este elemento en particular, Finnis destaca la necesidad de evitar un abordaje del concepto de igualdad en un sentido unívoco, evitando referirse a un valor geométrico o aritmético. Es por eso, que propone el concepto de proporcionalidad, citando a Aristóteles, quien la conceptualiza en su *Ética Nicomaquea*, proporción en la igualdad de relaciones (Aristóteles, *EN V*, 3: 1131 a31), con lo cual, lo que se pretende evitar es un concepto reduccionista y estrecho de igualdad, permitiendo su extensión a todas aquellas situaciones de hecho en las se restablezca una situación de asimetría generada por un problema práctico.

16 RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Estados Unidos, 1971, pp. 4, 7, 84.

los casos en los que hay fractura social. El núcleo de la objeción radica –según Finnis– en que Rawls no proporciona criterios sustanciales u objetivos susceptibles de poder servir de marco de referencia en la posición original. «Su [obra] *Una Teoría de la Justicia* es un gran monumento a una concepción demacrada de la teoría de la razonabilidad práctica»¹⁷, en la que se pretende que los principios fundamentales de justicia resulten establecidos en ciertas condiciones de ignorancia que tienen lugar en una situación ficticia que Rawls denomina «posición original», dónde se encuentran ubicados los participantes del juego social, quienes por unanimidad fijarán los principios de justicia-equidad (*justice as fairness*), que habrán de regir en la vida social, fuera de la posición original.

Explica Finnis que la debilidad de la teoría de la justicia de Rawls –y del concepto de justicia implicado en ella– radica en asumir injustificadamente que un principio que no es elegido en la posición original, no es un principio justo. «La teoría rawlsiana de la equidad –señala Finnis– descansa así, sobre nada más adecuado que apelar a la “prudencia” individual, en el sentido de autointerés. Una vez que esto ha sido identificado con esa base, su propia pretensión de ser una teoría de equidad se considera infundada»¹⁸.

El carácter demacrado (*emaciated*) de su construcción teórica procede del dato de que no hay un reconocimiento del bien inteligible, propiciando la posibilidad de formular criterios basados en el autointerés o calculo egoísta, y con ello dejando abierta la posibilidad para que la noción de justicia se vuelva un concepto instrumental al servicio de intereses particulares o sectarios. En este sentido, señala Miguel Ángel Rodilla que «la Teoría de Rawls ni siquiera como teoría de la justicia pretende ser completa. Su propósito es defender una concepción de la justicia aplicable a un caso especial, a saber: a lo que él mismo denomina “la estructura básica de la sociedad”»¹⁹.

17 FINNIS, J., «Law’s Authority and Social Theory’s Predicament», en *CEJF IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 57.

18 FINNIS, J., «Law’s Authority and the Social Predicament», op. cit. p. 58.

19 RODILLA, Miguel Ángel, presentación a la traducción de obra de John Rawls, *Justicia como Equidad*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 12. En efecto, este autor señala que Rawls

También se distancia de la teoría de la justicia de Aristóteles, calificándola de restringida, puesto que el Estagirita, al parecer, circunscribe el concepto a las relaciones que tendrían lugar entre hombres iguales, maduros y libres en la comunidad política²⁰. En relación con esto último, cabe recordar que Aristóteles formula un distingo entre justicia propiamente dicha y justicia por analogía. La primera es aquella a la que se refiere Finnis, en la que la justicia solo se predica respecto de relaciones que tienen lugar entre ciudadanos de la *polis*; y justicia por analogía, que es la que se predica respecto de individuos cuya relación es asimétrica, tal como ocurriría en el caso de los padres e hijos, o de los amos y los esclavos²¹.

Por último, el autor toma distancia, asimismo, de la noción de justicia desarrollada por su maestro Herbert L. A. Hart, quien se objeta el sostenimiento de una visión también reduccionista del concepto en cuestión, puesto que la concepción de justicia hartiana, desarrollada en su obra principal *The Concept of Law*²², pareciera quedar reducida solamente a aquello que pueda derivarse del principio de que se debe «tratar de manera semejante los casos semejantes y de la manera diferente los casos diferentes»²³, siendo esta regla la que marca el horizonte para la solución de vicisitudes propias de la convivencia social.

es consciente de que su teoría de la justicia como teoría de la elección racional podría interpretarse, equivocada e injustificadamente, «como si apuntase a un programa filosófico reduccionista que pretendiera reducir la moralidad a una forma de racionalidad prudencial o estratégica». Lo que Rawls procura, en sus últimos escritos, es armonizar, en la «posición original», lo racional con lo razonable. Rodilla cita dos textos en los que Rawls rebate esta interpretación de su teoría. Cf. RAWLS, J. «Justice as Fairness: Political, not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs*, 14, 237, 1985; «The Basic Liberties and Their Priority» en S. MacMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol III, Utah Univ. Press, Salt Lake City/Cambridge, 21, 1982 (RODILLA, Miguel Ángel, «Coherencia, Contrato, Consenso. La estructura argumental de la teoría de la justicia de J. Rawls», inédito, 8, n. 11)

20 NLNR, op. cit., p. 163, citando a Aristóteles, *Et. Nic.* V, 6:1134 a25-b17.

21 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, (trad. José Luis Calvo Martínez), Alianza, Madrid, 2002, pp. 167-8.

22 HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

23 NLNR, op. cit., 163.

Ciertamente, lo que Finnis impugna de la concepción hartiana de justicia es la explicación de la misma en términos de equidad solo como criterio de distribución de cargas y beneficios entre participantes de un determinado grupo social, en cuyo núcleo Hart identifica las características distintivas de la justicia y su relación con el concepto de derecho²⁴. En otras palabras, el concepto hartiano de equidad (fairness), se restringe solo a considerar la justicia distributiva.

Por el contrario, Finnis propone un concepto más amplio y, partiendo de los tres elementos antes aludidos, pretende explicar la justicia en términos de comportamiento «razonable» en el amplio espectro de las interacciones humanas. No obstante, la materia de la justicia no es extensible a cualquier comportamiento razonable, sino solo a aquellos por medio de los cuales se tienda a evitar un mal, agravio o

24 HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, op. cit., p. 197. En este sentido Hart, siendo fiel con la tradición analítica a la cual pertenece, pareciera encontrarse con que el concepto de justicia adolece de cierta ambigüedad y vaguedad, dada su carga semántica emotiva. De modo que para poder hacerla extensible al derecho, resulta necesario su identificación con alguna noción de índole más rigurosa susceptible de ser aplicada a los problemas que el derecho viene a resolver. Así, la equidad aparece como un criterio de distribución –o, en palabras de Hart, «participación»– de cargas y beneficios entre clases de individuos, o bien, cuando se producen situaciones en las que se requiere algún tipo de reparación o compensación. «Estas son –explica Hart– aplicaciones derivadas; son explicables una vez que se entiende la aplicación primaria de justicia a cuestiones de distribución y compensación. (...) Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un *equilibrio o proporción*, y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: “tratar los casos semejantes de la misma manera”, aunque es necesario añadir “y tratar los casos diferentes de manera diferente”» (Cfr. *El concepto del derecho*, op. cit. p. 198). No obstante, el mismo Hart a pesar de reconocer en este principio un elemento central de la idea de justicia, admite asimismo, su carácter insuficiente e incompleto, puesto que impone la tarea de determinar qué semejanzas y qué diferencias son relevantes entre seres humanos: «Sin este suplemento, no podemos criticar normas jurídicas u otras estructuras sociales como injustas (...) Hay por lo tanto una cierta complejidad en la estructura de la idea de justicia. Podemos decir que consiste en dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto “tratar los casos semejantes de la misma manera”, y un criterio cambiante o variable, usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes». (Cfr. *El concepto del derecho*, op. cit. p. 199).

perjuicio (*for avoiding of a wrong*)²⁵. Teniendo en cuenta este extremo, el profesor de Oxford explica que lo justo en estos términos, no se refiere a una única forma de evitar el mal, sino que se identifica con una forma de evitar algo que según la razón no debe ser o hacerse en un campo relevante²⁶. En otras palabras, el autor parte de la premisa según la cual no hay un único modo de hacer justicia, y a través de ella justificará también la necesidad de la autoridad.

Así, Finnis se propone abordar la justicia en un sentido amplio, procurando proporcionar una explicación omnicomprendensiva de todos los aspectos implicados en el problema, superando de este modo los reduccionismos en que han incurrido otros abordajes. Solo así podrá asignársele al concepto la suficiente precisión para ser útil en un análisis de la razonabilidad práctica que, en el ámbito social, se extiende al análisis de los derechos (*rights*), la autoridad, el derecho (*law*), y la obligación²⁷. En efecto, se advierte particularmente en este punto, la intención del autor de desarrollar una noción de justicia que sea susceptible de atravesar transversalmente todos los elementos que componen el caso central del concepto de derecho.

Sobre esta base y con este propósito distingue, en *NLNR*, entre (i) justicia general, que define en términos de cualidad de carácter, y que, en su sentido general, consiste siempre en una «voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades, y la teoría de la justicia es, en todas sus partes, la teoría de lo que en líneas generales se requiere para ese bien común»²⁸. Esta noción incluye las nociones técnicas de bien común y de las distintas exigencias de la razonabilidad práctica, que son las que permiten su distinción con la concepción aristotélica de justicia legal, aunque se identifica con esta última en lo referente a la subordinación a las leyes del estado; (ii) justicia distributiva, que se presenta como una forma de concreción del bien común según del principio contenido en la noción anterior, y que

25 *NLNR*, op. cit., p. 162.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.* pp. 163-164.

28 *Ibid.*, p. 165.

lógicamente se vincula con los repartos de cargas y beneficios sociales. Así, «una disposición es *distributivamente justa* si es una solución razonable a un problema que consiste en asignar algún objeto que es esencialmente común pero que necesita (a favor del común) que se asigne a individuos particulares»²⁹.

Ahora bien, esta asignación requiere la selección de un criterio sobre el cual determinar la razonabilidad de las atribuciones a ciertos individuos en aras de la consecución del bien común. Finnis considera con relación a este punto, que la igualdad si bien es un elemento fundamental de la noción de justicia, lo cierto es que en materia de justicia distributiva tiene un carácter residual, puesto ya ha sido superado por otros criterios más relevantes. La identificación lisa y llana de la justicia con el criterio de la igualdad que desconoce la finalidad propia de la justicia que es el bien común. En consecuencia, teniendo en cuenta que la plena realización de los bienes humanos –en cuanto a condición necesaria para la promoción del bien común– es indefinidamente multifacética³⁰. De ahí que el autor considere que no hay un criterio universalmente aplicable a la resolución de los problemas de justicia distributiva. Por tanto, será necesario incluir otros elementos como criterios de distribución, entre los cuales Finnis menciona la *función* (roles o responsabilidades en la comunidad), la *capacidad* (respecto de roles en empresas comunes y oportunidades para el progreso individual) y, por último, *méritos y aportes*, derivados del sacrificio personal y la habilidad³¹.

Finalmente, Finnis reserva, con un sentido amplio y residual, (iii) la expresión de justicia conmutativa, que designa toda la amplia gama de relaciones que se pueden dar entre particulares, en las cuales no media una finalidad común (como sería el caso de una empresa), ni tampoco se plantea distribución (ya sea por propietarios públicos y privados) de un acervo común, pero en los que puede plantearse la cuestión de qué es lo adecuado, equitativo o justo entre las partes de

29 *Ibíd.*, p. 166.

30 *Ibíd.*, p. 174.

31 *Ibíd.*, p. 175.

la relación³². Asimismo, Finnis destaca en su caracterización de la justicia conmutativa, que los integrantes de las relaciones entre quienes se resuelven los problemas de equidad pueden entablarse tanto entre individuos particulares como entre funcionarios públicos. Se advierte entonces, que el profesor oxoniense parte del esquema de justicia tripartito propuesto por los autores clásicos, pero no sin formular reservas, las cuales fundamenta en una errónea comprensión de las tesis de Aristóteles y de Tomás de Aquino sobre la cuestión por parte de sus comentaristas renacentistas. Fundamentalmente se opone a la interpretación que le asignó a partir de los comentarios a la *Suma Teológica* por parte del cardenal Cayetano, durante el S XVI.

En particular, la principal reserva que Finnis formula al esquema clásico tripartito consiste en la exclusión de la clasificación de la categoría de «justicia general o legal». Ello en virtud de que Aquinate la refiere en términos genéricos, como la forma fundamental de toda justicia, la base de todas las obligaciones, distributivas o conmutativas; pues es el deber subyacente de respetar y promover el bien común³³. De modo que no se trataría de una especie distinta de las otras dos, sino de una disposición del carácter y de la voluntad, que en cierto modo se vincula con la versión tomista de la definición de Aristóteles de justicia como virtud o «disposición del espíritu (*habitus*) por el que con constante y perpetua voluntad se atribuye su derecho a cada uno»³⁴ y que, por esa misma razón, es comprensiva tanto de la justicia distributiva como de la justicia conmutativa.

Respecto de esta última tipología, Finnis considera que no corresponde conceptualizar las formas de la justicia, ni diferenciarlas por aquello que se refiere al objeto y a los sujetos propios de cada una, es decir, ni los sujetos de la justicia distributiva son exclusivamente el estado y los funcionarios actuando en su calidad de tales, ni las cuestiones de justicia conmutativa conciernen exclusivamente a los particulares. Por el contrario, «cualquiera que esté a cargo de una parte

32 NLNR, op. cit., p. 178.

33 Ibid., p. 186.

34 TOMÁS DE AQUINO, *Summa Teologica*, II-II, q. 58, a. 1.

del acervo común tendrá deberes de justicia distributiva; de aquí que cualquier propietario puede tener tales deberes, pues los bienes de esta tierra han de ser explotados y utilizados por el bien de todos»³⁵; y a su vez, «el estado y los funcionarios tienen deberes de justicia conmutativa para con los súbditos del Estado; el castigo, por ejemplo, es fundamental, aunque no exclusivamente una cuestión de justicia conmutativa»³⁶. Más aún, Finnis afirma que esta es la auténtica postura del Aquinate sobre la cuestión de la justicia.

2. b. ¿Cómo queda entonces la teoría de la justicia de Finnis?

1. Como ya se ha expresado, la noción de justicia finniana es un concepto complejo cuya correcta comprensión requiere transitar un proceso que se origina en el nivel de la ética y en el que intervienen los elementos referenciados al comienzo de este apartado, a saber: la alteridad, la idea de deber o de lo que es debido a otro y la idea de igualdad.

2. Con estos elementos y teniendo en cuenta la forma en que interactúan, Finnis elabora un esquema teórico en el que distingue tres tipos de justicia: justicia general, justicia distributiva y justicia conmutativa. En el caso de la justicia general, estamos en presencia de una disposición de la voluntad sobre la forma en que debe desenvolverse el comportamiento, orientada hacia el principio práctico que prescribe promover el bien común en las relaciones de alteridad. Se evidencia allí una proyección en el intelecto del agente que trasciende las fronteras de su individualidad, hacia la idea de otro, hacia las relaciones de alteridad. Se trata de un elemento subjetivo que se origina en una actitud y se manifiesta en una voluntad constante, hábito o virtud.

3. Asimismo, la justicia en cuanto exigencia de la razonabilidad práctica sigue la misma regla que el resto de ellas: esto es, es una forma de especificación del primer principio práctico de la moral que obliga

35 *NLNR*, p. 186.

36 *Ibid.* p. 186 citando *STh*, II-II, q. 62, a. 3c; q. 80, a. un. ad. 1; q. 108, a. 2 ad. 1.

a respetar y promover el pleno desarrollo humano. Por tanto, el hecho de actuar con miras al bien común implica el seguimiento de un principio de moralidad. Sin embargo, cabe destacar que Finnis se abstiene de calificar a la justicia como una virtud. Más bien la considera como una consecuencia del correcto accionar en las relaciones de alteridad. Lo que exige la justicia no se discierne por medio de la reflexión acerca de nuestro propio carácter, sino analizando de qué modo podemos establecer o asegurar una relación de proporcionalidad y equilibrio razonable en nuestra relación respecto del otro³⁷.

4. Sin embargo, esta sola disposición del carácter es por sí sola insuficiente para poder promover y asegurar efectivamente el bien común en la vida comunitaria, por lo que se hace necesaria su especificación en actos de justicia particular, asumiendo una forma o bien distributiva, o bien conmutativa o rectificadora.

Autores como Charles Covell han sostenido que «Finnis, a diferencia de Rawls y de Dworkin, no se ocupa, en principio, del concepto de justicia en su aplicación a la estructura institucional y económica de la sociedad política»³⁸. No obstante, esta afirmación es bastante objetable, toda vez que Finnis vincula conceptualmente las exigencias de la razonabilidad práctica –dentro de las cuales inscribe a la justicia– con la noción de bien común. Y a su vez postula, en su formulación sobre el significado focal del concepto de derecho, la virtualidad del mismo de coordinar la acción comunitaria, fijando como horizonte de esa coordinación al bien común social. Este último debe entenderse en términos de posibilidad de acceso a bienes humanos básicos por parte de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, de ahí su carácter instrumental. A su turno, y dada la imposibilidad de lograr la

37 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit. p. 188.

38 COVELL, Charles, *The Defense of Natural Law. A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, The Macmillan Press, Londres, 1992, p. 208. Más aún, «De hecho [Finnis] asume que la justicia es un atributo específico o cualidad del carácter personal, que se expresa en la disposición práctica del ciudadano virtuoso. De acuerdo a ello trata de derivar los principios de justicia de la exigencia de razonabilidad práctica de promover los bienes públicos en la comunidad política».

unanimidad en la toma de decisiones respecto de las distintas formas de coordinar la acción comunitaria, se explica la aparición de la autoridad política en el esquema, y finalmente, se explica la aparición del derecho como expresión de aquella.

Como se puede apreciar, en todo el esquema se encuentra presente la exigencia de la razonabilidad práctica en la búsqueda y promoción del bien común.

Recapitulando, la conceptualización de la justicia general en términos de exigencia de la razonabilidad práctica vinculada al principio práctico de búsqueda y promoción del bien común, atraviesa un proceso de concreción hacia actos de distribución o bien de compensación que pueden materializar tanto el Estado como los particulares. La noción de justicia se presenta, en un nivel teórico, como una herramienta útil para la solución de problemas prácticos en el ámbito de lo comunitario. Pero no tiene su punto de partida en igual ámbito, sino que se origina en el plano individual, a nivel ético, en la medida en que se desarrolla en el sujeto la percepción de la necesidad de que los bienes humanos que procura para sí, sean buenos también para sus semejantes. En otras palabras, la noción de justicia finnisiana se origina como una exigencia de la razonabilidad práctica y emprende un tránsito desde ese nivel individual hacia el nivel social, que culmina en la justificación de la autoridad (el Estado) y el derecho.

En todo caso, se puede afirmar sin mayores dificultades que Finnis ha elaborado su teoría de la ley natural, que no es otra cosa de que una teoría de los bienes humanos básicos, buscando y construyendo intencionadamente nociones que puedan atravesar transversalmente todo el proceso de razonabilidad práctica desde la acción humana individual hasta la comunitaria, que le permitan, de este modo, explicar el carácter teleológico de toda la estructura institucional de la sociedad.

Esta intención es la que teóricamente hace tan problemática su teoría jurídica del derecho a la hora de analizar el problema de la ley injusta, lo cual será desarrollado en el próximo acápite.

3. El tratamiento de la ley injusta en la teoría jurídica finnisiana

Si atinamos a abordar la teoría jurídica finnisiana como el culmen de un intento de elaboración de una teoría de derecho natural con base en la perspectiva de los bienes humanos básicos, se advierte que Finnis no ha sido muy coherente con su propia propuesta teórica en el tópico referente al problema de la ley injusta.

La objeción de Robert Alexy sobre el particular resulta muy elocuente en este sentido, puesto que pone en evidencia la inconsistencia teórica reflexionar deónticamente sobre el derecho para luego no proyectar los efectos de tal reflexión sobre las cuestiones más álgidas que se plantean en el ámbito del debate iusfilosófico contemporáneo.

En este sentido, el planteo más relevante que surge como consecuencia de la crítica se vincula con el estatuto que cabe adscribir al derecho injusto. Sobre el tema, Alexy entiende, que en la medida en que el derecho entraña una pretensión de corrección –lo que análogamente podría calificarse como razonabilidad en términos finnisianos– toda injusticia severa de una regla de derecho hace de la misma una mera expresión arbitraria de poder (*naked power relations*), carente de toda justificación, de lo que se sigue la pérdida de todo *status* verdaderamente jurídico. A su turno, resulta necesario formular la aclaración de que no cualquier injusticia es susceptible de producir este efecto. Ciertamente Alexy no cree que cualquier caso de injusticia legal deba necesariamente acarrear la pérdida de validez o de carácter jurídico –con lo cual reconoce en ciertos casos la necesidad de prevalencia del valor certeza legal por sobre la corrección moral o justicia– sino que fija como parámetro de determinación el caso de la injusticia extrema, siendo esta última pasible de ser definida en términos de violación grave a derechos humanos fundamentales.

En el caso de Finnis, la solución propuesta es distinta. Amparándose en su propia metodología, el profesor de Oxford no se posiciona frente a los supuestos de injusticia extrema de reglas de derecho negando el *status* jurídico de las mismas, sino que se limita a atribuirles un

carácter diluido, corrupto o defectuoso³⁹, empleando como marco de referencia un modelo conceptual (caso central) que incluya todos los elementos teóricamente necesarios para poder reflexionar sobre el fenómeno en cuestión en una situación ideal. De modo que, aun en los casos de injusticia extrema del derecho, todavía permanecen activos algunos resortes o dispositivos técnicos de tipo formal que funcionan en el interior del sistema y que permiten atribuir a la regla viciada de injusticia, cierta «validez intrasistemática», aunque en un nivel fáctico cese la obligación moral de obedecerla. En *NLNR* esta tesis es categórica. Todo esto ya ha sido objeto de desarrollo en el capítulo III, en el que se dio tratamiento a la tipología de leyes injustas elaborada por el profesor de Oxford, así como también el estudio del cual es –según el autor– el sentido y alcance preciso que hay que asignarle a la máxima *lex iniusta non est lex*.

La razón por la cual resulta particularmente problemática la tesis finnisiana de la validez intrasistemática del derecho injusto radica por un lado, en la superficialidad y brevedad con que trata la cuestión, puesto que evita referirse a la innumerable multiplicidad de situaciones fácticas que se encuentran implicadas en la cuestión; y por otro lado, la solución propuesta en caso de derecho inicuo es, al fin y al cabo, idéntica en sus consecuencias a la propuesta por los representantes más salientes de la jurisprudencia analítica, y en particular, de su maestro y predecesor, Herbert. L. A. Hart. En efecto, este último autor sostiene que nada se gana en el estudio teórico o científico del derecho como fenómeno social adoptando el concepto más restringido⁴⁰, esto

39 En *NLNR* Finnis emplea la expresión de *whatered-down versions*, (p. 11), empleando la metáfora del agua ya utilizada por Aristóteles (Sobre el particular, véase *Aquinas. Moral Political and Legal Theory*, op. cit. p. 42, nota 76).

40 HART, H. L. A., *The concept of Law*, trad. GENARO CARRIÓ, *El concepto del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, reimpresión 1992, pp. 258-259. Respecto de la posibilidad de ampliar el estudio científico del derecho (fundamentalmente en lo que se refiere a su conceptualización en el marco de la ciencia del derecho) explica Hart que «ello nos llevaría a excluir ciertas reglas aun cuando exhiban todas las otras complejas características del derecho. Nada, por cierto, sino confusión resultaría de la propuesta de dejar a otra disciplina el estudio de tales reglas, y ciertamente ni la historia ni otros

es, aquel que se circunscribe solo al derecho moralmente correcto.

A su turno, en la primera parte del capítulo, se advierte cierta pretensión de Finnis de restar relevancia, en el marco de la teoría del derecho natural, al posible conflicto que pueda surgir entre el derecho positivo (*posited*) y su contenido gravemente injusto. «La principal preocupación de una teoría de la ley natural –escribe el iusfilósofo– es explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien de los seres humanos, quienes, porque viven en comunidad, enfrentan problemas de justicia y derechos, de autoridad, derecho y obligación»⁴¹. Sin embargo, esta afirmación, si se analiza en sus implicancias teóricas, resulta bastante contradictoria con la afirmación inmediatamente posterior, en la que señala como preocupación principal de la teoría del derecho natural (desde la órbita de la teoría del derecho) «la identificación de principios y límites al imperio del derecho, y el encontrar formas en que las leyes razonables con toda su positividad y mutabilidad, han de ser derivadas (...) de principios inmutables –principios que reciben su fuerza de su razonabilidad, no de cualesquiera actos o acontecimientos originantes»⁴².

Más aún, en la réplica a Alexy, Finnis enfatiza que más fructífero que analizar conceptualmente una determinada realidad, es reflexionar y argumentar sobre casos centrales de esa realidad, en los cuales hay que considerar «las principales formas de bienestar humano intrínseco y de miseria –en otras palabras, de necesidades característicamente humanas– y de clases de opciones (y así, clases de prácticas o instituciones) inteligibles y razonablemente sensibles a esas necesi-

estudios jurídicos han considerado provechoso hacerlo. Si adoptamos el concepto de derecho más amplio podemos ubicar dentro de él el estudio de cualquier característica especial que tengan las reglas moralmente inicuas, y de la reacción de la sociedad frente a ellas. Por ello es que el uso del concepto más restringido tiene que dividir aquí –de una manera confusa– nuestro esfuerzo por comprender el desarrollo y las potencialidades del método específico de control social consistente en un sistema de reglas primarias y secundarias. El estudio de su uso implica el estudio de su abuso».

41 FINNIS, J., *NLNR*, op. cit., p. 352.

42 *Ibid.*

dades»⁴³. Con lo cual, nuevamente evita referirse a las implicancias de incluir en el concepto de derecho al derecho gravemente injusto.

Ciertamente, si los referidos textos se interpretan en un sentido literal, no se comprende bien cómo es posible concretar las preocupaciones de la teoría de la ley natural en lo referente a su proyección sobre el derecho positivo, en especial si, frente a la eventual tensión entre ambos, prevalece un criterio formalista más que sustancialista para la solución del mismo. ¿Cómo se puede conciliar la pretensión de razonabilidad de un derecho positivo cuya fuerza normativa reside en su derivación de principios inmutables y luego afirmar la validez intrasistemática de normas cuyo contenido es moralmente tan repugnante, que sostener su validez equivaldría a renunciar a la pretensión de razonabilidad? Y, finalmente, ¿se identifica en Finnis la pretensión de razonabilidad con la pretensión de corrección moral de Alexy?

De lo expuesto se advierte, en una primera aproximación –y tal como surge de la crítica de Alexy– que la solución finnisiana al problema de la ley injusta se acerca más a un positivismo moderado, en el cual el método de la analogía que Finnis adopta y califica como idóneo y adecuado para el abordaje integral de las ciencias humano-prácticas, se convierte en esta instancia en una herramienta para justificar erróneamente (irracionalmente) el carácter jurídico de reglas de contenido gravemente inicuo. Como consecuencia, al autor no le queda más remedio que negar la pretensión de corrección o de obligatoriedad moral del derecho, con lo cual se desdibuja –teóricamente– aquella intención originaria de que las normas jurídicas sean el resultado de un proceso de conclusión y determinación de normas morales, las cuales a su vez se determinan a partir de los primeros principios de la razón práctica, sobre la base de la evidencia de los bienes humanos básicos.

En otras palabras, sin negar la utilidad de la analogía para el abordaje de las ciencias humano-prácticas, se advierte que su aplicación ilimitada conduce a soluciones en el ámbito de la teoría del derecho

43 FINNIS, John, «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"», op. cit., p. 93.

que son incompatibles con toda pretensión de elaboración de una teoría del derecho natural⁴⁴. En este punto, al continuar admitiendo la validez jurídica de reglas de contenido gravemente injusto, pareciera que el profesor de Oxford traiciona su propia elaboración teórica en torno a la dinámica de la razón práctica, la identificación de reglas de derecho natural, y su concepción de derecho positivo como resultante un proceso de determinación práctica de aquellas. Esta es la solución que aparece patente en *NLNR*. Sin embargo, esta postura de Finnis no resulta tan clara en otros de sus escritos, en los cuales pareciera evidenciarse cierto reconocimiento –aunque no de las impugnaciones de sus detractores– de haber incurrido en inconsistencias teoréticas que requieren una definición ordenada.

Fundamentalmente, el concepto más problemático que se identifica en este nivel es el de validez intrasistemática, en el cual pareciera evidenciarse: (i) o bien que el autor estudiado no ha tenido en cuenta la totalidad de las implicancias de una aplicación ilimitada del método analógico, con el consiguiente riesgo de tener que renunciar a la pretensión de razonabilidad que justifica la propuesta de elaborar una teoría del derecho natural destinada a proyectarse en la dimensión

44 Esta es la razón por la que muchos han terminado incluyendo a Finnis dentro de los representantes de iuspositivismo, a la par de Hart y Raz, puesto que al fin y al cabo, el estudio del llamado «caso central» del derecho tiene por objeto una práctica social consistente en reglas e institutos dirigidos a fijar parámetros de vigencia y eficacia de reglas, siendo este el analogado principal. Con ello se distancia de otras teorías iunaturalistas, en las cuales el analogado principal está constituido por la virtud de la justicia, y el derecho no es más que su objeto. Un análisis interesante sobre el punto lo ofrece: POPOVIC, Petar, «The concept of <<Right>> and the Focal Point of Juricity in Debate between Villey, Tierney, Finnis and Hervada», en *Persona y Derecho*, Vol. 78, 2018, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 65-103.

En este sentido, señala Santiago Legarre que Jueces y abogados, los principales protagonistas de esa práctica social convencionalmente denominada «derecho», usan este término para referirse a dichas reglas e instituciones, que tienen una realidad significativamente distinta de otras prácticas como la moral, para la que reservan –no casualmente– una denominación diversa. (Véase, LEGARRE, Santiago, «El concepto del derecho en John Finnis», en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, pp. 65-87.)

fáctico social; (ii) o bien, que el concepto de derecho de Finnis sigue siendo un concepto esencialmente formalista, cuya esencia se determina más por su fuente autoritativa y de funcionamiento de dispositivos técnicos, que por el contenido axiótico de las reglas integrantes del sistema.

A continuación, se procederá a explorar otros escritos del profesor de Oxford, en los cuales también se ha pronunciado sobre la cuestión de la validez o no de reglas de contenido injusto.

3. a. El problema de la ley injusta en otros escritos de Finnis

Ya se anticipó previamente el carácter contundente de la tesis finnisiana en torno a la posibilidad de validez intrasistemática de reglas de contenido injusto en *NLNR*. No obstante, en escritos posteriores pareciera observarse que la posición en torno al tema se ha ido matizando con el transcurso del tiempo.

Ante todo, y en el intento de encontrar una explicación no reduccionista del derecho Finnis sostiene en *CEJF IV* que «el complejo problema de definir el derecho, no puede ser resuelto por medio de cualquier técnica puramente analítica, aspirando a ser neutral y conceptualmente previa a la toma de posiciones sustantivas sobre cuestiones disputadas, por ejemplo, los órdenes naturales y morales»⁴⁵. En consecuencia, el profesor oxoniense propone y justifica el método de la analogía, ya empleado eficazmente por filósofos clásicos como Aristóteles primero, y Tomás de Aquino después, en el que la calificación las de realidades en *simpliciter* o *secundum quid*, implica ya un posicionamiento axiológico previo con el cual confrontar la realidad que se constituye en objeto de estudio.

En esta lógica, entiende Finnis que debe ser definido el derecho, por lo que, con relación al problema del derecho injusto se vuelve a pronunciar en favor de su inclusión del mismo en el concepto de de-

45 FINNIS, J., «Legal Philosophy: Roots and Recent Themes», en *CEJF IV. Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 168.

recho, y lo que califica como pobre espécimen de sistema jurídico⁴⁶. Seguidamente –y a pesar de que en otros escritos lo niega– Finnis hace explícita la pretensión de razonabilidad en la tarea de conceptualización del derecho, señalando que:

...debe tenerse en cuenta que tal tesis depende de una premisa mayor y ampliamente disputada acerca de que lo que cuenta como caso central o puro espécimen de la materia, por ejemplo, de la filosofía social, se resuelve por referencia a preocupaciones evaluativas, no de «malos ciudadanos», preocupados solamente en evitar sanciones (...) ni de jueces u otros funcionarios moralmente despreocupados (...), sino más bien de gente que entiende, acepta y promueve el derecho como una respuesta moralmente motivada y justificada al mal y a las injusticias de las relaciones humanas jurídicamente no reguladas⁴⁷.

Lo que se infiere de la cita es que, en el marco de la reflexión filosófica, la conceptualización del derecho en términos modélicos o ideales se efectúa por quienes tienen la convicción moral de que el derecho es la forma de responder a situaciones de injusticia. En otras palabras, afirmar que el derecho es una respuesta moralmente motivada y justificada de evitar el mal y la injusticia, equivale a incorporar al derecho como una instancia del proceso de racionalidad práctica, en el cual el derecho se presenta como herramienta eficaz para la coordinación de la acción comunitaria con miras al bien común. Esto es ratificado más adelante, cuando el autor sitúa las cuestiones definicionales en el orden de la lógica. En este punto, reflexionar sobre la conceptualización

46 *Ibíd.*

47 *Ibíd.*, p. 168: «But note: such a thesis depends on the further, widely disputed premise that what counts as the central case or fine specimen of a subject-matter of social, for example, philosophy is settled by reference to the evaluative concerns not of 'bad citizens' concerned only to avoid sanctions (as Maerican legal realists proposed) nor of morally unconcerned judges or other officers as such (...) but rather of people who understand, accept and promote law as a morally motivated and justified response to the evil and injustices of legally unregulated human relationships».

del derecho en términos de caso central se encuentra estrechamente unido –según el mismo concepto de caso central proporcionado por Finnis– a la idea de bien común.

Un poco más adelante, agrega Finnis que –en la tarea de conceptualizar el derecho– es necesario en cierta medida comprometerse en la reflexión sobre el orden moral⁴⁸.

Por último, el autor se interroga sobre los fines que deben orientar al derecho:

¿Es el derecho iluminadoramente considerado como un instrumento de control social, cualesquiera sean los propósitos de los controladores? ¿O tal interpretación hace que gran parte del vocabulario y la lógica del derecho sean ininteligibles? (...). Como tales fallas poderosamente sugieren, la normatividad del razonamiento práctico y de las normas jurídicas no es reducible a la normatividad de la lógica, sino que descansa sobre la necesidad de medios para el respeto por los fines básicos (bienes humanos básicos, razones básicas para la acción)⁴⁹.

En los textos expuestos hasta aquí se evidencia con claridad una explícita pretensión de racionalidad en la tarea de reflexionar –y más aún, de conceptualizar– teóricamente sobre el derecho. Se aprecia una intención manifiesta del autor de definir deontológicamente al derecho, esto es, en términos de lo que el mismo *debe ser*, o bien de los fines a los que debe responder.

En otro de sus escritos, el autor vuelve a ratificar la pretensión de razonabilidad en el derecho. Comentando la filosofía jurídica de Hart, Finnis reconoce expresamente que en un nivel fáctico es posible en-

48 *Ibíd.* P. 169.

49 Is law most illuminatingly regarded as an instrument of social control, whatever the controllers' purposes? Or does such an interpretation renders much of the law's vocabulary and logic unintelligible? (...) As such failures powerfully suggest, the normativity of practical reasoning and legal norms is not reducible to logic's normativity, but rests on the necessity of means to or respect for basic ends (basic human goods, basic reasons for action).

contrar de reglas o sistemas de contenido injusto, en las que se podría predicar la evidente falta de conexión entre derecho y razonabilidad, justicia o moral. Pese a esta realidad fáctica, agrega que:

... es una cuestión de razón práctica, que leyes y sistemas jurídicos irrazonables (y, por tanto, injustos e inmorales) no son lo que estamos buscando entender cuando investigamos las razones que hay para crear y mantener el derecho y los sistemas jurídicos, y qué aspectos son esenciales para que el derecho y los sistemas jurídicos sean esenciales –o dignos de aceptación– y dan derecho a la obediencia o conformidad de la gente razonable⁵⁰.

En otras palabras, siempre el derecho y los legisladores (*law-makers*) deben ofrecer sistemáticamente a sus destinatarios razones morales para su cumplimiento. En la nota a tal aseveración, el iusfilósofo explica que solo está discutiendo el caso de reglas o normas de obligación-imposición, dejando a un lado (a) reglas o normas que confieren poderes y (b) la cuestión de la obligación moral colateral (para no desafiar el derecho positivo) que puede subsistir en algunas instancias de leyes tan injustas que su validez legal es privada de la vinculación moral que, presuntiva y derrotablemente, habría tenido de otra forma⁵¹.

En estos pasajes el autor se propone objetar la forma en que Hart concibe el llamado punto de vista interno, ya que, si bien media una expresa declaración en favor de dicha categoría teórica en términos de aceptación de las reglas como estándares comunes en un grupo y que, en consecuencia, suministran razones para la acción, deja no obstante un vacío respecto de aquellas que se caracterizan por ser de contenido moral, (*statements of value*, en palabras de Finnis). En ello se evidencia la abstinencia de Hart de comprometerse con el reconocimiento de alguna dimensión axiológica en su abordaje metodológico explicativo de las causas de la obediencia al derecho. Para Finnis lo objetable del

50 FINNIS, J., «On Hart's Way: Law as reason and as a Fact», en *CEJF IV. Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 242.

51 *Ibid.*, p. 242.

aspecto metodológico del punto de vista interno hartiano reside precisamente en la falta de vinculación con algún criterio sustantivo, con lo cual el profesor de Oxford se distancia de Hart sosteniendo que el mismo se explica y justifica por su necesaria referencia a bienes humanos inteligibles.

Tratar de entender el punto de vista interno –escribe el profesor oxoniense– no tiene sentido como método en la teoría social a menos que sea concebido como tratando de entender bienes inteligibles, las razones para la acción, que estuvieron, están y estarán disponibles para cualquier persona actuante, cualquiera que sea capaz de deliberación o de respuesta espontáneamente inteligente a oportunidades. Una vez que esas razones son entendidas (...) los teóricos están equipados para entender las innumerables formas en las cuales las prácticas de individuos o grupos pueden, hacen y sin duda responden, razonable o más o menos irrazonablemente, en las siempre variables pero no aleatorias circunstancias de la existencia humana⁵².

Ahora bien, esta objeción hace explícito el reconocimiento, por parte de Finnis, respecto de la necesidad admitir que la conceptualización del fenómeno jurídico supone e implica que ella debe llevarse a cabo sobre la base de criterios de razonabilidad, en la que los mandatos autoritativos resulten aceptados por sus destinatarios, no solo por el hecho de que provienen de una autoridad legítimamente constituida según su fuente, sino también por el hecho de que su contenido se encuentra adecuado a las exigencias de la razonabilidad práctica. A esta declaración de valor (*statements of value*) el profesor Finnis le asigna en forma expresa el calificativo de «dimensión»⁵³ y bien podría

52 FINNIS, J., «On Hart's Way: Law as a reason and as a Fact», *EN CEJF IV, Philosophy of Law*, op. cit. p. 255.

53 *Ibid.* p. 246. «Trying to understand the internal point of view makes, I would say, no sense as a method in social theory unless it is conceived as trying to understand the intelligible goods, the reasons for action, the were, are and will be available to any acting person, anyone capable of deliberation or of spontaneously intelligent response

compatibilizarse con la categoría alexiana de «dimensión ideal del derecho». Por tanto, la pretensión finnisiana de razonabilidad también resultaría compatible con la pretensión de corrección moral del derecho formulada por Alexy.

De donde se sigue que la pretensión de razonabilidad en la conceptualización y reflexión del derecho, fundamentalmente en la definición del caso central, es un componente presente en toda la filosofía jurídica finnisina. En consecuencia, no se comprende bien por qué el autor sigue acordando carácter jurídico a actos autoritativos cuyo contenido es tan inmoral o tan injusto que destruye la pretensión de razonabilidad, de modo tal que ni siquiera se le puede adscribir al acto, regla o sistema en cuestión, el carácter de caso desviado, diluido o corrupto. En estos casos, resulta acertada para el acto o regla en cuestión, la calificación de nudo acto (relación) de poder, puesto que se trata de supuestos en los cuales la razonabilidad ha quedado absolutamente destituida por la arbitrariedad.

Por otra parte, en el artículo publicado en la *Stanford Encyclopedia of Law*, titulado *Natural Law Theories*⁵⁴, Finnis vuelve a pronunciarse sobre el problema de la validez de la ley injusta, pero esta vez con un sentido diferente. El artículo sienta la postura según la cual, las reflexiones y preguntas sobre la naturaleza del derecho, no pueden ser resultados acabadamente sino mediante el abordaje propiciado por las teorías del derecho natural. En este sentido, el autor califica a las teorías positivistas contemporáneas como incapaces de dar cabal cuenta del derecho como objeto de estudio, por ausencia en ellas de una atención sistemática y crítica de la moral u otras pretensiones normativas que las mismas teorías hacen o proponen.

to opportunities. Once these reasons are understood (...) theorists are equipped to understand the myriad ways in which the practices of individuals and groups can, do and doubtless will respond, reasonably and more or less unreasonably, in the ever-variable but far from random circumstances of human existence».

54 FINNIS, J., «Natural Law Theories», en <https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>. Primera publicación en febrero del año 2007. Última revisión en noviembre del año 2015.

En efecto, solo las teorías del derecho natural se encuentran en condiciones de responder a las cuestiones más relevantes suscitadas en el ámbito de la filosofía jurídica, a saber: «¿Qué tipo de cosas podrían contar como méritos del derecho? ¿Qué papel debe jugar el derecho en la adjudicación? ¿Qué pretensiones tiene el derecho sobre nuestra obediencia? ¿Qué leyes deberíamos tener? y ¿Y deberíamos tener ley en absoluto?»⁵⁵.

Ahora bien, la forma en que Finnis ha expuesto las principales tesis del artículo nos permiten distinguir una serie de premisas relevantes respecto al problema de la ley injusta. En primer lugar, en el punto 1, parte de la premisa general de que «todas las teorías del derecho natural han entendido al derecho como un remedio contra los grandes males de, por un lado, la anarquía (falta de ley) y, por el otro lado, la tiranía. Y una de las formas características de tiranía es la cooptación del derecho como una máscara para decisiones fundamentalmente ilegales, disfrazadas en forma de ley y de legalidad»⁵⁶. De ello se sigue que si, desde la filosofía jurídica, el derecho es concebido como remedio frente a la tiranía, entonces toda regulación emitida por un gobierno tiránico, no entraría propiamente en la definición de derecho. He aquí nuevamente otro modo de formular la pretensión de razonabilidad envuelta en la tarea de conceptualización del derecho.

En segundo lugar, se reitera esta intención en el acápite 1.4, referido a al *ius gentium*, en el cual hay una consagración expresa de la categoría de los derechos humanos como elementos moralmente necesarios de cualquier sistema jurídico. Esta consagración surge del mismo título⁵⁷, y se confirma a lo largo del texto. En efecto, el autor explica la cuestión partiendo de la premisa según la cual los procedimientos e instituciones del derecho están (deben estar) al servicio de propó-

55 *Ibid.*, Introducción.

56 *Ibid.*, op. cit., punto 1: «Natural law theories all understand law as a remedy against the great evils of, on the one side anarchy (lawlessness), and on the other side tyranny. And one of tyranny's characteristic forms is the co-optation of law as a mask for fundamentally lawless decisions cloaked in the forms of law and legality».

57 *Ibid.*, punto 1.4.

sitos sustantivos⁵⁸. Y en esa lógica, corresponde hacer extensible el carácter jurídico a principios que integran el *ius gentium* o «ley de los pueblos», cuya característica principal es la ubicuidad o universalidad, esto es, su validez en todo tiempo y lugar. Sobre ello escribe Finnis:

En el derecho moderno, estos [principios y normas] son designados en principio por nombres tales como «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38), *ius cogens erga omnes* (literalmente «derecho vinculante [sin acuerdo o promulgación u otras formas de adopción] en relación con todos», «derecho superior» o «derechos humanos fundamentales»⁵⁹).

Seguidamente el iusfilósofo australiano dedica un acápite completo al problema de la posible validez jurídica del derecho injusto. Con carácter previo reitera la obligatoriedad moral del derecho positivo, al cual –como en otros escritos– le asigna carácter presuntivo y derrotable. En estos acápites, el autor da por sentado que el derecho positivo incorpora principios del *ius gentium*, o bien, en caso de derecho positivo defectuoso, los principios del *ius gentium* operan en el acto de adjudicación desplazando a las normas de derecho positivo. Pero, ¿qué ocurre con el estatus jurídico de aquellas reglas opuestas a los principios del *ius cogens*? ¿Conservan su validez jurídica (en sentido formal) pese a su desplazamiento por tales principios? De esta cuestión se ocupa Finnis en este apartado.

Según Finnis, la respuesta depende del contexto discursivo en el que se plantea la cuestión. Se observa aquí, cierta matización con respecto a la postura originaria del autor sobre el tema. En este sentido Finnis distingue dos contextos discursivos posibles:

58 *Ibid.*

59 *Ibid.* In modern law they are picked out, in principle, by names such as «the general principles of law recognized by civilized nations» (Statute of the International Court of Justice, art. 38), *ius cogens erga omnes* (literally «law that is compelling [obligatory without agreement or enactment or other forms of adoption] in relation to [for/on, “against”] everyone»), «higher law», or «fundamental human rights».

(i) Si un curso de pensamiento y reflexión hace apropiado reconocer el carácter de «establecido» o «puesto» de las normas como cognoscibles con referencia a fuentes fáctico-sociales, se puede decir que son jurídicamente válidas pero demasiado injustas para ser obedecidas y aplicadas»⁶⁰. (ii) «Pero si, en cambio, el contexto discursivo –señala el autor– hace apropiado puntualizar la falta de normatividad para jueces y ciudadanos, se puede decir que la norma, a despecho de sus vínculos con las fuentes fáctico-sociales, no solo es moralmente no–directiva, sino también jurídicamente inválida»⁶¹.

Este último párrafo permite afirmar que mediaría un reconocimiento expreso por parte del autor del modo en que opera la pretensión de razonabilidad propia del derecho, de modo que aun cuando se pueda predicar la validez de tipo formal (en relación con la fuente) de una determinada norma jurídica, no obstante, si el contenido de la norma es sustantivamente tan repugnante que implica la pérdida de la pretensión de razonabilidad para sus destinatarios (jueces y ciudadanos), entonces no solo cae la obligación moral de obediencia, sino también la obligación jurídica. En este contexto, se podría localizar un límite al método analógico, puesto que, si el efecto es la pérdida de la validez jurídica, no corresponde ni siquiera predicar la validez «intra-sistemática».

Esto último pareciera expresamente ratificado en el párrafo siguiente, en el cual, Finnis manifiesta que –al igual que otras proposiciones tales como que un argumento inválido no es un argumento, o que un amigo desleal no es un amigo– puede decirse que:

60 *Ibid.*, punto IV.

61 *Ibid.* «If a course of reflection or discourse makes it appropriate to acknowledge the rules ‘settled’ or ‘posited’ character as cognizable by reference to social-fact sources, one can say that it is legally valid though too unjust to be obeyed or applied. Or if the discursive context makes it appropriate instead to point up its lack of directiveness for judges and subjects alike, one can say that the rule, despite its links to social-fact sources, is not only not morally directive but is also legally invalid».

Lex iniusta non est lex tiene la misma lógica: reconoce en sus palabras iniciales, que lo que está en cuestión es, en ciertos aspectos importantes –quizá normal o presuntivamente decisivos– derecho, pero luego en su retractación o negación de ese predicado, afirma que, desde que la justicia es el verdadero objetivo de tener y respetar el derecho, esta deficiencia particular del derecho respecto de la justicia lo priva del significado decisivo que todo derecho pretende tener⁶².

Y en las líneas siguientes del artículo citado, el profesor de Oxford vuelve a insistir con la necesidad de un abordaje según el método de la analogía, con lo cual dejaría entrever una dificultad para reconocer el *status* no jurídico o antijurídico de las reglas de contenido injusto. Sin embargo, de las frases hasta aquí citadas queda claro la referencia a la validez jurídica, además de que este ha sido el problema que se ha propuesto responder en el acápite, formulándolo expresamente de esa manera en el título mismo. De modo que, por aplicación del principio de no contradicción, algo no podría ser y no ser al mismo tiempo, es decir, no se podría predicar el carácter de derecho, de aquello que se encuentra privado de validez –dispositivo necesario para considerar el carácter jurídico de un acto autoritativo– ni aun en sentido desviado, corrupto o diluido.

Finalmente, en el curso de esta investigación, se ha encontrado un texto de Finnis en que se aprecia una tentativa del autor de dar respuesta al problema teórico que le plantea la incisiva crítica alexyana. Ese texto, por su importancia, será objeto de tratamiento separado en el acápite siguiente.

62 *Ibíd.* «*Lex iniusta non est lex* has the same logic; it acknowledges, in its opening words, that what is in question is in certain important respects—perhaps normally and presumptively decisive respects—a law, but then in its withdrawal or denial of that predicate it affirms that, since justice is the very point of having and respecting law at all, this particular law’s deficiency in justice deprives it of the decisive significance which all law purports to have».

3. b. ¿Cómo resuelve Finnis el problema de la injusticia legal según la crítica de Alexy?

Sin lugar a dudas, el debate entre ambos iusfilósofos no quedó del todo zanjado con la réplica de Finnis en el artículo publicado en el *American Journal of Jurisprudence*, que fue objeto de análisis en el capítulo IV y, ciertamente, le ha generado una posible contradicción teórica en su pensamiento que el mismo autor todavía no puede resolver. Por esta misma razón, el profesor de Oxford se ha visto frente al desafío de tener que volver sobre la cuestión sobre la cual se le presenta la encrucijada.

Este retorno al tema se encuentra registrado en una obra iusfilosofica escrita conjuntamente con otros filósofos del derecho, que data del año 2017, titulada *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*⁶³. En este libro, el autor investigado ha publicado un texto titulado *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*. En ese texto, el autor vuelve a exponer y desarrollar su teoría de la razón práctica, pero a partir de la filosofía de Tomás de Aquino, en la que se aprecia nuevamente esa progresión argumentativa desde los primeros principios de la razón práctica que orientan las acciones humanas sobre la base de la captación de los bienes inteligibles, hacia la explicación de la política (*authority*) y el derecho como estadios de especificación de aquellos.

Resulta de particular relevancia una idea que el profesor oxoniense agrega en este texto reciente, en virtud de la cual, se enfrenta con la categoría alexyana de la doble dimensión del derecho. Bajo el título «El derecho como una idea por la que vivimos» (*Law as an Idea We Live By*)⁶⁴, el autor explica –para Tomás de Aquino– «el derecho en su caso central –el derecho humano positivo– es proposicional: una cuestión de ideas. (...) Esas ideas se vuelven hechos sociales eficaces solo siendo adoptadas –pensadas como relevantes razones para la acción– en la deliberación y consecuentes elecciones y acciones de aquellos a quienes están dirigi-

63 AAVV, *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Edited by George Duke and Robert P. George, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

64 *Ibid.* pp. 45-46.

das: los sujetos de derecho»⁶⁵.

Posteriormente arguye sobre la imposibilidad de entender alguna explicación sobre la naturaleza del derecho sin partir del reconocimiento de la necesidad de su gobierno, lo cual es una idea de tipo moral, en la que el derecho se presenta en el intelecto de los sujetos como una forma de asociación moral, la cual a su vez no puede ser acabadamente comprendida sino mediante una directa referencia a la idea de justicia. En otras palabras, la idea del gobierno social por medio del derecho no constituye un ideal o aspiración sino un deber moral o de justicia. Así lo manifiesta expresamente Finnis:

Ninguna comprensión ni explicación filosófica de la naturaleza del derecho como una clase distinta de institución social es satisfactoria a menos que, en ella, la idea de que tanto gobernantes como gobernados estén regidos por el derecho sea presentada como una instancia, sólida o defectuosa, de asociación moral. (...) Pero la idea moral de comunidad regulada por el derecho es mejor entendida no como un ideal o una aspiración sino más bien, como un estricto deber moral o conjunto de deberes de justicia⁶⁶.

Hasta aquí parece mediar un claro reconocimiento de que la génesis de la idea de derecho –de *cómo debe ser* el derecho– se ubica en la dimensión moral. Nótese como Finnis hace una referencia expresa a la idea de justicia, la cual en su pensamiento se encuentra indisoluble-

65 Ibid. «Law, as Aquino speaks of it, in its central case is propositional: a matter of ideas. (...)These ideas become efficacious social facts only being adopted –thought of as relevant reason for action– in the deliberations and consequent choices and actions of those to whom they were addressed, the law’s subjects».

66 Ibid. pp. 45-46. «No understanding and no philosophical account of the nature of law as a distinct kind of social institution is satisfactory unless, in it, the idea of both rulers and ruled being governed by law is presented as an instance, sound or defective, of moral association (...) But the moral idea of a community ruled by law is best understood not so much as an ideal or as an aspiration as, rather, a stringent moral duty or cluster of duties of justice».

mente unida a la noción de bien común. De modo que –siguiendo esta lógica– toda concreción fáctica posterior de derecho debería ser coherente con este deber. De este modo, el derecho se presenta, tanto en su forma como en su contenido, como una respuesta a una necesidad humana, habiendo explicado esa necesidad en términos de (comprendidos de) todos los bienes humanos en juego⁶⁷.

Sin embargo, en el apartado siguiente se advierte la intención de explicar separadamente la génesis de la idea y las manifestaciones concretas, en las que se admite la posibilidad de que los propósitos que originaron y justificaron la noción de derecho en la dimensión moral o racional, se vean desdibujados en la dimensión fáctica. En otras palabras, Finnis está formulando una distinción que, claramente, se identifica y refiere a la postulada por Alexy de la doble dimensión del fenómeno jurídico. En efecto, Finnis explica que la noción de derecho como respuesta a una necesidad humana, solo se logra mediante actos concretos de autoridad que revisten carácter técnico, a saber, la promulgación y el mantenimiento (*enactment and maintenance*), la cual, cuando se activa, adquiere cierta autonomía en su funcionamiento y admite la posibilidad de desvinculación con la noción sustantiva que la originó y justificó:

La técnica es desmontable de sus justificaciones morales. Incluso cuando se está desplegando, por todos los interesados, con una buena fe aumentada y motivaciones virtuosas, la ocurrencia de percepciones erróneas y propósitos cruzados, y efectos secundarios imprevistos de tipo innumerable, a menudo resultan en situaciones donde la obligación legal intra-sistemática, la obligación legal-moral y otros tipos de fuentes de obligación moral se separan entre sí⁶⁸.

67 *Ibíd.* p. 46.

68 *Ibíd.* p. 46. «The technique is detachable from its moral justifications. Even when it is being deployed, by all concerned, with rised good faith and virtuous motivations, the occurrence of misperceptions and cross-purposes, and unforeseen side effects of innumerable kind, often results in situations where intra-systematic legal obligation, legal-moral obligation and other kinds os sources of moral obligation pull apart from

Por supuesto, Finnis adjudica estas soluciones al pensamiento de Tomás de Aquino, enumerando una serie de situaciones jurídicas de impacto moral, a saber (i) casos en los que de la aplicación de reglas razonables de evidencia resulta la condena de un inocente o la exculpación del peligrosamente culpable⁶⁹; (ii) Casos en los que el contenido proposicional claro y preciso de una ley se extiende a circunstancias tales que si la legislatura los hubiera previsto, los habría limitado o cambiado o incluso abandonado ese contenido proposicional⁷⁰; (iii) Aquellos casos en los que las violaciones al derecho son tan extensas y sin control que puede ser justo reconocer desviaciones no solo como un hecho sino como una costumbre del tipo que razonablemente podría aceptarse como enmienda de la ley, o al menos el contenido legal-moral que impone la obligación⁷¹; (iv) Casos de leyes justas en sí mismas pero promulgadas por legisladores que legislan con injusticia de gran amplitud⁷².

Teniendo en cuenta estos casos de normas positivas con impacto moral, Finnis hace un expreso reconocimiento del carácter innegable de la conexión conceptual entre derecho positivo y justicia, pero también sostiene que «resulta igualmente inapropiado equiparar la positividad con las obligaciones legales intra-sistemáticas con impacto moral»⁷³.

De lo expuesto se advierte la intención del autor de formular una distinción (teórica) entre dos cauces por los cuales transcurre la formación del derecho positivo. Por un lado, los fines que inspiran y determinan el surgimiento de las normas, y que se vinculan al bien común como concreción práctica del principio de justicia; y por otro,

each other».

69 *Ibíd.* p. 47. Aquí Finnis cita la *STh* II-II, q. 67, a. 2; q. 64 a. 6 ad. 3.

70 *Ibíd.*, citando *Prima Secunda*, q. 96, a. 6 ad. 2; y *Secunda Secunda*, q. 60, a. 5 ad. 2. Véase también FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 272.

71 *Ibíd.* citando *Prima Secunda*, q. 97, a. 3c, ad. 2, ad3; a. 2c. Véase también FINNIS, J., *Aquinas*, op. cit., p. 270.

72 *Ibíd.* Remisión a Aquinas, op. cit. 289. nro. 85.

73 *Ibíd.*

la técnica a través de la cual, tales fines se postulan o positivizan en actos concretos de autoridad, y mediante procedimientos también regulados. El primero de estos cauces inspira al segundo, pero al parecer, en el pensamiento del autor, una vez que el segundo cauce se activa, discurre –o al menos, se admite la posibilidad de discurrir– en forma autónoma, e incluso contraria, respecto del primero, sin que por ello pierda su razón de ser. Se advierte aquí una la concesión del autor (aunque no explícitamente) en el sentido de la admisión de dos dimensiones del fenómeno jurídico, análogas a aquellas identificadas por Alexy con las calificaciones de «ideal» y «real», con referencia a los aspectos axiológicos y autoritativos del derecho respectivamente,

Finnis justifica esta operatividad autónoma de los planos en que se desenvuelve en fenómeno jurídico en el aspecto formal y en el que se inserta la realidad fáctica: el carácter sistémico de los actos autoritativos concretos que receptan los fines que motivaron su nacimiento. En otras palabras, un acto o regla de autoridad adquiere carácter jurídico mediante un acto proveniente de una fuente social legítimamente constituida (*enactment*), y una vez que ello ocurre, ingresa y forma parte de un entramado de actos y reglas que se encuentran vinculados unos a otros por dispositivos que confieren –y de los cuales se deriva– la obligatoriedad. Se advierte entonces, que –para Finnis– por aplicación de esta lógica sistémica, una vez que una regla ha atravesado el proceso de positivización, su obligatoriedad se explica y justifica prioritariamente en virtud de haber emanado de una fuente autoritativa y no tanto por el fin sustantivo que inspiró u orientó su nacimiento. Por lo tanto, se deduce que, a pesar de las características implicadas en el caso central de derecho, Finnis le asigna una prioridad teórico-explicativa en la definición de derecho a su carácter sistémico, en desmedro del carácter sustancial.

Todo el conjunto de elementos y características que se agrupan en los casos centrales de derecho no se agruparían y permanecerían juntos, a no ser por la *necesidad* moralmente significativa de la gente que sabe que tenemos para una ley de este tipo. Uno puede llamar la capacidad de respuesta de la gente a esa necesidad su «idealismo», aunque Aquino quizás lo llame

más apropiadamente su virtud, en particular su justicia y su razonabilidad práctica (*prudencia*). Pero una vez que un sistema legal nace como resultado de tal idealismo o virtud (...) puede describirse como un hecho social, una realidad. La descripción no será muy realista, a menos que transmita una comprensión de las ideas que dan forma y controlan más o menos el sistema, incluidas las ideas de validez y de al menos la justicia procesal...⁷⁴.

La explicación previa se pone en evidencia con claridad categórica al analizar la frase citada, de donde surge que una vez que el carácter sistémico se pone en funcionamiento, los componentes que integran el derecho (actos, reglas y normas) pueden ciertamente ser descriptos sin ratificar el ideal, o quizás, algún ideal⁷⁵.

Para reforzar su argumento, el profesor oxoniense recurre a un argumento del Aquinate, por el que confronta la objeción de que algunas leyes son tiránicas y débiles.

Una ley tiránica, puesto que carece de [completa] razonabilidad, no es una ley sin calificación [= no es un caso central], sino que es más una perversión de la ley. Sin embargo, en la medida en que tiene algo del carácter de ley, incluso una ley de este tipo pretende que sus súbditos sean buenos. Porque tiene el carácter de ley a este respecto, es un dictado por el gobernante al gobernado; y así pretende que los últimos se vuelvan buenos;

74 FINNIS, J., *Aquinas and Natural Law Jurisprudence*, op. cit., pp. 47-48. «The whole set of elements and features that cluster together in the central cases of law would not so cluster and belong together but for the morally significant need people know we have for law of this kind. One can call a people's responsiveness to that need their idealism, though Aquinas would perhaps more appropriately call it their virtue, in particular their justice and practical reasonableness (*prudencia*). But once a legal system has come into being as a result of such idealism or virtue (...) it can be described as a social fact, a reality. The description will not be very realistic, unless conveys an understanding of the ideas that shape and more or less control the system, including ideas of validity and of at least procedural justice...».

75 Ibid. p. 48.

no es bueno sin calificación, pero es bueno en relación con ese régimen⁷⁶.

De dónde surgiría que ya en el pensamiento de Tomás de Aquino –según la lectura finnisiana– se da la posibilidad de afirmar y sostener el carácter jurídico de reglas reñidas con los principios más elementales de la razonabilidad práctica. Dicho carácter jurídico se justificaría tanto en función de su fuente (la emisión autoritativa) cuanto en la obediencia del destinatario, fundada más en una supuesta necesidad de cumplir con el mandato, que en el contenido del mismo.

Por último, en el apartado siguiente titulado «Cómo reflexionar sobre la naturaleza del derecho»⁷⁷, y situándose en el contexto de recientes debates sobre la naturaleza o esencia del derecho, ratifica la idoneidad del método de la analogía en la tarea filosófica de determinar la naturaleza del derecho. Con base y fundamento en la filosofía tomista⁷⁸, Finnis señala que a los términos o expresiones tales como «naturaleza» o «de esta naturaleza», «esencia», «esencialmente», solo cabe adscribirles significado analógico, puesto que el mismo varía según los contextos en los que se encuentren inscriptos. En este sentido y con relación al derecho, el profesor de Oxford se expide:

El derecho (derecho humano, a la par de «legal/legalmente»), pertenece a cada uno de los cuatro dominios [expuestos y desarrollados por el Aquinate]: el pensamiento sobre la naturaleza debe atender a esa complejidad y evitar explicar el derecho de manera *reduccionista*, como si perteneciera esencialmente

76 *Ibíd.* p. 48. Citando *STh* I-II q. 92, a.1 ad. 4.

77 *Ibíd.* p. 49: *How to Think About Nature of Law*.

78 *Ibíd.*, p. 49: Ciertamente, Finnis sostiene con relación a estos debates que los mismos «necesitan un mejor inventario del tipo (S) y paradigmas de descripción (es), explicaciones (es) y tipo (s), como el inventario (aún mejorable) con el cual Aquino inició su Comentario a la Ética de Aristóteles, identificando cuatro tipos, o dominios, de patrón (ordo) y correlativamente de descripción explicativa (analítica y sintetizadora) (*scientia*), cada una irreductiblemente distinta, aunque todas se encuentran en la vida de la naturaleza de las personas humanas y sus grupos».

solo a uno (dos o tres) de ellos. Las propiedades necesarias para constituir el derecho y realizar completamente su naturaleza incluyen las propiedades de cada uno de los cuatro dominios. Las deficiencias en una propiedad (digamos) en un dominio, pero no en los otros no tiene que implicar que la ley o el orden jurídico sean tan deficientes que simplemente no sean ley (...). Las teorías deben enfocarse en los casos centrales de derecho, que encarnan su naturaleza de la manera más completa o adecuada, y deben ubicar los casos no centrales en una estructura analógica del tema (...), una ubicación establecida, no por «tipicidad» *estadística*, sino por el criterio de cada dominio relevante de buenas (verdaderas) explicaciones⁷⁹.

El párrafo citado, en una primera lectura, conduciría a confirmar la tesis finnisiana a favor de la aplicación ilimitada del método analógico con relación. Sin embargo, se observa que la argumentación con la que el autor intenta fundamentar la idoneidad del método resulta insuficiente por omisión de toda referencia a aquellos supuestos de actos autoritativos cuya irracionalidad es de tal envergadura que impide toda posibilidad de calificarlo –racionalmente– como derecho.

Finnis se limita a referirse solo a posibles deficiencias provenientes de propiedades empleadas para la conceptualización, pero omite efectuar una necesaria y lógicamente requerida graduación entre posibles deficiencias, ya que no todas pueden tener el mismo valor o entidad. Sin embargo, a simple vista parece vislumbrarse una actitud

79 Ibid. pp. 49-50. «Law (human law, matching “legal/legally”), belongs within each of four domains: thought about its nature must attend to this complexity and avoid describing and explaining law *reductively*, as if it pertained essentially to only one (or two or three) of them. The properties necessary –needed– to constitute law and fully instantiate its nature include properties in each of the four domains. Deficiencies in a property in (say) one domain but not in the others need not to entail that the law or legal order is so deficient that is simply not law (...). Theories should focus the central (kinds of) cases of law, which embody its nature most fully or adequately (...) a location settled not by statistical “typicality”, but by each relevant domain’s criteria of good (true) explanation».

teórica evasiva respecto de la posibilidad de pronunciarse sobre deficiencias tales que hacen imposible la configuración del modelo teórico en cuestión. Se advierte así que el autor procura evitar referirse a estos supuestos, colocando un énfasis injustificado en focalizarse en la reflexión sobre modelos conceptuales ideales, pero evadiendo todo desafío iusfilosófico de responder a aquellos casos en los que el horizonte sustancial justificatorio de ese modelo se halla ausente o se ha perdido por completo.

Se advierte también una contradicción en el señalamiento de que la naturaleza central del derecho se explica en la justificación de los vínculos que genera para con sus destinatarios, los que, a su turno, tienen su origen en la necesidad de justicia. No obstante, al definir los alcances de la justicia, Finnis pareciera quedarse en criterios meramente formales o procedimentales. Al respecto, arguye que

La naturaleza central del derecho es que el derecho vincula –porque una sociedad necesita en justicia vincular– decisiones presentes no simplemente para lograr beneficios futuros (como cualquier plan racional hace), sino también para honrar compromisos pasados tanto públicos como privados. La legislación es una forma de compromiso público: para tratar ciertos asuntos en el futuro de la manera especificada en el acto legislativo (constituciones, estatutos, etc.). La adjudicación por aplicación del derecho es un reconocimiento público, complejo y completo (...) de compromisos comparables (consuetudinarios, precedentes)⁸⁰.

80 *Ibíd.*, p. 50. «For central to law's nature links –because a society needs in justice to link– present decisions not simply to achieving future benefits (as any rational plan does) but also to doing so by the honouring past commitments, both public and private. Legislation is a form of public commitment: to deal with certain matters henceforth in the way that was specified in the law-making act (constitution, statute, etc.). Adjudication by application of law is a complex thorough public acknowledgment (...) of those and comparable (customary, precedential) commitment».

Ciertamente puede inferir sin dificultad que Finnis identifica la justicia en el contexto del orden jurídico con un criterio formal vinculado más estrechamente a la seguridad jurídica que a los bienes humanos, que tienda a proteger o asegurar las normas que lo integran. Esto es ratificado por el autor mediante su invocación explícita del *Rule of Law* como la vía metodológica para garantizar que el proceso de positivización se lleve a cabo en conformidad con las exigencias de la moral. Y en este contexto, los requerimientos tales como claridad e inteligibilidad, estabilidad, no contradicción, irretroactividad, etc., se erigen en *conditio sine qua non* para la consecución de esa finalidad.

Quizás lo objetable de esta tesis es su reflexión en términos sistémicos ilimitada, esto es, sin posibilidad de admitir fisuras de ninguna naturaleza, de forma tal que se presupone que la sola postulación o positivización de un acto provoca una activación automática de dispositivos técnicos internos al sistema que serán los encargados de concretar, mediante su correcto funcionamiento, los fines sustanciales que motivaron el nacimiento del acto. De este modo, la justicia se vincula –en esta instancia de la reflexión filosófica finnisiana– más a un resorte formal que a una cuestión relacionada al bien humano. Más aún, el autor enlaza esta dinámica interna del derecho, y el reconocimiento de su correspondiente validez a una premisa de tipo moral:

La completamente razonable premisa para reconocer al derecho positivo como una razón para la acción ahora (...) es una premisa moral: la justicia como un aspecto fundamental de promoción del bien común de mi comunidad política presuntamente me requiere, con razón, respetar los compromisos articulados en las reglas y por las instituciones de nuestro derecho⁸¹.

81 *Ibid.* p. 51. «The fully reasonable premise for acknowledging positive law as a reason for action (...) is a moral premise: justice as a fundamental aspect of promoting the common good of my political community presumptively requires me, in reason, to respect the commitments of past articulated in the rules, and by the institutions, of our law».

Nuevamente se advierte la presuposición –ciertamente, no lo suficientemente fundada por parte del autor– de que los actos autoritativos que ingresan en el circuito del sistema jurídico, serán acordes al bien común, esto es, estarán en consonancia con las exigencias de la razonabilidad práctica. Así, es un acto de justicia en orden al bien común, el cumplir lo dispuesto por las reglas positivas (*posited*) en función de compromisos asumidos en el pasado. La justicia en este nivel no se identifica, entonces, con la verificación de que el contenido del mandato sea consecuente con aquellas exigencias sino con que, previo a verificar que ha sido válidamente postulada (lo que se determina por su fuente) se proceda a su cumplimiento, aplicación, o ejecución. En otras palabras, la realización de la justicia en el marco de un sistema jurídico supone una dinámica en la cual, los mandatos contenidos en sus distintos componentes (normas, reglas, sentencias u otros actos de autoridad) son obedecidos por aquellos a quienes se dirigen, y la garantía de justicia para estos últimos respecto del mandato, radica en la legitimidad de la fuente y la regulación previa del procedimiento de positivización, más que de su contenido.

Por supuesto, Finnis pretende evadir cualquier observación u objeción respecto del contenido de actos autoritativos insistiendo en la necesidad de reflexionar el derecho en clave de caso central, en donde se garantiza la confluencia de la totalidad de los aspectos formales y sustanciales necesarios para la conceptualización del derecho. Y en esta inteligencia, reserva la calificación de diluido o corrupto, para los supuestos en los cuales esté ausente alguno de estos elementos, calificación que se conserva aun en caso de falta o supresión total del aspecto sustancial-moral.

«La intención de promover –escribe el profesor de Oxford– y la compatibilidad con, el bien común de una comunidad completa es un elemento esencial de la definición del derecho, en el reconocimiento del caso central de la ley humana»⁸².

No obstante esta afirmación, se advierte una reticencia infundada al reconocimiento de la falta o pérdida de *status* jurídico en aquellos

82 *Ibid.*, p. 53.

supuestos en los cuales no se cumpla este requerimiento, lo que conduce a reiterar la suposición de que, en la tarea de construir teóricamente un concepto, Finnis asigna prioridad al aspecto formal por sobre el sustancial. El aspecto sustancial es conveniente, pero no necesario, para la conceptualización del fenómeno jurídico. Constituye solo un elemento destinado a contribuir a la «idealidad» de la realidad a la que refiere el concepto, pero en ningún momento es *conditio sine qua non* para elaborarlo.

En Finnis, la verificación del contenido irracional de actos autoritativos opera solo en el nivel moral de los destinatarios, pero deja subsistente la juridicidad de ese acto, en función de su adecuación formal al resto de los componentes del sistema. De ahí que se pueda predicar de los mismos su «validez intrasistemática», y con ello, su carácter jurídico. En este punto, Finnis no ha podido desapegarse de los criterios propios de la jurisprudencia analítica, que le ha llevado a identificar la noción de validez solo como un dispositivo sistémico formal, que opera con independencia de los niveles de sustantividad moral. Y es allí donde se sitúa el punto más álgido de la crítica de Alexy, quien advierte la incompatibilidad de teorizar con pretensiones de elaboración de una teoría de la ley natural, por un lado, y adoptar este tipo de soluciones por otro.

A su turno, conviene tener presente aquí dos niveles en los cuales se desenvuelve el problema:

(i) Un nivel de mayor generalidad que consiste en que la discusión no se desenvuelve aquí en el plano empírico, sino filosófico, en el que el desafío teórico consiste en la elaboración de un concepto de derecho sobre la base de una sólida teoría del derecho natural a partir del horizonte de los bienes humanos básicos;

(ii) Y un nivel de mayor concreción, en el cual el objeto de la discusión no es cualquier acto de autoridad de contenido injusto, sino los actos de injusticia extrema, que el profesor alemán define en términos de violación de derechos humanos fundamentales. De modo que no se está discutiendo la validez de cualquier tipo de acto, sino de aquellos en los cuales el acto ha perdido su pretensión de razonabilidad en cuanto a acto autoritativo, pretensión que está presente en toda formulación jurídica.

Es menester reconocer que en un sistema que se pretende jurídico, se pueden encontrar componentes de contenido injusto, pero necesariamente no todos los componentes serán susceptibles de igual graduación. No es lo mismo una norma, por ejemplo, que grava con un impuesto exorbitante a un sector de la población, en desmedro de otro, que una norma que legitima la tortura, las vejaciones físicas o morales o cualesquiera otros ataques graves a la dignidad humana para determinados supuestos fácticos.

Ciertamente, no tiene la misma graduación una injusticia que otra. En algunos casos será necesario continuar adscribiendo carácter jurídico a la prescripción injusta, en pos de sostener la certeza jurídica como valor necesario de la persistencia sistémica por sobre el valor directivo de la justicia. Pero en otros –como en los casos planteados por Alexy– la naturaleza del acto es tan repugnante que hace necesario la revisión de la juridicidad en virtud de su incompatibilidad con la pretensión de razonabilidad inherente a toda formulación autoritativa.

Ahora bien, lo expuesto conduce a interrogarse sobre la naturaleza del dispositivo de la validez, y sobre la posibilidad de su comprensión con un alcance más amplio, no circunscripto a los márgenes impuestos por el mismo sistema. Ello obliga a detenerse sumariamente en la cuestión relativa al concepto de validez.

4. La validez jurídica

Teniendo en cuenta la problematización del concepto finnisiano de validez intrasistemática, el presente apartado tiene por finalidad identificar el alcance y contenido de esa noción problemática, sobre la base del tratamiento que al mismo le han asignado las distintas corrientes iusfilosóficas, procurando dilucidar si es posible asignarle un significado circunscripto a la esfera formal, o bien si cabe también adscribirle un contenido sustancial-moral.

Sabido es que el concepto de validez jurídica adquiere relevancia en el ámbito de la filosofía del derecho recién el S XX, con la obra de

Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*⁸³, y desde entonces es identificado como un concepto clave indispensable para un abordaje estrictamente científico del fenómeno jurídico, y reivindicado como patrimonio propio de las corrientes positivistas, puesto que hasta entonces, el iusnaturalismo no habría prestado atención a este dispositivo, ni lo habría considerado una cuestión relevante para el debate iusfilosófico.

La discusión sobre el contenido y alcance del concepto de validez, adquiere relevancia fuera de la filosofía positivista a partir del aporte de Robert Alexy⁸⁴, quien se atrevió a formular la categoría teórica de «validez moral», destinada a ser aplicada a los componentes que integran un sistema jurídico. En efecto, este nuevo enfoque del concepto de validez propone una dinámica más amplia que la noción aportada por el positivismo jurídico, ya que no está circunscripta al funcionamiento sistémico-formal del orden jurídico, sino referida a los contenidos normativos y a su valoración ética. En efecto, se trata de evitar una visión reduccionista de los dispositivos jurídicos que se refieren exclusivamente a la fuente, desvinculada de los propósitos sustantivos que inspiran el surgimiento de normas del sistema.

El reconocimiento de esta ampliación del concepto de validez ha sido compartido también otros iusfilósofos destacados como Mark Murphy, Sergio Cotta⁸⁵ y Carlos Nino, entre otros.

En términos generales, cuando se predica la validez de algo, ella «no se atribuye a las cosas [o estados de cosas] cuanto a los productos del pensamiento, como los conceptos, juicios, raciocinios, ciencia, o en el dominio práctico, a normas o leyes. [La validez] apunta por encima de ellos a un fundamento que los trasciende»⁸⁶.

83 KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. México, Porrúa, 1995, pp. 18-37. Véase también PICAUVET, E., *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, París, PUF, 2000, p. 32 y ss.

84 Véase en este punto, ALEXY, R., *El concepto y validez del derecho*, trad. esp., Barcelona, Gedisa, 1997, p. 87 y ss.

85 Puede consultarse: COTTA, S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*; milano, Giuffré, 1981, passim.

86 DE VRIES, J., *Voz Validez*, en W. BRUGGER (ed.) *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Herder, 1975, pp. 523-524.

En el caso del derecho, no resulta posible desconocer que estamos frente a un fenómeno social complejo que se integra con dos componentes fundamentales: (i) una institución autoritativa de la cual emanan las normas que lo integran y (ii) dichas normas se constituyen mediante proposiciones directivas de la conducta humana, esto es, tienen la virtualidad de crear razones excluyentes para la acción. Recuérdese que el carácter excluyente del tipo de razones que el derecho crea implica el desplazamiento de otras posibles razones que los sujetos hayan considerado en sus deliberaciones. En esta inteligencia, las razones que proporciona el derecho no pueden tener cualquier contenido para generar un efecto normativo de la conducta, sino que requieren una proporcionada adecuación a los estándares de la racionalidad práctica.

Afirmar lo anterior equivale a reconocer la tesis de la doble dimensión del derecho propuesta por Robert Alexy. De modo que, siguiendo esta lógica, el dispositivo «validez», debería responder a la totalidad de la realidad a la cual se aplica, comprendiendo no solo la dimensión sistémico-formal, sino también la racional. En línea con este argumento señala acertadamente Mark Murphy que «los únicos estándares que pueden inducir a los seres racionales en cuanto seres racionales a la acción son estándares racionales. Por tanto, el derecho es un [en cuanto compuesto por un conjunto de proposiciones normativas de la conducta] es un estándar racional»⁸⁷. Por tanto, no habría dificultad teórica en sostener que la validez jurídica, dado el carácter deóntico del derecho, se extiende también su alcance a los componentes del sistema en cuanto los mismos se encuentren racionalmente justificados.

No obstante, conviene destacar que el iuspositivismo, además de la reivindicación del concepto en cuestión como patrimonio científico propio, históricamente ha propiciado un tratamiento reduccionista del concepto de validez jurídica, limitando su margen operativo a la dimensión fáctico-social institucional, sobre la base de la tesis de la separación del derecho y la moral. Así, por ejemplo, Marmor y Sarch

87 MURPHY, M., *Philosophy of Law. The Fundamentals*, Oxford-Malden-Carlton, Blackwell, 2007, p. 39.

reconocen este tratamiento reduccionista del concepto y señalan que «un modo de entender la posición del positivismo jurídico en este punto es el de verlo como un modo de reducción: los positivistas jurídicos sostienen, esencialmente, que la validez jurídica es reducible a hechos de tipo no-normativo, es decir, hechos acerca de la conducta, creencias y actitudes de la gente»⁸⁸. No obstante lo cual, «ella [la tesis de la separación] afirma que las condiciones de validez jurídica no dependen del mérito moral de las normas en cuestión»⁸⁹.

Se advierte así la pretensión de explicar y fundamentar acabadamente el fenómeno jurídico, aunque limitada a la descripción del funcionamiento de su esfera sistémico-institucional, y desconociendo la otra dimensión del derecho, por lo que tal explicación termina por ser sesgada y no cumple el propósito de fundamentación sustantiva del orden institucional. La pregunta que inmediatamente surge es ¿Cómo se puede pretender explicar deónticamente un fenómeno, apelando a la invocación de criterios exclusivamente formales que son por sí mismos insuficientes para dar cuenta de ese carácter deóntico? ¿Cómo justificar su carácter normativo restringiendo la explicación solo a la dimensión empírica de la realidad a justificar? El mismo Finnis en este sentido sostiene que

... nadie puede nunca tratar un mero hecho como dando razón para algo y mucho menos para algo tan demandante y restrictivo de las elecciones como el derecho. Ha de haber siempre algún «argumento valorativo» para tratar algún hecho o combinación de hechos como la «base» para identificar una proposición como impositiva de una obligación, o como de algún modo, directiva o normativa⁹⁰.

88 MARMOR, A., «The Nature of Law», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (Fall 2015 Ed.) en E.N. ZALTA (ed.), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015.entries/lawphil-nature>.

89 Ibid.

90 FINNIS, J., «Introduction», en *CEJF IV Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 3-4.

De modo que, en una primera aproximación, no habría dificultad para afirmar que el profesor de Oxford también reconocería la doble dimensión del derecho. Sin embargo, en orden al abordaje de la noción de validez jurídica, Finnis mantiene una postura que guarda mayor similitud con el criterio positivista de explicación con referencia a las fuentes fáctico-sociales autoritativas, que reduce el problema de la validez al de la inclusión lógico-formal de la norma en el sistema jurídico, y reserva la noción de obligatoriedad para los supuestos referidos al contenido vinculante de las normas⁹¹. De ahí la diferenciación conceptual entre obligatoriedad jurídica en sentido legal y obligatoriedad jurídica en sentido moral, adscribiendo a esta última un carácter presuntivo, y admitiendo la posibilidad de su desplazamiento de su fuerza perentoria cuando las prescripciones positivas entren en tensión con principios y normas morales básicas, pero dejando subsistente, no obstante, la obligatoriedad jurídica en sentido legal, en virtud de la adecuación intrasistemática de la prescripción controvertida, a la cual no cabe suprimirle su carácter jurídico a pesar de su irracionalidad.

En efecto, cuando Finnis refiere a la obligatoriedad moral de reglas positivas, predica de la misma –junto con su carácter presuntivo– su carácter rebatible o derrotable (*defeasibility* es el término empleado por el autor). Pero esta derrotabilidad en nada se identifica con las expresiones que emplean los derechos positivos de habla hispana tales como anulabilidad o revocabilidad. Ciertamente, tales expresiones o términos dan cuenta de su operatividad en el ámbito formal del derecho positivo, por lo que, en caso de identificación entre las nociones de rebatibilidad o derrotabilidad finnisinana con estos términos, la consecuencia lógica de la pérdida de obligatoriedad se extendería a la esfera sistémico-formal, produciendo la invalidez jurídica de la prescripción de contenido injusto.

No obstante, la posibilidad de que se pueda predicar la «validez intrasistemática» en estos casos, y a pesar del contenido injusto sin señalamiento de ningún límite a este predicado, da cuenta claramente

91 Véase en este punto: MARMOR, A., *Philosophy of Law*, Princeton – Oxford, Princeton University Press, 2011, pp. 1-7. También BULIGYN, E., *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, p. 96 y passim.

de que el carácter rebatible o derrotable de la obligatoriedad finnisiana en nada se identifica con las nociones de anulabilidad o revocabilidad, ni implica tampoco que aquella opere en el nivel positivo. Se trata de un concepto que simplemente opera en el nivel moral del agente obligado por la prescripción en cuestión. Se observa entonces y se concluye, que Finnis conserva, en orden al abordaje de la noción de validez, su alcance reduccionista al igual que sus predecesores de la filosofía analítica-positivista.

En este sentido, validez y obligatoriedad no constituyen en la teoría jurídica finnisiana el anverso y reverso del mismo fenómeno, a saber: el fenómeno de la normatividad, sino que se trata de dos dispositivos que discurren por cauces relativamente autónomos uno del otro. La apelación a un orden formal y a otro sustancial para explicitar la diferencia entre validez y obligatoriedad, junto con la aplicación ilimitada del método de la analogía, pareciera ser, al fin y al cabo –en el sistema conceptual finnisiano– una estrategia argumentativa para no ceder en los criterios fundamentales definitorios de las corrientes iuspositivistas e iusnaturalistas.

Conclusión

Como punto de partida de esta conclusión sobre el problema de la ley injusta en la teoría jurídica finnisiana, resulta pertinente el aporte del profesor Massini Correas en relación con el concepto de validez, cuando dice que «no se trata aquí de que las normas válidas desde la perspectiva formal-social revistan la validez propiamente “jurídica”, relegando la denominada [validez] material-moral al desván de los recursos “extra-jurídicos”, ocasionales, contingentes y supletorios. Por el contrario, si se aborda la cuestión de la validez jurídica desde el punto de vista propio de la filosofía y de la ciencia jurídica, i.e, el punto de vista práctico-normativo o deóntico, la validez jurídica es principal y decisivamente material-racional-moral y solo *prima facie* y provisoriamente formal-institucional-social»⁹².

92 MASSINI CORREAS, C. I., «Sobre iusnaturalismo y validez del derecho», en AAVV,

Pero el caso de la teoría jurídica de Finnis resulta en este punto particularmente peculiar, ya que –como se explicitó en el capítulo anterior– ella se presenta como una elaboración filosófica deontológica, en la que el autor ha podido identificar con elogiada lucidez una perspectiva del razonamiento práctica respecto de la cual no cabe cuestionamiento alguno sobre su objetividad, la que se fundamenta en última instancia por su inteligibilidad: la perspectiva de los bienes humanos básicos.

Sobre la base de esta perspectiva, Finnis elabora su teoría de la razón práctica destinada a atravesar transversalmente –como ya se ha manifestado anteriormente– los distintos niveles de la filosofía práctica: la ética, la política y el derecho. Así entonces, resulta viable la posibilidad de distinguir tres niveles en los cuales opera la perspectiva de los bienes humanos básicos:

(i) El nivel ético, en el que el sujeto actuante identifica los fines que le conducen a la elección de determinados cursos de acción. Este nivel se perfecciona en la medida en que quien aprehende un fin por su razón de bien, comprende que el mismo fin es bueno para con sus semejantes.

(ii) El segundo nivel sería el nivel político, en el que se trasciende del plano individual al plano comunitario, apareciendo la noción de bien común entendida como posibilidad de acceso a los bienes humanos básicos por parte de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad. En este nivel, y en orden a la consecución de ese horizonte, se advierte la necesidad de coordinar la acción común, siendo la autoridad política quien encarna la misión de concretar el *telos* comunitario, dada la imposibilidad de acordar la coordinación social comunitaria en forma unánime. La autoridad política asume en el pensamiento de Finnis la función de garante de la consecución del bien común.

(iii) Por último, el tercer nivel de desarrollo teórico surge con el concepto de derecho, como expresión y modo en el que la autoridad política concretará la coordinación social comunitaria. En esta inteligencia, el iusfilósofo estudiado propone la formulación del «caso

Diritto e secolarizzazione. Studi in onore di Francesco D'Agostino, eds. S. Amato et alii, Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 99-118.

central del derecho», como culminación final de este proceso de razonamiento práctico que principia en la aprehensión y valoración de los bienes humanos básicos y reconoce a la autoridad política y al derecho –como expresión empírica de esa autoridad– la vía idónea para garantizar el acceso a esos bienes por parte de todos los miembros de una determinada comunidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto, es necesario considerar los siguientes extremos:

1. Por un lado, Finnis consagra el caso central de derecho como un modo eficaz de coordinar la acción social. No obstante, en el caso central del derecho, esa coordinación no puede efectuarse de cualquier forma, sino que en todo momento debe estar informada por un *telos* que le es propio, su finalidad inspiradora: el bien común social.

En este marco teórico se inscribe la noción de justicia, como una noción compleja compuesta de varias facetas que también se origina en el nivel de razonamiento práctico, y cuyo desenvolvimiento en el ámbito social supone e implica una proyección en la noción de derechos (*rights*), la autoridad y el derecho (*law*) y la obligación. Siendo estos últimos identificados como componentes del caso central de derecho, necesarios para el logro de la finalidad antes aludida. En última instancia, Finnis identifica a la justicia como una exigencia de la razonabilidad práctica de búsqueda y promoción del bien común. La misma emprende un tránsito desde ese nivel individual hacia el nivel social que culmina en la justificación de la autoridad (el Estado) y el derecho.

Esto permite concluir que Finnis ha elaborado su teoría de la ley natural, que no es otra cosa de que una teoría de los bienes humanos básicos, buscando y construyendo intencionadamente nociones que sean susceptibles –en términos de virtualidad teórica– de atravesar transversalmente todo el proceso de razonabilidad práctica partiendo de la acción humana individual hasta la comunitaria. Sobre la base de estas nociones Finnis pretende explicar el carácter teleológico de toda la estructura institucional de la sociedad. Esta construcción intencionada de conceptos y nociones es lo que identificamos como «*pretensión de razonabilidad*» que va a estar presente en la elaboración de caso central de derecho positivo, como culmen de proceso de razonabilidad práctica.

2. La presencia de la pretensión de razonabilidad identificada en toda la propuesta filosófica del autor no es otra cosa que una pretensión de adecuación a las exigencias de la razonabilidad práctica, y que bien podría identificarse con la pretensión de corrección moral señalada en el planteamiento de Alexy. Sin embargo, se advierte también cierta reticencia a formular esta pretensión de forma expresa, y más aún, como se analizó en el capítulo *v*, en el cual el profesor de Oxford reitera su tesis según la cual el derecho no pretende ser moralmente vinculante.

3. La pretensión inicial identificada, cuya claridad es inobjetable en el primer nivel de inicio de su formulación teórica, comienza a desdibujarse al momento en que el profesor de Oxford aborda la problemática de la ley injusta y sus efectos. La objeción de Robert Alexy sobre el particular resulta muy elocuente en este sentido, puesto que pone en evidencia la inconsistencia teórica reflexionar deónticamente sobre el derecho para luego no proyectar los efectos de tal reflexión sobre las cuestiones más álgidas que se plantean en el ámbito del debate iusfilosófico contemporáneo. Fundamentalmente será cuestionada la aplicación ilimitada del método analógico y el concepto de validez intrasistemático, en orden a la definición del *status* jurídico que cabe, desde esta perspectiva, adscribir a reglas positivas notoriamente injustas.

4. Asimismo se aprecia que ni en los desarrollos teóricos de Finnis, ni en su réplica a su detractor hay una solución lineal al problema teórico que le suscita la crítica. Más bien, en su respuesta, Finnis escapa por la tangente proponiendo el retorno del análisis sobre cuestiones sustantivas que tienen que ser de interés para el teórico, pero sin reflexionar en profundidad sobre las implicancias de la ausencia de tales cuestiones morales. En este contexto, Finnis insiste enfáticamente en enfocar el análisis iusfilosófico en los casos centrales de derecho positivo, omitiendo todo pronunciamiento respecto del problema de reconocer carácter jurídico a reglas positivas de notoria injusticia.

En los escritos citados en los que el autor desarrolla el tema se observan ciertos vaivenes o matizaciones. En sus textos más importantes como en *NLNR*, y en los *CEJF IV*, se advierte una clara posición a favor de la validez jurídica de reglas de contenido injusto, pero no ocurre lo mismo con el texto publicado en la *Stanford Encyclopaedia of*

Philosophy, en el cual, el autor reconoce –dependiendo del contexto– la posibilidad de que cierta injusticia legal acarree la invalidez jurídica. Este reconocimiento, bien podría suponer una evolución de la postura de Finnis respecto de esta controversia filosófica a favor de la posibilidad de admitir que –dada la pretensión de racionalidad presente en el ordenamiento jurídico, y más aún, en la tarea de conceptualizar el derecho– ciertos supuestos de injusticia en las prescripciones positivas trae aparejado el efecto de la pérdida de su *status* jurídico.

El análisis de los textos en cuestión ha procurado seguir un orden cronológico. En el caso del último texto aludido, si bien data del año 2007, su última revisión se registró en el año 2015. Es por ello que, en orden a resolver el tema objeto de la investigación, se recurrió como “provisoriamente definitorio” al último registrado en el año 2017, publicado en *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, titulado «Aquinas and Natural Law Jurisprudence». En este último texto, Finnis –en una pretendida lectura acertada del pensamiento de Tomás de Aquino– se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de reflexionar sobre el fenómeno jurídico en clave de dimensiones empíricas, y reitera sus posicionamientos más controvertidos en lo referente a la ley injusta, lo cual vuelve a colocar su teoría jurídica en una posición confusa o poco definida.

5. Esta falta de definición se evidencia en la contradicción que surge en el tercer nivel de explicación, cuando propone conceptualizar el derecho como resultado de un proceso de especificación (determinación) de un sistema de normas morales aprehendido previamente sobre la base de la captación y comprensión de las nociones de bien humano y de bien común, así como también, la forma de interacción entre ambas nociones. En este punto, la contradicción se verifica en la fase crítica referente a la posibilidad de que un acto autoritativo se haya evadido del cauce del proceso de especificación, y –más aún– se haya convertido en un acto que contraría los requerimientos más elementales de la razonabilidad práctica, en magnitud tal que se vuelva en contra del *telos* individual y comunitario que debería informar todo el proceso.

Frente al supuesto de prescripciones arbitrarias de la autoridad –arbitrarias en cuanto irracionales, o no razonables– o bien, en otras

palabras, frente a supuestos de legislación injusta, pareciera evidenciarse que Finnis asigna una preferencia para la resolución de este conflicto, al aspecto formal en virtud del cual se positivizan los actos de autoridad relegando, asimismo, la parte sustancial a la cual desplaza a la esfera de la moral.

6. Pero es dable destacar que el supuesto fáctico que se le plantea a Finnis no se refiere a cualquier injusticia del derecho positivo. Su objeto se refiere a los actos de injusticia extrema, definiéndola en términos de violación a derechos humanos fundamentales, con lo cual, el mantenimiento de la solución antes expuesta en pos de una pretendida estabilidad y seguridad sistémica, implica una fractura del propio sistema conceptual elaborado por Finnis sobre la base de un proceso progresivo de concreción de los principios de razonabilidad práctica hacia la explicación del Estado y del Derecho.

Admitir la validez intrasistémica de supuestos de prescripciones autoritativas violatorias de derechos humanos fundamentales equivale a hacer referencia a un proceso de positivización que se ha generado por un cauce completamente distinto del proceso de razonabilidad, en el cual no solo ha estado ausente el *telos* comunitario, sino que incluso se podría suponer que se ha constituido sobre la posibilidad de negación de bienes humanos básicos.

En otras palabras, se trata de un proceso que ha transitado al margen de la razonabilidad, en el cual la pretensión de razonabilidad aludida por el autor en toda su construcción teórica está ausente o se encuentra desdibujada en tal magnitud que se torna imposible su identificación como tal. Aquí es donde el profesor Finnis debiera situar un límite a la extensión analógica de los conceptos, tanto más cuando de lo que se trata es de propiciar un modelo conceptual ideal –caso central– de derecho. Por tanto, en estos supuestos no se debería predicar ni siquiera la calidad de caso desviado o corrupto de derecho, puesto que se trata más bien de actos autoritativos contrarios a la finalidad inherente al derecho y a los principios que informan la constitución del caso central de derecho. A estos actos les falta la nota de la justificabilidad material, lo cual hace de la justificabilidad formal un elemento sumamente débil como para que quede subsumido el supuesto fáctico en el concepto de derecho.

7. Por último, no se encuentra sentido a un intento de elaboración de una teoría de derecho natural tan desarrollado, extenso y apto –por la misma razón– para hacer inobjetable su inteligibilidad, que admita en el plano del derecho positivo soluciones tan pragmáticas que hacen inútil aquel intento. Como señala acertadamente Robert Spaemann, nada «ha podido cambiar hasta ahora el hecho que sirve de base a la idea de derecho natural: los hombres distinguen acciones justas o injustas. Y el criterio último de esta distinción no es la adecuación de las acciones a las leyes positivas existentes, pues esos mismos hombres distinguen también leyes justas o injustas, sentencias justas o injustas»⁹³. Lo expuesto, impone la remisión a un orden normativo superior para justificar los contenidos de las normas positivas.

93 SPAEMANN, R. *La actualidad del derecho natural*, en ID., *Crítica a las utopías políticas*, trad. esp., Pamplona, EUNSA, 1980, p. 315.

Capítulo VII: Disgresión acerca de la intelegibilidad del derecho

1. Introducción

Las líneas que siguen persiguen el objetivo de hacer referencia a un aspecto más de la filosofía finnisiana que –al modo de ver de quien está llevando adelante esta investigación– compromete aún más su sistema conceptual en orden a la confrontación del mismo con las soluciones propuestas para el caso de injusticia legal extrema.

En ordena a evitar digresiones innecesarias en lo que respecta a la comprobación de la hipótesis de trabajo, el presente capítulo se propone desarrollar brevemente la forma en que se vinculan, en la toda la elaboración teórica finnisiana, su tratamiento sobre los absolutos morales, y su impacto en la formulación de principios de derecho fundamental, lo cual hace más discutible –en términos filosóficos– su solución respecto de la afirmación del *status* jurídico de actos autoritativos violatorios de derechos humanos fundamentales.

Las preguntas que se procura responder en esta sección son: (i) si el derecho pretende ser inteligible, y en su caso, (ii) qué debe entenderse por inteligibilidad del derecho. Teniendo en cuenta el giro interpretativo heredado por Finnis de Hart y Raz, en términos de concepción del derecho como «atribución del razones para la acción», y teniendo en cuenta asimismo el carácter *excluyente* de las razones que proporciona el derecho, la nota de la intelegibilidad consistiría en emprender la búsqueda de aquella proposición moral inicial que inspira el proceso de determinación de los principios de derecho fundamental hacia normas jurídicas concretas que establecen mecanismos específicos para la protección de la realización coordinada de bienes humanos básicos. Es precisamente el carácter excluyente de las razones para actuar que proporciona el derecho el que hace suponer que necesariamente debe existir un proceso previo en virtud del cual «*se excluyen*» –en el intelecto del agente– otras posibles

razones distintas de las que prescribe un determinado sistema de reglas de conducta que se encuentra institucionalizado.

En este sentido, el dato fáctico de que la regla en cuestión haya sido adecuadamente positivizada según su fuente y procedimiento por una autoridad, resulta insuficiente para su justificación como tal, sobre todo si la misma es el resultado de un proceso de determinación en el que se encuentran implicados los llamados «absolutos morales» por la Nueva Escuela del Derecho Natural. Ello porque, sin lugar a dudas, quien se encuentra compelido por las normas jurídicas positivas no restringe el acatamiento de las mismas a un análisis de su adecuación a estándares solo formales, sino que necesariamente el análisis de las prescripciones autoritativas avanza hacia la intelección de los principios morales en juego, cuando de lo que se trata es de determinar derechos fundamentales en la órbita de un determinado sistema jurídico positivo.

De ahí que para que el derecho proporcione razones para la acción, por un lado, y que esas razones sean de tipo excluyente, por otro, es necesario reconducir la cuestión hacia el reconocimiento la doble naturaleza del derecho: institucional-autoritativa y racional (en congruencia con la propuesta alexyana). En la filosofía de Finnis, no resulta explícita la afirmación de esta doble naturaleza o, al menos, no en términos de predicación de doble dimensión. Sin embargo, se ha podido identificar más arriba que la denominada «pretensión de razonabilidad», no solo se encuentra presente en todo el desarrollo filosófico práctico finnisiano, sino que se advierte una intencionalidad teórica del autor, de que ella proporcione la explicación y justificación del derecho, como resultado final de un proceso de razonamiento práctico que se originó en un plano ético-individual, transitó el plano político-comunitario y culminó en el plano jurídico-autoritativo.

Teniendo en cuenta los extremos expuestos en los capítulos precedentes –particularmente los dos anteriores– se intentó explicar ciertas notas de la propuesta de Finnis que resultan incongruentes, a saber: (i) la adscripción de un carácter conveniente más que necesario a la vinculación conceptual entre derecho y moral, y (ii) la asignación de *status* jurídico a prescripciones positivas de contenido gravemente injusto.

Estas incongruencias se profundizan y problematizan aún más si se analiza el desarrollo teórico del autor en cuanto a los llamados absolutos morales, y su vinculación con la determinación de principios de derecho natural que culminan en la consagración de derechos humanos. Por ello, en esta sección se propone un breve análisis de los mismos, y la posterior demostración de la incompatibilidad que emerge entre la doctrina de los absolutos morales y el reconocimiento de validez intrasistémica de reglas que los violenten. A los fines de su demostración procederé a analizar algunos textos del autor investigado referidos a la materia, a fin de demostrar su vinculación en la determinación de principios de derecho fundamental y su consecuente incompatibilidad teórica con la tesis de la validez intrasistémica de reglas injustas.

2. ¿Cómo deben entenderse los absolutos morales?

El concepto de «absolutos morales» es un concepto antiguo, aunque muy recurrente en la filosofía de Finnis. Ellos son definidos en términos de reglas que no admiten ningún tipo de excepción. Los sostenedores de la posibilidad de predicar sobre la existencia de principios morales absolutos, han arribado a tal conclusión sobre la base de la convicción del acceso a un conocimiento innato de la realidad y de los primeros principios prácticos, a través del denominado proceso de la *sindéresis*. En efecto, «los absolutos morales (...) –escribe Finnis– están constituidos por principios absolutamente básicos, primarios e inderivados»¹. En otras palabras, la razón infiere principios prácticos cuyo carácter absoluto e inexcusable se justifica en que se trata de normas de conducta que proscriben determinadas acciones que atentan directamente y como un fin propio de la acción, contra algún bien humano básico. En este sentido, sostiene el profesor oxoniense que:

1 FINNIS, J., «Aristóteles, Santo Tomás y los Absolutos Morales», en *Estudios de Teoría de Derecho Natural*, Trad. Carlos Ignacio Massini Correas, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, p. 56.

Algunas normas morales son negativas y nos dirigen a no realizar actos de un tipo específico (...) Pero las normas negativas pueden ser, y un número de ellas verdaderamente son, vinculantes y directivas siempre y en toda ocasión [*Semper et ad Semper*]. Las normas negativas de este tipo son, brevemente, tanto específicas (...) como inexcusable (...). Y son estas normas, relativamente pocas en número, las que dan a la vida social y al derecho justo su columna vertebral. Ellas hacen que algunos de nuestros derechos sean inalienables y, en un sentido importante, absolutos².

Nuevamente se observa en el planteamiento finnisiano, una necesaria remisión a la dimensión racional-moral para la identificación de las bases de lo que constituye una vida en comunidad justa y el derecho justo. Es decir, nuevamente Finnis refiere a lo que se ha identificado como pretensión de razonabilidad –aunque el autor no emplee esa expresión en forma explícita– con lo cual se evidencia un reconocimiento de la vinculación conceptual entre el orden normativo moral y jurídico, fundamentalmente en orden a la comprensión de los derechos humanos.

Ciertamente, en el orden moral, la calificación éticamente reprochable de acciones que atentan contra bienes humanos básicos, se explica en su carácter contrario a la razón, en la medida en que la opción de actuar en contra de un bien humano cuya evidencia sustancial excluye toda posibilidad de tratarlo como de carácter instrumental, es contraria al curso habitual en el que se desenvuelve el proceso de razonabilidad práctica. A modo de ejemplo, la vida o la dignidad humana serán siempre fines en sí mismos, y nunca pueden tratarse como medios, o instrumentos para alcanzar otro fin. Por tanto, el absoluto moral que proscribiera cualquier acto que atente contra ellos supone que una acción humana no puede ser acorde a la razonabilidad práctica, en la medida en que el ataque a alguno de estos bienes, lo persiga como fin o como medio³.

2 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit. pp. 164-165.

3 Sobre el análisis de los elementos que conducen a la identificación de la racionalidad de las acciones humanas, véase GRISEZ, G., BOYLE, J., y FINNIS, J., *Nuclear*

Este principio, reconocido expresamente por Finnis, se halla asimismo presente en los niveles político y jurídico de su elaboración teórica, a los que arriba luego del tránsito emprendido en el nivel de la moral. «La vida, la verdad, la armonía interpersonal como tales –afirma el autor– son todos bienes humanos que brindan razones para fomentar y respetar a la comunidad, no solamente en el nivel de relaciones conyugales o de vecindad inmediata, sino en el nivel de la política y el Estado»⁴.

3. Derechos humanos como determinación de principios morales absolutos

Es entonces, en el contexto discursivo de los absolutos morales donde Finnis pretende situar el fundamento de la noción de derechos humanos, la cual viene dada por los bienes que son su objeto, concebido como integrando un todo armónico de dimensiones del perfeccionamiento humano⁵ y destinado a proyectarse sobre cualquier elaboración jurídico-positiva, a modo de determinación. Así lo explica el autor cuando afirma:

No hay más alternativa que tener en mente algún modelo, o conjunto de modelos, del carácter, la conducta, la interacción del hombre en la comunidad, y elegir luego una especificación de los derechos que tienda a favorecer a ese modelo o conjunto de modelos. En otras palabras, se necesita una concepción del bien humano, de la realización individual, según una forma (o conjunto de formas) de vida en común que promueva en lugar de obstaculizar tal realización⁶.

Deterrence, Morality and Realism, Oxford, Oxford University Press, 1987. Asimismo, sobre la ética de los bienes humanos y su intrínseca vinculación con la moral, véase: GOMEZ LOBO, A., *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*. Ed. Mediterráneo, Santiago de Chile, 2006, pp. 83-109.

4 FINNIS, «Aristóteles, Tomás de Aquino y los absolutos morales», op. cit., p. 61.

5 MASSINNI CORREAS, C. I., *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, p. 142.

6 FINNIS, J., *NLNR*, op. cit., pp. 247-248.

En esa inteligencia media un expreso reconocimiento del carácter deontológico de las instituciones políticas y jurídicas al servicio de propósitos sustantivos⁷. Más aún, el concepto de derechos humanos es el resultado de un proceso de determinación en el plano jurídico que tiene lugar sobre la base de actos de intelección de principios denominados por las teorías del derecho natural como *ius gentium* o derecho de los pueblos.

Con esta expresión Finnis designa al «conjunto de normas y principios y normas que se encuentran de modo similar, aunque no idéntico, en virtualmente todos los sistemas jurídicos»⁸. De ahí entonces que se puedan predicar como características inherentes su «ubicuidad» o recepción más o menos generalizada en la totalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo occidental. La ubicuidad de estos principios es la nota que, precisamente, da cuenta de aquel proceso de intelección.

En el derecho moderno –escribe el profesor oxoniense– estas [las normas del *ius gentium*] son designadas en principio por nombres tales como «principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38), *ius cogens erga omnes* (literalmente «derecho que es vinculante [sin acuerdo o promulgación u otras formas de adopción]) en relación con todos», «derecho superior», o «derechos humanos fundamentales»⁹.

El texto citado permite inferir con claridad la adscripción del carácter universalmente obligatorio de aquellos principios que se materializan en los ordenamientos jurídicos concretos bajo la forma de derechos humanos. Obsérvese que cuando Finnis emplea las expre-

7 FINNIS, J., «Natural Law Theories». *The Stanford Encyclopedia of Law*. Fall 2011. Última revisión 2015. Edited by Edward ZALTA N. en <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>. Ap. 4.

8 FINNIS, J., «Natural Law Theories», op. cit. Ap. 4.

9 *Ibíd.*

siones «*ius gentium erga omnes*», hace expresa aclaración de que su vigencia no exige actos de «promulgación o adopción», con lo cual se infiere el reconocimiento de que estos principios operan en el plano jurídico, y que, por tanto, tendrían carácter positivo, pese a no mediar un acto concreto de positivización.

Esto último a su vez debe complementarse con la declaración del autor en virtud de la cual señala que tampoco:

... tenemos que dudar en decir que, a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque la séptima exigencia de la razonabilidad práctica es esta (...): que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor [bien humano] básico, ya para uno mismo, ya para los demás seres humanos (...). De manera correlativa a los deberes que esta exigencia implica, hay, por tanto, derechos –exigencias sin excepciones o absolutos–, el más obvio, el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para algún fin ulterior¹⁰.

De ahí entonces que son dos las notas que caracterizan a los principios de derecho que tienen por objeto la consagración de derechos fundamentales: (i) la universalidad y (ii) la absolutez. En consecuencia, si los principios derivados del *ius gentium* forman parte del derecho positivo, entonces la existencia de normas dentro del mismo sistema que los contradigan o vulneren, no puede producir efectos solo en la órbita de la moral, sino que necesariamente debe registrarse alguna implicancia en la órbita del derecho.

Finnis sostiene que el proceso de determinación de los derechos humanos es un proceso que está destinado a concretarse en términos operativos en la órbita del derecho positivo, pero que no se origina en la misma órbita sino en el nivel de la moral, como «conclusiones –invocando la teoría del derecho del Aquinate– (implicaciones) de los principios de nivel más elevado, de los principios morales más gene-

10 NLNR., op. cit., pp. 252-253.

rales»¹¹. Es lo que se denomina *determinatio*, en cuanto es un tipo de concretización de lo general, o particularización que une la necesidad racional del principio con la libertad (del legislador) de elegir entre concretizaciones alternativas...¹².

A su vez, en el proceso de determinación es preciso distinguir dos tipos de principios: (i) principios con fuerza concluyente, cuya denominación proviene del dato de que ponen fin al proceso de razonamiento práctico; y (ii) y principios con fuerza directiva¹³, que en palabras de Finnis son aquellos «elementos de un proceso racional de toma de decisiones que no puede ser concluido de manera razonable apelando simplemente a cualquiera de estos derechos...»¹⁴. Los primeros suelen formularse en forma negativa (vgr. «Nadie podrá ser arbitrariamente detenido»), o bien «Nadie podrá ser sometido a torturas»), mientras que los segundos suelen enunciarse en forma positiva (vgr. «Todo individuo tiene derecho a que se respete su libertad ambulatoria»).

Ahora bien, son los principios con fuerza concluyente los que conducen al reconocimiento de derechos de naturaleza absoluta, o derechos humanos. El carácter concluyente del principio implica además la inalienabilidad del derecho que reconoce en la medida en que el orden jurídico resulta impotente para ofrecer razones que justifiquen su negación o restricción de cualquier forma en orden a la consecución del bien común. Por tanto, «al carácter concluyente del principio en cuestión le sigue, por definición, el carácter absoluto del derecho que reconoce»¹⁵.

Por su parte, los principios con fuerza directiva ofrecen una razón para actuar que es necesaria pero no suficiente, por lo que los derechos reconocidos o enunciados a partir de ellos siguen siendo igualmente inalienables, pero no absolutos, puesto que su ejercicio podría

11 FINNIS, «Natural Law Theories», op. cit. Ap. 5.

12 Ibid.

13 NLNR, op. cit., p. 212.

14 Ibid., p. 212.

15 ZAMBRANO, P., «Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva de la moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana», *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, pp. 87-118.

ser sujeto a ciertas limitaciones o excepciones. Así, por ejemplo, Finnis cita el art. 5. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos... (a)...(f)...»¹⁶. En ambos casos, se trata de un proceso de determinación de derechos sobre la base de distintos tipos de principios jurídicos.

La pregunta que cabe formularse llegada esta instancia es si hay alguna conexión entre principios jurídicos y principios morales en orden a la determinación de los derechos. En este punto, es clara la postura finnisiana respecto de la determinación de los derechos como culmen de un proceso de especificación que opera en el nivel de la racionalidad. Pero, además, es preciso destacar que Finnis también formula una clasificación entre principios morales que opera de modo análogo a la de los principios jurídicos. En efecto –y siguiendo el pensamiento del Aquinate– distingue entre principios morales enunciados asertivamente y principios morales enunciados en sentido negativo o bajo la forma de prohibición. Los primeros indican lo que debe hacerse, mientras que los segundos prescriben lo que no debe hacerse.

Los principios morales negativos obligan siempre y en toda ocasión y se refieren a derechos inalienables y absolutos¹⁷, mientras que los principios morales enunciados positivamente obligan siempre pero no en toda ocasión, lo cual supone una remisión a las circunstancias del caso. En esta lógica, cabe adscribir carácter concluyente a los principios negativos y directivos a los principios positivos.

De ahí entonces que –siguiendo a Pilar Zambrano– se advierte cierta identidad entre principios morales y principios jurídicos. «Esta semejanza da mucho peso a la hipótesis de que, con las salvedades que correspondan, desde el punto de vista formal o lógico el razonamiento moral no se distingue del razonamiento jurídico por lo menos en el área del derecho fundamental»¹⁸. Por supuesto, esta afirmación no su-

16 NLNR, Finnis cita ejemplos de formulaciones de ambos tipos de principios en la nota, p. 211.

17 FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit. pp. 164-165.

18 ZAMBRANO, P., «Principios fundamentales como determinación de los principios

pone una identidad absoluta, pues es sabido que ambos órdenes normativos se mueven en distintos ámbitos de operatividad. Mientras los principios morales rigen el fuero interno del sujeto asignando prioridad a la intención por sobre la acción, los principios jurídicos se aplican a acciones externas, en los que, si la acción no ha tenido comienzo de ejecución, la intención del sujeto resulta irrelevante.

4. ¿Qué ocurre cuando el derecho positivo recepta principios o normas iusfundamentales?

En este apartado, de lo que se trata es de responder a la pregunta de si en materia de principios de derecho fundamental, la incorporación de los mismos en un determinado ordenamiento positivo constituye una conclusión pura de principios morales concluyentes, o, por el contrario, media algún modo de determinación específico.

Teniendo en cuenta los ámbitos de operatividad de la moral y del derecho antes mencionados

...los principios de derecho fundamental se limitan a proscribir aquellas elecciones e intenciones que se materializan en el obrar exterior y que además producen un resultado injusto. Esta doble proyección exterior supone no solo una limitación o estrechamiento en el campo de referencia de los principios jurídicos con relación a los principios morales, sino también cierta determinación material de su objeto¹⁹.

En este contexto, a pesar de que el objeto se ve delimitado como consecuencia del proceso de determinación, es posible identificar, no

morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva de la moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana», op. cit. p. 96.

19 ZAMBRANO, P., «Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva de la moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana», op. cit., p. 117.

obstante, un núcleo duro invariable al que tanto los principios morales como los jurídicos remiten y protegen, a saber: los bienes humanos. Lo que cambia es el modo en que opera en principio moral y el jurídico en el intelecto del agente.

El proceso de determinación conlleva asimismo al surgimiento de un nuevo efecto: la obligatoriedad jurídica. En este proceso, la fuerza jurídica de principios o normas que consagran estos derechos se adquiere desde su efectiva recepción, y origina una obligación tanto moral como jurídica a su cumplimiento. No obstante, y a pesar de reconocer que este tipo de normas se originan al nivel de la racionalidad, aun así Finnis desconecta artificialmente su *status* jurídico del contenido de las mismas a la par que afirma la doble normatividad jurídica y moral de la norma creada por la *determinatio*.

Escribe Finnis en tal sentido:

El derecho puramente positivo que es jurídicamente válido es (presumible y derrotablemente) también moralmente válido y vinculante (...) cuando y en razón de que ocupa un lugar en el esquema de razonamiento práctico cuyo más próximo punto de partida es la necesidad moral de justicia y paz, y cuyo punto de partida más fundamental es la gama de formas básicas en las que el bienestar humano puede ser promovido y protegido, del modo recogido en los primeros principios de la razón práctica²⁰.

El párrafo citado da cuenta de la reflexión del derecho en clave de caso central, en el cual la doble obligatoriedad de las reglas que integran el derecho positivo (jurídica y moral) confluyen y coexisten en el razonamiento del destinatario de las normas, en virtud de la doble convicción de que (i) por un lado, la norma ha sido promulgada de por la autoridad legítimamente encargada de ello y de acuerdo a un procedimiento previamente establecido; (ii) y por otro lado, la convicción de que el contenido de esa norma será congruente con las exigencias

20 FINNIS, J., «Natural Law Theories», op. cit., Ap. 5.

de la razonabilidad práctica, en orden a la promoción y protección del bien humano.

Para los casos en los que no confluyan estos extremos, el autor reserva la calificación de caso desviado o diluido con relación al caso central. No obstante, teniendo en cuenta su tesis sobre los absolutos morales, el método de la analogía termina por dejar sin respuesta o con una respuesta profundamente insatisfactoria –si la misma se confronta con el resto del sistema conceptual finnisiano– respecto a cómo resolver el problema de las reglas o actos de autoridad que atentan directamente contra los absolutos morales que son objeto de determinaciones en derechos humanos fundamentales. Se trata sin duda de un problema eminentemente filosófico, más que jurídico, ya que deja un vacío teórico en la filosofía finnisiana, en la medida en que supone la afirmación y permanencia de un *status* cuestionable en supuestos de normas de conducta en los cuales la pretensión de razonabilidad que informa todo el proceso se halla completamente suprimida, destruida o ausente.

5. El problema de la inteligibilidad

Teniendo en cuenta lo expuesto, si los principios de derecho fundamental constituyen el resultado de un proceso de determinación desde el ámbito operativo de los primeros principios prácticos, hasta su concreción fáctico-institucional mediante formas específicas de positivización, entonces la nota de la inteligibilidad deberá necesariamente informar todo el proceso.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por inteligibilidad?

En principio, un dato innegable en relación con este punto está constituido por la pretensión originaria de universalidad que caracteriza al discurso de los derechos humanos, y por lo tanto –de acuerdo al proceso antes aludido– esa misma lógica siguen los principios ius-fundamentales. En otras palabras, en las proposiciones que integran los principios de derecho fundamental subyace necesariamente una pretensión de universalidad.

En la actualidad, no es posible desconocer que una de las dificultades que se presentan en orden a la identificación de enunciados

de derechos fundamentales es la diversidad de pretensiones que se formulan en esos términos por distintas comunidades lingüísticas. En efecto, es una característica de la cultura actual de los derechos humanos, la apelación a ellos mismos con fines meramente políticos o mediáticos, lo cual ha generado una suerte de manipulación del concepto. En este sentido, Mary Ann Glendon adjudica acertadamente a ese lenguaje (el lenguaje actual de los derechos) a la corrupción del lenguaje político habitual, así como la legitimación de egoísmos personales y grupales²¹.

Este fenómeno tampoco es ajeno al ámbito iusfilosófico contemporáneo. Así, por ejemplo, autores como Rawls y Dworkin han formulado propuestas filosóficas con pretensiones universalistas, pero asignando diversos significados a las proposiciones justificatorias implicadas en esas propuestas²². Pero en todo caso, el problema que se presenta es el

21 GLENDON, M. A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991, p. 171.

22 Sobre el particular, resulta relevante por ejemplo, la teoría de la justicia de Rawls en la que se propone una interpretación universalista del concepto de justicia en a *Theory of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971. Esta concepción está inspirada en la teoría kantiana de lo bueno. Véase en este punto: BEINER, What's the matter with the Liberalism? University of California Press, 1992, pp. 63-66. SANDEL, «Political Liberalism», *Harvard Law Review*, 107 (1994), p. 1770. No obstante, es sabido que la fundamentación que Rawls hace de los principios de derecho fundamental son de tipo constructivista, por lo que surge una surge una evidente incompatibilidad entre la fundamentación constructivista y la pretensión de universalidad. Esto último fue admitido por Rawls, modificando su propuesta teórica hacia una de alcance local. Al respecto, véase RAWLS, J., «Justice and Fairness: Political not Metaphysical», en *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985, p. 233; «Kantian Constructivism in Moral Theory», en *Journal of Philosophy* 77, (1980), p. 515; «The Idea of an Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (7), 1987; «The Priority of Right and Ideas of the Good», *Philosophy and Public Affairs* 17, 1987, p. 251 y por último, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, expanded ed., 2005, pp. 100-101.

Por su parte Ronald Dworkin reivindica los derechos fundamentales en términos de «cartas de triunfo» contra la voluntad o los intereses de las mayorías políticas, sosteniendo una pretensión universalista a la par que rechaza enfáticamente una semántica realista en torno a la justificación de los derechos. En este sentido, véase, DWORIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 192, en dónde defiende la teoría del peso antimayoritario de los derechos, y en las pp. 162-176 rechaza

riesgo que supone que distintas pretensiones provenientes de distintos grupos o comunidades lingüísticas –muchas veces de contenido opuesto y contradictorio unas con otras– produzca una disolución del concepto de derechos humanos, o bien un debilitamiento de su significado.

De ahí que –siguiendo a Pilar Zambrano– cabe señalar «cuatro caracteres generalmente consensuados de los enunciados iusfundamentales, a saber: su proyección universal [a la que ya se hizo referencia]; su naturaleza categórica; y su pretensión de inteligibilidad y razonabilidad»²³. De todas estas características, nos interesa particularmente esta última, por considerar que guarda estrecha vinculación con aquella pretensión que atraviesa todo el planteamiento finnisiano y que se ha identificado también bajo la denominación de «pretensión de razonabilidad», la cual, se encuentra particularmente presente en su tesis de los absolutos morales.

cualquier tipo de compromiso realista. Asimismo afirma la naturaleza convencional de la semántica de los derechos en su *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 72-86. Por último, el mismo Dworkin renuncia a la pretensión de universalidad en su propuesta filosófica de los derechos admitiendo que la misma solo sería viable y válida en el auditorio de las democracias occidentales. Véase: DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 240.

23 . ZAMBRANO, P., «Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción», en *To Dikaion* Volumen 23, N° 2, Universidad de La Sabana, Chía, Colombia, 2014, p. 428. En este artículo, la autora demuestra la necesidad de conexión lógica entre los enunciados iusfundamentales con una semántica realista y con una teoría del conocimiento que otorgue prioridad a la aprehensión sobre el juicio. Para ello, parte de la tesis de Saul Kripke y Hilary Putman, según la cual, el significado de los conceptos no se construye por el mero uso social, sino que es más bien el producto de una mezcla de creación social y de descubrimiento. Sobre el particular, véase: KRIPKE, S., «Naming and Necessity», en D. Davison y H. Harman (eds.), *Semantics of Natural Language*, Springer Netherlands, Reidel, 1972, p. 253; PUTNAM, H., «The Meaning of Meaning», en K. Gunderson (ed.), *Mind, Language and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 131. Las teorías semánticas inspiradas en las ideas de estos autores otorgan «prioridad a la referencia sobre el significado», en sentido en que la referencia de los conceptos– es decir, las cosas a las que los conceptos se aplican– constituye el criterio último para abstraer el significado (la idea general que el concepto designa), en ZAMBRANO, P., «Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción», op. cit. p. 429.

En efecto, la pretensión de inteligibilidad y razonabilidad remiten directamente al significado del objeto de los enunciados de derecho fundamental. En este sentido, el significado de un principio de esta naturaleza será razonable en la medida en que sea inteligible, y será inteligible en la medida en que se aprehenda la evidencia de los objetos a los cuales se refieren en forma directa, esto es, sin necesidad de inferencia o derivación de ningún otro enunciado. Este objeto evidente está determinado por lo que Zambrano siguiendo a Saul Kripke, denomina «referente rígido», y se explica como aquel núcleo invariable –y, por tanto, no convencional– de los principios de derecho fundamental. Sobre este referente descansa también su proyección universal, puesto que la no convencionalidad supone que el mismo referente ha sido aprehendido e identificado intelectualmente –sin necesidad de un proceso lógico previo– como horizonte-fin de cualquier principio o regla de conducta, por el conjunto complejo de agentes que comparten, no obstante, el uso de la razón práctica. Teniendo en cuenta este extremo, y sobre la base de la propuesta filosófica de Finnis, cabe reconocer como referente rígido de los derechos fundamentales, a los bienes humanos básicos que todo sistema u orden jurídico se propone proteger y garantizar.

El carácter de referente rígido de los bienes humanos básicos se explica y fundamenta en la misma tesis del profesor de Oxford, en cuanto que los mismos constituyen el objeto del razonamiento práctico que guía el obrar humano hacia su realización integral. En consecuencia, el derecho como orden normativo encargado de guiar la conducta debe tomar como punto de referencia aquellos bienes aprehensibles por sí mismos y por esa razón, también autoevidentes e inteligibles.

Teniendo en cuenta que «los principios fundamentales son la garantía de razonabilidad y, por tanto, de justicia en el gobierno de la cosa pública»²⁴, y que a su turno, «se proponen dirigir o guiar el obrar y, además, hacerlo con fuerza normativa, no podrá ser hacia un fin meramente conveniente o apetecible, sino que deberá incluir también

24 CIANCIARDO, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires, Ábaco Depalma, 2009, pp. 130 y ss.

algún tipo de necesidad»²⁵, toda elaboración filosófica-deontológica sobre el derecho debe ser consecuente con estos extremos sobre la base de un marco de referencia sustantivo axiológico que lo sustente y lo haga viable. Ese carácter de necesidad se identifica sin mayores dificultades en la referencia a los bienes humanos básicos. Sin esa necesaria referencia, el abordaje en cuestión carece de viabilidad por imposibilidad de justificación racional.

Esto último, a su vez, es congruente con la tesis de los absolutos morales, noción sobre la cual Finnis hace residir –en última instancia– el concepto de derechos humanos. En consecuencia, dada la pretensión de razonabilidad ínsita en toda tentativa institucional-autoritativa de guiar y ordenar el comportamiento humano, aquellos derechos humanos que tienen por objeto la protección de absolutos morales debieran formar parte del núcleo rígido indisponible de todo orden institucional que pretenda sostenerse como auténticamente jurídico, por ser esta la forma de garantizar aquella pretensión, como así también su inteligibilidad. En esta lógica, la ausencia o abandono de toda razonabilidad normativa hará devenir las emisiones autoritativas en mera arbitrariedad, lo que Alexy calificó como nudas relaciones de poder en la medida en que, precisamente han dejado de ser inteligibles y, por tanto, resultan impotentes para generar razones para la acción de tipo excluyente, como las que genera el derecho.

Conclusión

Volviendo entonces a la objeción de Alexy a la teoría jurídica finnisiana respecto de la ley injusta y teniendo en cuenta el análisis precedente respecto de los absolutos morales como fundamento de derechos humanos fundamentales, se concluye que en la propuesta teórica del autor investigado se evidencia una grave falencia, al menos en el nivel teorético.

25 ZAMBRANO, P., «Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción», op. cit. p. 438.

En efecto, si los bienes humanos básicos constituyen la referencia rígida de los enunciados de derecho fundamental, es precisamente en este punto en donde debiera ubicarse el límite al abordaje analógico del derecho en orden a la distinción entre casos centrales y casos periféricos. Esto es lo que, paradójicamente, Finnis se resiste enfáticamente a reconocer sosteniendo forzosamente el *status* jurídico respecto de un acto autoritativo en el que ese núcleo rígido e indisponible de derecho fundamental se encuentra ausente.

En otras palabras, el concepto de validez intrasistemático finnisiano resulta objetable por contradictorio, en la medida en que Finnis lo aplica indistintamente a actos autoritativos cuya injusticia varía en su intensidad. En este sentido, habrá que reconocer la validez y el *status* jurídico de algunas prescripciones institucionales que, en el nivel de la adjudicación, produzcan resultados injustos en alguno de los agentes destinatarios, en razón de la necesidad de preservar la certeza y seguridad jurídica, que son garantía de estabilidad y perdurabilidad del sistema.

Sin embargo, y en orden a evitar la pérdida de la pretensión de razonabilidad por injusticia extrema, habrá que reconocer que las prescripciones autoritativas de cuyo contenido surge el evidente desconocimiento, negación o cualquier otra forma de avasallamiento de bienes humanos básicos, debe necesariamente traer aparejado –para ser coherente con el resto del sistema conceptual– un límite a la extensión analógica y una consecuente pérdida de *status* jurídico para normas o actos gravemente injustos.

La extensión analógica del concepto de derecho no puede ser –desde el plano filosófico-teorético– ilimitada, porque esa circunstancia implica la renuncia a la pretensión de razonabilidad en la dirección de la conducta humana en sociedad, tornando los actos institucionales ininteligibles y perdiendo estos la capacidad de generar razones para la acción al calificar –y con ello, justificar– como «jurídicas» situaciones de manifiesta y grosera arbitrariedad y abuso de poder. En otras palabras, allí donde el referente rígido es atacado por el acto autoritativo es donde debiera sucumbir ese *status* jurídico, si se pretende mantener coherencia con la propuesta inicial de abordar el derecho como la culminación del proceso de la razonabilidad práctica que se inicia

en el plano individual y que transita hacia la vida comunitaria, atravesando los distintos niveles ético, político y jurídico.

Por el contrario, la extensión analógica indiscriminada y el sostenimiento de la validez intrasistemática justificada por exclusiva referencia a la fuente formal o procedimental, sin atención de ninguna naturaleza a su contenido, conlleva lógicamente una fractura del propio sistema conceptual, por desconocimiento posterior de las premisas iniciales sobre las cuales se ha hecho descansar todo el sistema. En tal caso, Finnis parece renunciar –en el nivel jurídico– al parámetro axiológico que él mismo ha empleado como horizonte y fin de toda su filosofía práctica.

Consideraciones finales

1. Recapitulación

El problema de la juridicidad de la ley injusta ha sido –y sigue siendo– un problema sumamente controvertido y debatido en el ámbito de la filosofía del derecho. En el caso de la filosofía jurídica de John Finnis, la propuesta que el autor efectúa respecto al abordaje apropiado para este problema ha sido objeto de análisis y críticas de diversa índole, tanto por sus seguidores como por sus detractores.

El presente trabajo se propuso revisar y profundizar la tesis finnisiana de la ley injusta, tomando como punto de partida la impugnación formulada por el profesor de Kiel, Robert Alexy, en un artículo titulado «*Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*», publicado en la *American Journal of Jurisprudence* en el año 2013. El referido texto ofrece un enfoque distinto del problema de la ley injusta, y conduce a la consideración de una serie de implicancias que surgen del tratamiento que Finnis le asigna a la cuestión, las cuales –aunque no todas ellas son explícitas–, analizadas en profundidad, dirigen hacia la identificación de un problema argumentativo serio en el interior del sistema conceptual sobre el cual Finnis elabora su filosofía práctica, problema que aparentemente habría quedado sin una solución satisfactoria en a orden garantizar la coherencia interna dentro del propio sistema.

Por ello, en los primeros capítulos se procedió a analizar la propuesta metaética finnisiana, en la que el autor desarrolla claramente el eje central y punto de partida de lo que será toda su posterior elaboración filosófica-jurídica. Enmarcado en la pretensión teórica de la *NEDN* –cuyo principal objetivo es la recuperación e interpretación auténtica de la teoría tomista de la ley natural– Finnis se propone específicamente la empresa de reinterpretar la teoría moral de la ley natural formulada por el Aquinate, pero desligada de todo presupuesto ontológico o metafísico que sirva de base para la explicación y justificación de premisas prácticas o normativas.

Con este propósito, el autor emprende un viraje del enfoque en materia de teoría moral, buscando centrar la atención en el modo en que opera el razonamiento práctico para orientar las acciones humanas, previo haber identificado los fines de la acción, los que –a su turno– se presentan en el intelecto del agente como dando razón de bien. Una vez que se ha aprehendido el carácter de bien –en tanto apetecible– como fin de la acción, el paso siguiente que debe efectuar el razonamiento práctico consistirá en la captación de la objetividad del bien, en la medida en que el agente desarrolla una actividad intelectual que lo conduce a reconocer que aquello que se le presenta a sí mismo dando razón de bien, lo es también para todos.

En otras palabras, se trata de un intento de presentar la teoría moral reconociendo como punto de partida del obrar humano la intelección de ciertos bienes básicos que se convierten en principios de acción. Se encuentra presente –según Finnis– en la teoría moral del Aquinate un axioma metodológico en virtud del cual solo resulta posible la comprensión de la naturaleza humana como realidad dinámica, si se procura comprender el objeto de las actividades propiamente humanas sobre la base del atractivo autoevidente que el bien presenta. La autoevidencia supone que el objeto de la actividad humana no se encuentra subordinado a una proposición previa fundada en algún principio ontológico, sino en oportunidades inteligibles sobre la base de la captación de bienes humanos.

De este modo el autor se distancia de aquellos intérpretes del Aquinate que pretenden explicar el accionar humano partiendo de presupuestos metafísicos e identificando su horizonte en el fin último del ser humano (la trascendencia), y hace comenzar el proceso de razonamiento práctico en la captación intelectual de los bienes que operan como principios de acción (los primeros principios) y que orientan la conducta no solo ni exclusivamente hacia el fin último, sino también hacia la realización del ser humano en comunidad.

Por tanto, el proceso de razonamiento práctico se desenvuelve en dos niveles: (i) el nivel pre-moral, en el momento en que se aprehenden los bienes-fines en cuanto a objetos de las tendencias, y luego a través de ellos se llega a la comprensión de las potencias humanas –inclinaciones– que se dirigen a ellos; y (ii) el nivel moral, en el cual el agente

despliega una actividad deliberativa acerca de qué debe hacerse o de cómo participar en alguna forma de aquello que previamente se ha reconocido como bueno. En esta actividad deliberativa acerca de lo que se debe o conviene hacer reside la actividad específica de la razón práctica, particularmente cuando el agente debe elegir entre las distintas oportunidades o alternativas que se le presentan, todas ellas igualmente atractivas. Este segundo nivel de actividad es el propiamente moral, puesto que el agente que delibera, elige y esa elección es libre, supone que previamente ha mediado la formulación de un juicio de valor acerca de cuál de las alternativas que están en juego es mejor.

En consecuencia, los principios de acción que movilizan la actividad humana bajo la percepción de bienes –lo que Finnis identifica como «primeros principios»– tienen carácter pre-moral, esto es, son anteriores a las normas morales en sentido estricto en la medida en que no prescriben que el bien-fin del acto es moralmente necesario u obligatorio, sino que dan cuenta de la racionalidad de su apetencia. Esta actividad se encuentra, a su turno, gobernada por el primer principio de la razón práctica que prescribe que el bien debe hacerse (y perseguirse o buscarse) y el mal debe evitarse. Estos principios se caracterizan por su autoevidencia (no derivación o no deducción) pero ello no significa tampoco que los mismos sean meramente intuitivos, sino que son conocidos por el intelecto a través de datos suministrados por la experiencia. El carácter práctico de estos principios de acción excluye toda posibilidad de derivación de la ley moral a partir del conocimiento metafísico.

De este modo el iusfilósofo oxoniense identifica una serie de bienes que tienen valor en sí mismos y que son apetecidos y buscados por sí mismos y no como medios para alcanzar otro fin: la vida, el conocimiento, el trabajo y el ocio, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica, la religión, etc., Son todos bienes cuya inteligibilidad resulta inobjetable y que conducen a la formulación de principios de acción tales como «el conocimiento es algo que vale la pena poseer o la ignorancia debe ser evitada», es decir, son principios de la razonabilidad práctica en cuanto a que operan como puntos de partida del razonamiento y del obrar humano.

A su turno, la posibilidad de participar en estas formas básicas de bien, constituyen oportunidades de *ser*. A este estado de *ser*, Aristóteles lo llamó *Physis*, que en su traducción latina se lee como *natura*. Se trata, según Tomás de Aquino, «de exigencias no solo de la razón y de la bondad, sino también (por implicación) de la naturaleza humana»¹. Por tanto, estas constituyen las exigencias propias del método de la ley natural del cual se desprenden las reglas morales, también denominadas reglas de derecho natural.

2. El tránsito de la dimensión individual a la dimensión comunitaria o social

Este tránsito se produce en el momento en que se activa otra exigencia de la razonabilidad práctica, a saber, aquella que identifica la inherente condición humana de los bienes básicos, en el sentido en que los mismos constituyen el objeto de toda búsqueda, realización, participación y valoración, en principio, de todo ser humano. Señala Finnis que, «la expresión no filosófica de esta exigencia es, por supuesto, la llamada “Regla de Oro” (*Golden Rule*) (...) “Haz por (o a) otros lo que querías que ellos hicieran por (o a) ti”»². Esta exigencia señala un límite a la autopreferencia en la búsqueda de bienes humanos propiciando la posibilidad de igual búsqueda y acceso a los demás. Este proceso se va desarrollando a través de lo que Finnis llama exigencias de la razonabilidad práctica –en virtud de las cuales se analiza y delibera sobre las consecuencias de las propias opciones y acciones–, y que desemboca en la última de ellas, en virtud de la cual se advierte la necesidad de evitar todo acto o conducta alguna que suponga provocar un daño o impedir la participación de otro en algún bien humano básico.

Se va perfilando así la noción de bien común, consagrado explícitamente en la octava exigencia de la razonabilidad práctica, que el profesor oxoniense conceptualiza en términos de esfuerzo coordina-

1 *NLNR*, p 103.

2 *NLNR*, p. 107.

do de acciones de los sujetos intervinientes en procura de un objeto común que implica beneficios para todos y cada uno. Todo esto con la finalidad de «asegurar todo un conjunto de condiciones materiales o de otro tipo que tiendan a favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal»³. La aparición en el esquema del razonamiento práctico de la noción de bien común político, conlleva a la necesidad de considerar algunas implicancias de su concreción, a saber: (i) la justicia, que en Finnis se configura como una virtud que se desarrolla en las relaciones de alteridad y por medio de la cual se restablecen situaciones desequilibradas o desproporcionadas, y se resuelven los problemas de distribución (ii) la autoridad política, encargada de coordinar la acción social común destinada a resolver problemas de distribución con miras al bien común mediante distintas formas de organización y reglamentación y (iii) la necesidad de que los individuos cumplan los compromisos asumidos.

De este modo se advierte en la teoría finnisiana un enlace argumentativo intencionado entre las tres dimensiones de la filosofía práctica que confluyen en la noción de bien común político. En efecto, esta noción comprende la dimensión ética, en la medida en que es el mismo autor quien lo define en términos de posibilidad de acceso a bienes humanos básicos *por todos y cada uno* de los miembros de la comunidad; y a su vez, esta noción es la materia propia de la filosofía política y, por tanto, de la teoría jurídica, constituyéndose en el elemento teleológico fundante del concepto de derecho en clave de caso central. Hasta aquí, se puede concluir sin dificultad que la noción de bien humano como punto de partida del proceso de razonamiento práctico es omnipresente en cada una de las dimensiones de la filosofía práctica. La teoría jurídica se convierte así en la resultante final del proceso de racionalidad práctica presentando un modelo conceptual de derecho estrechamente vinculado a la noción de bien común político y de bien humano individual.

3 NLN, p. 154.

3. El derecho como resultante final del proceso de racionalidad práctica

Lo expuesto debe complementarse con la consideración del método práctico-jurídico que incluye un doble aspecto: por un lado, el llamado punto de vista interno que supone un abandono de la perspectiva neutral del espectador imparcial que ha caracterizado a la filosofía analítica y asumir un compromiso con un abordaje decididamente valorativo del fenómeno jurídico; y por otro, proponiendo un abordaje del fenómeno jurídico en forma analógica. En lo referente al primero de los aspectos, una de las implicancias que resulta decisiva para comprender la incidencia del fenómeno jurídico radica en su capacidad para proporcionar razones para la acción. En otros términos, el derecho interviene en el proceso de razonamiento práctico suministrando al agente razones para actuar que influyen decisivamente en el mismo y que excluyen otras posibles razones que el sujeto podría haber considerado.

En lo que respecta al segundo aspecto de la metodología finnisiana, la descripción analógica permite ampliar el campo de aplicación de los conceptos estudiados más allá del denominado caso central, haciéndolo susceptible de ser extendido a otras realidades en las que están ausentes, diluidas o corruptas algunas de esas características. Pero en todo caso, el caso central supone la construcción de un modelo teórico-conceptual de tipo ideal que servirá al estudioso de un marco de referencia para confrontar las distintas realidades que aborde como objeto de estudio. Ello encuentra su justificativo en el dato de que la realidad social –en cuanto a objeto de estudio– presenta siempre una multiplicidad de matices en los que difícilmente se reúnan la totalidad de aspectos constitutivos del concepto. De ahí que el recurso de la analogía se presente como una herramienta metodológica especialmente propicia para realizar una aproximación lo más realista posible a las prácticas sociales.

Ahora bien, el caso central de la realidad que se trate, debe reunir la totalidad de características que contribuyan a un abordaje omnicompreensivo y totalizador del fenómeno en estudio en una situación ideal, teniendo en cuenta que la formación de los conceptos elementales de

cualquier ciencia práctica solo puede tener lugar luego de la observación crítica de los objetos-fines a los que se dirige. En el caso del derecho, este modelo teórico conceptual, que Finnis denomina caso central, reúne una serie de características que permiten suponer que el mismo es el resultado –a nivel institucional– del proceso de racionalidad práctica que se originó en el plano individual.

En efecto, los aspectos más salientes del caso central de derecho según el profesor de Oxford serían (i) el aspecto autoritativo: la autoridad reviste un papel fundamental en el esquema finnisiano en la medida en que ella asume la función de mediadora y garante propia de la función jurídica de coordinar la acción común; y (ii) por otra parte, la necesaria referencia al bien común como horizonte respecto del cual orientar esa coordinación.

A su vez, y como ha podido advertirse claramente a lo largo de la investigación, el concepto de bien común propuesto por Finnis remite directamente a la noción de bien humano, y a todo el proceso de razonabilidad práctica envuelto en la búsqueda del mismo. Este mismo dato es el que permite deducir que tanto la autoridad política como el derecho, son resultantes de dicho proceso. Esta conclusión se refuerza aún más si se considera la potencialidad creadora de razones excluyentes para la acción propia de este caso central de derecho propuesta por nuestro autor. Esto implica que, para que pueda operarse la exclusión de razones, esto es, la sustitución de posibles razones personales del agente por aquellas que suministra el ordenamiento jurídico, estas últimas deben justificarse no solo en la fuente formalmente establecida de la cual emana, sino que también deberá propiciar, en la prescripción autoritativa, un contenido sustantivo portador de una carga de razonabilidad (inteligibilidad) que sea inobjetable. De lo contrario, difícilmente podrá operarse este efecto sustitutivo de razones.

De ahí que se pueda afirmar sin dificultad que habría en el desarrollo filosófico del autor investigado una *pretensión de razonabilidad* ínsita en todo el proceso, y que se encuentra especialmente presente en su propuesta teórica-jurídica a través de la definición del caso central de derecho como realidad modélica con la cual confrontar los fenómenos jurídicos concretos.

Además, Finnis plantea una relación entre autoridad y razonabilidad en términos de causa-efecto, esto es, hay una asunción casi explícita de que los actos emanados de la autoridad política, serán –por esa misma razón– justos o adecuados a los requerimientos de la razonabilidad práctica. Por supuesto, ello ocurre siempre que se reflexiona en clave de caso central y, por tanto, cuando no se verifica esta adecuación, el método analógico permite no obstante, la extensión del concepto a versiones corruptas o diluidas del caso central.

4. La crítica de Robert Alexy

Es en el punto recién aludido en el que se sitúa el aspecto más álgido de la objeción de Robert Alexy, que ha servido de punto de partida para el presente trabajo. En efecto, como se observó en el capítulo **IV**, el profesor alemán parte de su aproximación al fenómeno jurídico sobre la base de la identificación teórica de sus dos dimensiones constitutivas, a saber: (i) la dimensión real-autoritativa y (ii) la dimensión ideal-racional. La primera se refiere al aspecto formal-institucional del derecho, mientras que la segunda remite al aspecto sustancial y se evidencia en la «pretensión de corrección» (corrección moral) que subyace implícitamente en las reglas jurídicas.

Partiendo de este planteo elemental, Alexy entiende que aquellos actos y reglas de la autoridad que no se pueden justificar a partir de la dimensión ideal del derecho por su injusticia extrema, pierden su *status* jurídico y pasan a convertirse en nudas relaciones de poder, o bien en meros mandatos netamente cargados de arbitrariedad. Y en este sentido, el método finnisiano de la extensión analógica se vuelve particularmente impugnabile y conduce a la inclusión de su propuesta dentro de las filas del «no positivismo súper incluyente», en la medida en que el profesor australiano aplica el método analógico indiscriminadamente, extendiendo *el status* jurídico a cualquier mandato autoritativo, sin gradación de su contenido, priorizando el aspecto formal al sustantivo en orden a la calificación de una determinada realidad como jurídica. Así, para el profesor de Oxford, si el derecho se explica en relación con sus fuentes, cualquier realidad puede ser calificada como jurídica si la misma tiene su fuente en hechos sociales, propo-

niendo una lógica jurídica que prioriza valores formales (vrg. certeza legal) por sobre los sustanciales (vgr. justicia), y reservando para los casos de injusticia en el derecho la calificación de casos diluidos o corruptos, sin atender al grado de injusticia o arbitrariedad contenida en el mandato.

En relación con esto último Alexy señala que Finnis tampoco aplica adecuadamente el método de extensión analógica, puesto que confunde lo jurídicamente desviado con lo jurídicamente defectuoso, y precisamente porque lo confunde, propone una extensión analógica ilimitada de los modelos conceptuales, particularmente del derecho. Ciertamente, explica Alexy que una determinada realidad puede –enfrentada con su caso central– ser desviada, sin que ello implique que necesariamente es defectuosa. A modo de ejemplo, toma el caso, cita el supuesto de una tortuga cuya velocidad equipara a la del chita. Lo normal, esto es, el caso central del concepto de tortuga supondrá que tal posibilidad es irrealizable, no obstante, si hubiera una mínima posibilidad de verificación en la realidad, la el caso de la tortuga veloz sería un caso desviado, pero no defectuoso.

Trasladando este ejemplo al ámbito del derecho, cabe la afirmación –según Alexy– de que «un sistema legal que *no provea* de coerción en orden a asegurar la justicia y la paz, “sería considerado tanto desviado como defectuoso”. Sin embargo, si llegó a la existencia de una sociedad en la que todos los miembros tenían un fuerte sentido de la justicia tal que todos y cada uno siempre se rige por la ley, la posibilidad legal de imponer medidas coercitivas podría ser abolida. Si esto ocurriera, este sistema se habría vuelto desviado, pero no defectuoso»⁴. Incluso, podría ser este un caso más perfecto que aquel en el cual exista la posibilidad de ejercer la coerción. Esto último le permite concluir al profesor alemán que, cuando Finnis se refiere a casos desviados o defectuosos en relación con el caso central, lo hace sobre la base de criterios calificantes entre los órdenes normativos del derecho y la moral, y en esa inteligencia –en orden a evitar una confusión conceptual entre

4 ALEXY, R., «Some Reflections on The Ideal Dimmension of Law and Legal Philosophy of John Finnis», op. cit., p. 10-11.

ambos— evita proyectar los efectos de la defectuosidad moral sobre el ámbito de aplicación propiamente jurídico. Pero esto último es lo que finalmente le impide a Finnis desconocer el *status* jurídico incluso cuando las reglas de sistema son de tal magnitud de injusticia (como señala la fórmula de *Radbruch*), que implican la supresión de la dimensión ideal del derecho, o la renuncia a la pretensión de razonabilidad que atraviesa el caso central de derecho finnisiano. Como respuesta a estos supuestos, Finnis se limita a aportar la distinción entre obligación legal en sentido jurídico y obligación legal en sentido moral, haciendo decaer esta última en los supuestos de injusticia extrema y dejando subsistente la primera, activando el concepto de validez intrasistemática, que es una especie de criterio de validez residual por directa referencia a dispositivos meramente formales (fuentes), pero que asimismo admite la posibilidad de adscribir carácter jurídico a reglas o actos constituidos al margen de todo patrón de razonabilidad.

5. La respuesta de Finnis a la objeción de Alexy

En su respuesta, el profesor de Oxford parece esquivo sobre la posibilidad de definición de la inconsistencia teórica señalada por su detractor. En efecto, reafirma la perspectiva del participante como la más adecuada para realizar un abordaje integral del fenómeno jurídico, por ser la que más peso atribuye a la dimensión sustancial, enfocando la atención en «los fines humanos básicos —necesidades o bienes— y significados apropiados, vienen juntos en un entendimiento críticamente justificado —concepto— de derecho»⁵. Este proceso consiste su vez, en «articular y probar pretensiones sustantivas sobre qué

5 FINNIS, John, «Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's "Ideal Dimension"», op. cit., p. 90. «That is to say: this process of critical practical reflection—not to be confused with the “construction” and adoption of an “expedient” concept—proceeds by way of articulating and testing substantive claims about what practical reason (ableness) requires of anyone and everyone, requirements that include a need for law as a characteristically indispensable means to securing the common good of justice and peace, by coordination achieved by way of authority of an appropriately rule of law kind».

razón práctica (capacidad) requiere de cualquiera y de todos, requerimientos que incluyen la necesidad de la ley como medio característicamente indispensable para asegurar el bien común de la justicia y la paz, a través de la coordinación lograda por el camino de la autoridad de una clase de regla de derecho apropiada»⁶.

En otras palabras, la frase citada permite inferir con claridad la pretensión de razonabilidad en la reflexión crítica del derecho, pero Finnis se niega a identificar este proceso con la construcción del concepto de derecho. Asimismo, Finnis no considera que un sistema jurídico deba, para ser tal, formular pretensiones de corrección, entendida esta corrección términos de adecuación a estándares morales –tal como lo hace Alexy– ni que el derecho en sí mismo pretenda ser moralmente obligatorio, como le habría replicado a Maris Köp que Tinturé, en el Capítulo V (ver capítulo V).

Más aún, Finnis pretende refutar la impugnación formulada arguyendo sobre la necesidad de reflexionar y analizar realidades en clave de caso central, en los cuales declara imprescindible la consideración de «las principales formas de bienestar humano intrínseco y de miseria– en otras palabras, de necesidades característicamente humanas– y de clases de opciones (y así, clases de prácticas o instituciones) inteligibles y razonablemente sensibles a esas necesidades»⁷. Y seguidamente, el autor declara que esta reflexión sustantiva puede finalmente derivar en la formación de un concepto.

A pesar de ello, Finnis ofrece en su teoría jurídica un concepto de derecho en clave de caso central, cuya característica más saliente reside en el énfasis teórico colocado en el elemento teleológico al cual debe apuntar la realidad definida, a saber, el bien común. Es en el bien común, como componente teleológico del concepto, en el que están precisamente implicadas esas formas de bienestar humano y las opciones inteligibles para responder a esas formas de bienestar. En otras palabras, si bien el caso central de derecho proporcionado por el pro-

6 *Ibíd.*, p. 90.

7 *Ibíd.*, 93.

fesor oxoniense otorga peso a la dimensión autoritativa del derecho, no es menos cierto que hay un señalamiento muy concreto respecto del sentido moral que debe seguir el ejercicio de la autoridad en la tarea de la legislación y la adjudicación.

De lo expuesto, se advierte una doble contradicción (i) en la negativa del autor a la construcción de un concepto y en la aseveración enfática de la necesidad de reflexionar en clave de caso central por un lado; (ii) en la aportación de un concepto de derecho en clave de caso central en el que se consagran categóricamente las dimensiones autoritativas y racionales como componentes necesarios para un abordaje integral, en cuanto a realidad que, por ser objeto de estudio, se constituye en objeto de definición.

En orden a resolver esta aparente contradicción, el presente trabajo se propuso analizar en profundidad tres aspectos fundamentales de la filosofía de Finnis que guardan estrecha relación con el tema objeto de controversia, a saber:

(A) En la tarea de elaborar un modelo conceptual de derecho: ¿Es necesaria la vinculación entre el derecho y la moral o es meramente conveniente?

(B) ¿Hay algún límite a la concepción analógica del derecho? ¿Se puede sostener ilimitadamente la noción de validez intrasistemática, cuando el contenido de las reglas o actos de la autoridad se encuentran en franca y clara oposición con principios elementales de justicia?

(C) ¿Es el derecho un fenómeno inteligible en forma autónoma, desvinculado de todo criterio ético que le proporcione algún horizonte de sentido?

A. Acerca de la vinculación conceptual entre derecho y moral

Al analizar el tratamiento que el profesor de Oxford le asigna al tópico referido en el capítulo V, se pudo arribar a las siguientes conclusiones:

1. Se advierte una intencionalidad teórica del autor de vincular ambos órdenes normativos (derecho y moral) partiendo de una explicación progresiva de la normatividad moral, que reconoce su origen en la aprehensión de bienes humanos básicos, en un nivel pre-moral

(como tendencias), hacia la comprensión de su inteligibilidad intrínseca, operando en el proceso de razonabilidad práctica, como objeto de la deliberación, elección y concreción fáctica del obrar humano.

2. De la anterior inferencia se evidencia que Finnis adscribe a los procesos de razonabilidad práctica un carácter eminentemente teleológico, los realizan un tránsito evolutivo desde el nivel pre-moral, hacia el moral, y desde el nivel moral se proyecta sobre la dimensión política y jurídica del comportamiento humano.

3. Este proceso evolutivo, a su turno, se desenvuelve progresivamente a través de otro proceso consistente en la inferencia desde la comprensión de lo que es puramente apetecible, hacia lo que es bueno, y desde lo que es bueno en sentido objetivo, hacia lo que es moralmente obligatorio. Asimismo, estos procesos intelectivos están gobernados por los primeros principios prácticos, los cuales trascienden la dimensión individual a partir del momento de la captación de su «integralidad» –esto es, la percepción del carácter bueno para sí y para otros, o «bien común» –siendo este el punto de inflexión que marca el origen del deber moral. Por último, la normatividad moral está destinada a regir no solo la dimensión individual del agente que delibera, sino también la dimensión social, abarcando la normatividad jurídica.

4. La forma en que Finnis explica los procesos de razonabilidad práctica resultan particularmente útiles en orden a identificar una plataforma moral común que, por su objetividad indiscutible, sirven de base para el diseño de sistemas institucionales de organización y dirección del comportamiento humano en sociedad (lo que Finnis designa como «coordinación de la acción social»). En este estadio de su desarrollo teórico-filosófico, Finnis inscribe la figura de la autoridad política, previo a reconocer a la comunidad total como el ámbito propicio en el que se verifican los procesos de especificación de normas morales para el comportamiento social de sus miembros.

5. La autoridad política finnisiana se justifica a través de dos factores fundamentales: (i) la necesidad de coordinación de la acción comunitaria, y (ii) la imposibilidad de lograr un consenso social unánime respecto de la forma de concretar esa coordinación. En este esquema conceptual, el derecho se prefigura y explica como expresión institucionalizada de la autoridad política.

6. No obstante, es precisamente en el umbral que atraviesa la explicación de la autoridad política hacia la autoridad y obligatoriedad jurídica, donde comienza a tambalear teóricamente el sistema conceptual desarrollado por Finnis, puesto que las principales tesis en virtud de las cuales el profesor de Oxford justifica ese sistema implican una fractura de todo el sistema conceptual previo en el que se evidenciaba la explícita pretensión de mostrar ambos fenómenos sociales –política y derecho– como resultantes de una determinación del razonamiento práctico, cuyo máximo nivel de concreción se registra en la positivización de normas jurídicas.

Esta fractura del sistema conceptual previo se produce porque desde el momento en que irrumpe la autoridad política en el esquema finnisiano, la misma opera –a través del derecho– proporcionando razones para la acción, esto es, sustituyendo otras posibles razones para actuar que el agente hubiera considerado, por aquellas que le suministra el mandato autoritativo.

7. Ahora bien, si la política y el derecho se explicaran como instancias de determinación de requerimientos de la razonabilidad práctica, la obligatoriedad de los mandatos autoritativos se justificaría en razón de su contenido, esto es, por la adecuación sustantiva del contenido del mandato a un estándar moral, el cual a su vez es obtenido como resultado de la captación inteligible de un bien humano al cual remite. Sin embargo, Finnis no hace residir el efecto interruptivo del razonamiento práctico en el contenido del mandato, sino en su fuente, induciendo al agente a considerar una única razón en virtud de la cual se fundamentaría el deber de obediencia, a saber: que se debe obedecer las prescripciones autoritativas por ser este el único medio idóneo para garantizar el bien común dentro de la comunidad política. En otras palabras, la noción finnisiana de autoridad –y de derecho como instancia institucionalizada de la misma– debe su legitimidad no a la razonabilidad intrínseca de sus emisiones sino a la fuente formal por la que se positivizan.

8. Hay en este nivel de explicación teórica una asunción artificial, o cuando menos forzada, de que la autoridad y el derecho serán ejercidos en conformidad con los requerimientos de la razonabilidad práctica. Finnis asume esta premisa de forma explícita al elaborar el caso

central de derecho, en el que presume que todos los componentes del sistema operarán adecuadamente para que el derecho funcione como resultante final del proceso, reservando el mecanismo de la extensión analógica solo ante la eventualidad de que algunos de esos componentes se tornen disfuncional. Es claro que en el caso central de derecho deviene un concepto en el que se evidencia inequívoca vinculación entre el derecho y la moral. La referencia al bien común propia del caso central finnisiano, en cuanto a componente sustantivo del mismo, da cuenta de esta vinculación.

9. Finalmente, y a pesar de ser clara la pretensión de elaboración de una teoría jurídica de tipo deontológica, esto es, con base en una teoría de la ley natural, cuando Finnis es interpelado por sus críticos sobre esta cuestión, se niega a reconocer el carácter necesario de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral, asignándole a tal vinculación un carácter meramente conveniente, cuyo abordaje no remite al ámbito de investigación propio de la filosofía jurídica, sino de la filosofía moral. Más aún, se niega enfáticamente a reconocer que el derecho formule una pretensión de corrección moral. En este punto, el profesor australiano prefiere prescindir de parámetros axiológicos para delimitar el ámbito propiamente jurídico, y recurre a suposiciones forzadas, tales como que, en los sistemas jurídicos decentes, los legisladores (*law makers*) seguirán esos parámetros en la tarea de promulgar reglas jurídicas.

No obstante, se advierte que esta última apelación a la decencia, como criterio de naturaleza netamente moral de los sistemas jurídicos, o de los operadores jurídicos (legisladores y jueces) involucra necesariamente un posicionamiento moral concreto respecto de cómo deben ser los actos legislativos y adjudicativos desde el aspecto sustancial. He aquí una debilidad manifiesta en la teoría jurídica finnisiana.

B. El problema de la ley injusta

Tal como se ha evidenciado a lo largo de la investigación, lo más controversial de la teoría jurídica del profesor Finnis radica en su tesis sobre la persistencia del *status* jurídico de leyes (en general, emisiones autoritativas positivizadas) de contenido gravemente injusto. En el ca-

pítulo VI se procuró analizar de forma exhaustiva distintos textos en los que el profesor australiano se ha expedido sobre la resolución de este problema, verificándose y explicitando algunas fluctuaciones en su posicionamiento respecto de la materia controvertida.

Como resultado de dicho análisis se ha arribado a las siguientes conclusiones:

1. Previo a entrar de lleno en el abordaje del problema de la ley injusta en la teoría jurídica finnisiana, se dedicó el primer apartado al análisis de la noción de justicia, a fin de verificar qué papel juega este valor en el marco de la filosofía práctica según el esquema propuesto por el profesor oxoniense. Su mismo desarrollo conduce a ratificar la conclusión acerca de la posibilidad de identificación de tres niveles de teorización en los cuales, el valor-virtud justicia también se encuentra presente, a saber:

(i) el nivel ético que opera en la esfera individual: la justicia aquí tiene lugar en aquella instancia del razonamiento práctico en la que el agente advierte la necesidad de que sus semejantes puedan acceder a bienes humanos necesarios para su realización en iguales condiciones que él mismo;

(ii) el nivel político, en el cual se trasciende la esfera individual hacia la comunitaria y que se caracteriza por el esfuerzo mancomunado de los miembros de la comunidad en coordinar la acción social, erigiendo una autoridad como medio para alcanzar este fin. La justicia aquí está presente en la finalidad que orienta la coordinación de la acción social, que no es otra que la consecución del bien común (recordando que este último se conceptualiza en términos de posibilidad de acceso equitativo a bienes humanos básicos por todos y cada uno de los miembros de un grupo social determinado).

(iii) Por último, este valor-virtud de la justicia interactúa al nivel de la teoría jurídica con los resortes de tipo formal o técnico, establecidos una vez que las distintas formas de coordinación de la acción comunitaria se positivizan en disposiciones concretas y se institucionalizan.

En este último nivel de desarrollo teórico, surge un concepto de derecho, esto es, una propuesta de realidad modélica del fenómeno jurídico, que es el caso central de derecho, en el que la justicia se encuentra implicada nuevamente en la noción de bien común identificando

al *telos* último al cual se debe orientar todo sistema jurídico-positivo. De dónde se sigue que en el caso central de derecho funciona en el esquema finnisiano como culminación de este proceso de razonamiento práctico que principia en la aprehensión y valoración de los bienes humanos básicos y reconoce a la autoridad política y al derecho –como expresión empírica de esa autoridad– la vía idónea para garantizar el acceso a esos bienes por parte de todos los miembros de una determinada comunidad.

De lo expuesto, cabe concluir sin dificultad que la teoría jurídica finnisiana tiene un carácter marcadamente deontológico, que, a su turno, encuentra como base y fundamento, una teoría de la ley natural. En otras palabras, toda sólida teoría jurídica debe ser –en opinión del profesor Finnis– derivada de una teoría de la ley natural, la que a su vez justifica su solidez según que la misma haya sido elaborada a partir de las exigencias básicas de la razonabilidad práctica. En el desarrollo de esta última se evidencia claramente una formación intencionada de categorías teóricas cuya presencia se advierte en los tres niveles de teorización implicados en el ámbito de la filosofía práctica (vgr. bienes humanos básicos, razón práctica, exigencias de la razonabilidad práctica, bien común, etc.). Sobre la base de estas nociones, Finnis pretende explicar el carácter teleológico de toda la estructura institucional de la sociedad.

Este sistema conceptual, presente en todos los niveles del desarrollo teórico elaborado por el profesor Finnis, es lo que hemos identificado con la denominación de pretensión de razonabilidad y que, por supuesto, se encuentra presente en el caso central del derecho como instancia final de institucionalización del razonamiento práctico. Se advierte entonces la existencia de una noción finnisiana claramente compatible con la noción de «pretensión de corrección moral» propuesta por Alexy. No obstante, al ser interpelado por sus críticos sobre el particular, Finnis niega expresamente la pretensión de corrección o de obligatoriedad moral subyacente en las emisiones positivas de la autoridad.

2. Es precisamente la advertencia de esta pretensión de razonabilidad que atraviesa la totalidad del desarrollo finnisiano lo que torna aun más controvertida su solución en materia de injusticia jurídica, en lo que respecta al *status* del acto autoritativo cuestionado y sus efectos.

La impugnación formulada por Alexy sobre el particular, resulta especialmente elocuente en este sentido, puesto que pone en evidencia la inconsistencia teórica reflexionar deónticamente sobre el derecho para luego no proyectar los efectos de tal reflexión sobre las cuestiones más álgidas que se plantean en el ámbito del debate iusfilosófico contemporáneo. Fundamentalmente, resulta puntualmente objetable la aplicación ilimitada del método de extensión analógica de los conceptos, así como la posibilidad de predicar la «validez intrasistemática», en orden a la definición del *status* jurídico que cabe adscribir a reglas positivas cuya injusticia sustancial es de tal envergadura que supone la ruptura o supresión de la pretensión de razonabilidad. De donde se sigue que, en una primera aproximación, el profesor de Oxford mantiene soluciones que priorizan una visión del derecho en el que predominan los criterios sistémico-formales en orden a su conceptualización en desmedro de los parámetros axiológicos o valorativos, aun cuando ello implique ir en contra de todo su sistema conceptual elaborado *a priori* para justificar racionalmente la existencia y necesidad social y política del derecho.

En otros términos, el hecho de predicar la validez intrasistemática de reglas y actos autoritativos por exclusiva referencia a su fuente cuando su contenido es absolutamente inicuo y, por esa misma razón, *irracional*, parece implicar un abandono por parte del mismo autor del criterio central que él mismo ha empleado para fundamentar la necesidad de la autoridad política y del derecho, en la medida en que se ha desdibujado el *telos* que debería informar a todo el sistema para que el mismo este debidamente justificado, a saber: el bien común.

3. Del recorrido de los textos en los que en los que el autor australiano se ha pronunciado sobre el tema controvertido, se observa una cierta falta de uniformidad de criterio, acaso por reconocimiento de la inconsistencia teórica que supone el mantenimiento rígido de las tesis objetadas, lo que en última instancia evidencia una falta de respuesta clara al problema de la ley injusta. Más bien, en su respuesta, Finnis escapa por la tangente proponiendo el retorno al análisis sobre cuestiones sustantivas que tienen que ser de interés para el teórico pero sin reflexionar en profundidad sobre las implicancias de la ausencia de tales cuestiones. En este contexto, Finnis insiste en-

fáticamente en enfocar el análisis iusfilosófico en los casos centrales de derecho positivo, difuminando todo pronunciamiento respecto del problema de reconocer carácter jurídico a reglas positivas de notoria injusticia. Esta falta de definición –como ya se explicitó en el capítulo anterior– se evidencia en la contradicción que surge en el tercer nivel de explicación, al proponer una noción del derecho en términos de resultante de un proceso de especificación (determinación) de un sistema de normas morales (ley natural) aprehendido previamente sobre la base de la captación y comprensión de las nociones de bien humano y de bien común, así como también, la forma de interacción entre ambas nociones.

En este punto, la inconsistencia se verifica en la fase crítica referente a la posibilidad de que un acto autoritativo se haya evadido por completo el cauce del proceso de especificación, y –más aún– se haya convertido en un acto que contraríe los requerimientos más elementales de la razonabilidad práctica, en magnitud tal que se vuelva en contra del *telos* individual y comunitario que debería informar todo el proceso. Asimismo, la falta de matización en este punto coloca a Finnis en condiciones de admitir el *status* jurídico de un sistema cuyo proceso de construcción ha transitado al margen de todo criterio de razonabilidad, habida cuenta de que su impugnador alemán sitúa el punto de inflexión de la declinación del carácter jurídico de las prescripciones de la autoridad en el caso específico de la violación a derechos humanos fundamentales, en la cual, el profesor de Oxford continua insistiendo en el reconocimiento del carácter jurídico de las normas si se verifica la adecuación a estándares sistémico-formales.

Se advierte cierta rigidez en el planteo finnisiano en este último sentido, particularmente en orden a la admisión de la posibilidad de predicar la necesidad de reconocer cierta sustancialidad a los dispositivos técnicos que componen el sistema a fin de evitar que peligre su propia consistencia interna. Concretamente, no se observa que haya dificultad en reconocer –si la intención es elaborar una sólida teoría del derecho natural que informe las experiencias concretas del derecho positivo– en que los dispositivos técnicos como la validez o la eficacia se encuentren subordinados a la finalidad sustantiva en virtud del cual el sistema en cuestión ha sido creado y puesto en marcha.

En otras palabras, no se advierte dificultad filosófica en reconocer la subordinación de elementos formales del sistema a los sustanciales, menos aún si la reflexión se efectúa en clave de caso central, ni de fijar un límite a la extensión analógica de los conceptos en tales supuestos.

C. Inteligibilidad y absolutos morales

1. Por último, la inconsistencia señalada en el sistema conceptual finnisiano se profundiza aún más si se toma en consideración su tesis, que comparte con la Nueva Escuela del Derecho Natural, en lo que respecta a los absolutos morales, a partir de la cual se puede predicar la existencia de derechos humanos de igual carácter, es decir, inexcusables. En efecto, en materia de derechos fundamentales, y entendiendo los derechos como mecanismos dispuestos por los sistemas jurídicos para la protección de bienes humanos, el derecho se vuelve inteligible allí en donde precisamente se puede identificar y comprender racionalmente el bien humano que protege. En consecuencia, siendo los bienes humanos básicos los que constituyen el referente rígido de todo enunciado formulado en términos de derechos humanos, es allí precisamente en donde corresponde ubicar el límite a la extensión analógica que divide los supuestos fácticos entre casos centrales y casos periféricos, admitiendo la posibilidad de que en ciertos casos la extensión analógica no resulte posible por falta del núcleo ético indisponible, como ocurre en los casos en los que están en juego derechos humanos fundamentales.

En otros términos, el concepto de validez intrasistemática no puede aplicarse en forma indiscriminada e ilimitada respecto de cualquier acto o regla de autoridad que se adecue a estándares formales en cuanto a su origen y su procedimiento sin reparar mínimamente en su contenido. Para no contrariar la inteligencia interna de su propio sistema conceptual, Finnis debería admitir –cuando menos– que los actos autoritativos gravemente lesivos de derechos humanos fundamentales, pierden *status* jurídico y, en consecuencia, no pueden ser objeto de extensión analógica del concepto de derecho por ser producto de un proceso que se ha desarrollado al margen de todo cause de razonabilidad.

La admisibilidad de esta última premisa de ningún modo supone poner en riesgo otros valores necesarios para la perdurabilidad del sistema como la certeza o seguridad jurídica, ya que no se cuestiona aquí cualquier acto o regla autoritativo que provoque incidentalmente un resultado injusto, sino solo aquellos que evidencian en su contenido una arbitrariedad manifiesta y grave que torna irracional la adscripción de carácter jurídico a esos actos y reglas.

Para repetir, no parece compatible la reflexión filosófica y la consecuente teorización deontológica sobre el concepto de derecho, y al mismo tiempo admitir que el derecho positivo puede tener cualquier contenido. En este sentido, la propuesta de análisis del derecho según un caso central pone de manifiesto una intencionalidad intrínseca de explicar el fenómeno en cuestión según una realidad modélica, esto es, no por lo que el derecho es sino por lo que *debe ser*. Por lo que –siguiendo esa lógica– no cabe desde el plano deontológico posibilidad alguna de extender analógicamente los conceptos en forma ilimitada, porque esa circunstancia importa la renuncia a la pretensión de razonabilidad. Si se admite la posibilidad –siempre reflexionando en clave deontológica– de que los actos de ejercicio de la autoridad política y del derecho –como expresión de esa autoridad– se tornen ininteligibles, entonces el derecho pierde necesaria e inexorablemente la aptitud para generar razones para la acción.

En otras palabras, allí donde el referente sustantivo rígido es atacado por el acto autoritativo es donde debiera sucumbir el *status* jurídico, si se pretende mantener coherencia con la propuesta inicial de abordar el estudio del derecho como la culminación del proceso de la razonabilidad práctica, que se inicia en el plano individual y que transita hacia la vida comunitaria, atravesando los distintos niveles ético, político y jurídico. No obstante, Finnis, en el nivel jurídico, y al predicar la extensión analógica ilimitada y el sostenimiento de validez intrasistemática por su referencia fáctico-procedimental, renuncia a todo el esquema conceptual elaborado en los niveles previos y a los conceptos claves que él mismo ha empleado para arribar al tercer nivel de la filosofía práctica, es decir, al nivel jurídico.

Las consideraciones anteriormente expuestas conducen a inferir dos posibles conclusiones respecto al problema teórico identificado en la teoría jurídica finnisiana; en efecto:

(i) O bien, la misma adolece de una auténtica inconsistencia teórico-conceptual, que torna ininteligible su posicionamiento filosófico jurídico, en la medida en que lo único que diferenciaría la tesis de Finnis de las tesis propias del positivismo analítico es el hecho de haber realizado un aporte más exhaustivo respecto de cómo debe entenderse el derecho natural, pero manteniendo las soluciones proporcionadas por la jurisprudencia analítica positivista a la hora de analizar la interrelación e interacción entre derecho natural y derecho positivo;

(ii) O bien, con base en el tratamiento y las respuestas fluctuantes que se han hallado en sus distintos escritos del profesor de Oxford en los que se ha pronunciado expresamente sobre el punto controvertido, se estaría frente a una propuesta teórica inconclusa, que obligaría al autor a definir en algún momento su posición con más claridad, debiendo optar de modo contundente y con asunción de todas las consecuencias del caso entre el positivismo o el iusnaturalismo.

La relevancia del problema se manifiesta fundamentalmente en hecho de que, en el contexto actual de «cultura de los derechos», caracterizado por la fragmentación moral y el pluralismo ético, con frecuencia nos hallamos frente a pretensiones y reivindicaciones formuladas en términos de derechos humanos fundamentales, muchas de las cuales tienen contenidos contradictorios y excluyentes unas con otras. La observación del panorama jurídico actual tanto en el orden nacional como internacional, bien podrían conducirnos a la conclusión de que estamos asistiendo a un proceso de disolución del concepto de derechos humanos, en la medida en el mismo se ha tornado una noción sumamente ideologizada y politizada, conduciendo a una suerte de pérdida de nitidez del núcleo sustantivo indisponible respecto del cual originariamente se hizo descansar el concepto. En este sentido, es dable reconocer la utilidad de la perspectiva de los bienes humanos básicos como horizonte objetivo e inteligible, pero además inobjetable, proporcionado por el aporte finnisiano como criterio de recuperación axiológico de la esencia de la moralidad, y que debe ser el fundamento firme que justifique cualquier acto autoritativo creador de dispositivos jurídicos tendientes a su reconocimiento y protección.

Por tanto, la necesidad de que este intento de elaboración de una teoría del derecho natural de carácter tan vasto, desarrollado y lúcido

no pierda sentido y relevancia en orden a su proyección sobre las problemáticas actuales en el ámbito del derecho y del debate iusfilosófico contemporáneo, reclama del mismo una coherencia interna que obligaría a su autor a subsanar las inconsistencias teóricas que el mismo adolece, al menos en el punto estudiado en estas páginas.

Bibliografía y fuentes

Obras de Finnis

- 1) FINNIS, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- 2) FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Segunda Edición, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- 3) FINNIS, John, *Collected Essays I. Reason in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- 4) FINNIS, John, *Collected Essays III. Human Rights and Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- 5) FINNIS, John, *Collected Essays IV. Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- 6) FINNIS, John, and GRISEZ, Germanin, «The Basic Principles of Natural Law. A Reply to Ralph McInerney», en *The American Journal Of Jurisprudence*, Notre Dame Law School, 1981, pp. 21-31.
- 7) FINNIS, John, «Natural Law and the «Is»-«Ought» Question: An Invitation to Professor Veatch», en *The Catholic Lawyer*, Vol. 26, N° 4, 1981, pp. 266-277.
- 8) FINNIS, J., «Law and What I Truly Should Decide», en *American Journal of Jurisprudence*, Notredame Law School, Notredame, 2003, pp. 107-129.
- 9) FINNIS, John, «Teoría del derecho natural» en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, editado por Javier Saldaña y Carlos Ignacio Massini Correas», Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, pp. 63-100.

- 10) FINNIS, John, «Law's Authority and Social Theory's Predicament», en *CEJF IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 46-65.
- 11) FINNIS, John, «On Hart's Way: Law as reason and as a Fact», en *CEJF IV, Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2011.
- 12) FINNIS, John, *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*, the Catholic University of America Press, Washington DC, 1991.
- 13) FINNIS, John, «Natural Law Theories», en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2011 Edition, Zalta Eduard N. (ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/naturalo-law-theories>.
- 14) FINNIS, John, «Aquinas. Moral, Political and Legal Philosophy», *Stanford Encyclopedia of Law*, Stanford, última revisión 2011, en <http://plato.stanford.edu/entries/naturalo-law-theories>.
- 15) FINNIS, John, «Law and What I Truly Should Decide», en *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame Law School, Notre Dame, 2003, pp. 107-129.
- 16) FINNIS, John, Law as a fact and as a reason for action: A Response to Robert Alexy on Law's «Ideal Dimension», *American Journal of Jurisprudence*, vol. 59, 2014, Oxford, pp. 85-109.
- 17) FINNIS, John, «Aristóteles, Santo Tomás y los Absolutos Morales», en *Estudios de Teoría de Derecho Natural*, Trad. Carlos Ignacio Massini Correas, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
- 18) FINNIS, John, «Aquinas and Natural Law Jurisprudence» en *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Edited by George Duke and Robert P. George, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- 19) FINNIS, John, GRISEZ, Germain, Y BOYLE, Joshep, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

20) FINNIS, John, «Grounding Human Rights in Natural Law», in *American Journal Of Jurisprudence*, Vol. 60, Nº 2, 2015, pp. 199-225.

21) FINNIS, John, «Helping Enact Injust Laws without Complicity in Injustice», en *American Journal of Jurisprudence*, Vol. Nº 49, Notre Dame Law School, Notre Dame, 2004, pp. 11-42.

Bibliografía secundaria

1) AA.VV., *The Nature of Law*, Ed. W. Waluchow & S. Sciaraffa, Oxford, Oxford University Press, 2013.

2) AA.VV., *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Ed. Rodolfo Vázquez, Gedisa, Barcelona España, 1998.

3) AA.VV., *The Revival of Natural Law. Philosophical, Theological and Ethical Responses to Finnis-Grisez School*, Ed. by BIGGAR, Nigel and BLACK, Ruffus, Routledge, London, 2000.

4) AA.VV., *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Eds. John Keown and Robert P. George, Oxford, Oxford University Press, 2013

5) ABBÁ, Giuseppe, *Quale impostazione per la filosofia morale?* Roma, LAS, 1996.

6) ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, trad. esp., Barcelona, Gedisa, 1997.

7) ALEXY, Robert, «Acerca de la relación entre Derecho, Moral y Punibilidad», en VIGO, R., *La injusticia extrema no es derecho*, Primera Edición, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2004, pp. 167-195.

8) ALEXY, Robert, *The argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*. Segunda edición. Oxford, Oxford University Press, 2010.

9) ALEXY, Robert, «Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and Legal Philosophy of John Finnis», en *American Journal of Jurisprudence* vol. 58, 2013, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-14.

10) ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, trad. Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford, Clarendon Press, 1989.

11) ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, (trad. José Luis Calvo Martínez), Alianza, Madrid, 2002.

12) BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. Rafael De Asís y Andrea Grepí, Madrid, Debate, 1993.

13) BROCK, S., *Natural Inclination and the Intelligibility of the Good in Thomistic Natural Law*, en «Vera Lex» 6 (2005): 57-78.

14) BROCK, Stephen, *Review of Natural Law and Practical Reason by M. Rhonheimer*, en «The Thomist» 66.2 (2002), pp. 311-315.

15) BULYGIN, Eugenio, «Validez y Positivismo», en AA. VV., *Actas del Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, Vol. I, La Plata-Argentina, 1987, pp. 241-255.

16) CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires, Ábaco Depalma, 2009.

17) COLEMAN, Jules & LEITER, Brian, «Legal Positivism», en AA. VV., *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Coord. D. Paterson, Oxford, Basil Blackwell, 2000, pp. 241 y passim.

18) COTTA, Sergio, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*; milano, Giuffrè, 1981.

19) COYLE, Sean, *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*. Oxford and Portland, Oregon.

20) CRISP, Roger, «Finnis on Well-being», en *The Philosophy of John Finnis*. Edited by John Keown and Robert P. George, Oxford University Press, 2013.

21) COVELL, Charles, *The Defense of Natural Law. A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, The Macmillan Press, Londres, 1992.

22) DE VRIES, J., Voz Validez, en W. BRUGGER (ed.) *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Herder, 1975, pp. 523-524.

23) DEWAN, Lawrence, «St. Thomas, Our Natural Lights and the Moral Order», en *Angelicum*, 67,1990, pp. 285-308.

24) DONADÍO MAGGI DE GANDOLFI, .m Celestina, «Nueva Lectura del concepto del Ley Natural en Tomás de Aquino», en *Prudentia Iuris* N° 70, Ed. UCA, mayo-junio 2011.

25) DWORKIN, Ronald, «Is law a system of rules?», en AA. VV., *The Philosophy of Law*, Ed. R. .m Dworkin, Oxford, Oxford University Press, 1977.

26) ETCHEVERRY, Juan Bautista, *El debate sobre el positivismo incluyente*, México DF, UNAM, 2006, passim.

27) ETCHEVERRY, Juan Bautista, «Entrevista a John Finnis», en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 35, 2012.

28) GEORGE, Robert P., «Ley Natural», en ID., *Moral Pública. Debates actuales*, trad. .m Rabinovich, IES, Santiago de Chile, 2009.

29) GEORGE, Robert P, «The Achievement of John Finnis», *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*. Edited by John Keown and Robert P. George, Oxford University Press, 2013.

30) GLENDON, Mary Ann, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991.

31) GRISEZ, Germain, «The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question94, Article2», *Natural Law Forum*, vol. 10, 1965.

32) GRISEZ, Germain y SHAW, Russell, *Beyond the new morality. The responsibilities of freedom*, University of Notre Dame Press, última ed. 1988;

33) GRISEZ, Germain, *The way of Lord Jesus*, Franciscan Press, 1997.

34) GRISEZ, Germain, FINNIS, John, Y BOYLE Joseph, «Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends», en *The American Journal of Jurisprudence, An International Forum for Legal Philosophy*, volumen 32, Notre Dame Law School, 1987, pp. 99-151.

35) GOMEZ LOBO, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*. Ed. Mediterráneo, Santiago de Chile, 2006.

36) HART, Herbert L. A, *The Concept of Law*, Oxford U.P, Oxford, 1994, p. 208. (Para la versión en español, véase *El concepto del derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).

37) HOERSTER, Norbert., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdéz, Gedisa, Barcelona, 2000.

38) HUME, David, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Ed. A. Flew, Chicago & La Salle-Illinois, Open Court, 1996.

39) KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. R. Vernengo, Porrúa, México, 1995, pp. 75-82.

40) KÖPKE TINTURÉ, MARIS, «Finnis on Legal and Moral Obligation», en *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Ed. by John Keown and Robert P. George, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 379-395.

41) KRIPKE, Saul, «Naming and Necessity», en D. Davison y H. Harman (eds.), *Semantics of Natural Language*, Springer Netherlands, Reidel, 1972.

42) LONERGAN, Bernard J.F., *Insight. A Study of Human Understanding*, London, Longmans, Green & Co., 1964.

43) MACKIE, John, L, «Obligation to Obey the Law», en *Virginia Law Review*, 61, 1, 1998, pp. 143-158

44) MARMOR, Andrei, *Philosophy of Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2011.

45) MARMOR, Andrei, «The Nature of Law», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. (Fall 2015 Ed.) en E.N. ZALTA (ed.), URL: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2015.entries/lawphil-nature>.

- 46) MASSINNI CORREAS, Carlos, Ignacio, *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*. Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2015.
- 47) MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia Analítica y Derecho Natural. Estudios sobre el pensamiento jurídico de John Finnis*, en prensa, ED. Marcial Pons, Buenos Aires, 2016.
- 48) MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, «Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del Derecho Natural», en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, p. XXXII.
- 49) MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, «Sobre iusnaturalismo y validez del derecho», en AAVV., *Diritto e secolarizzazione. Studi in onore di Francesco D'Agostino*, eds. S. Amato et alii, Giappichelli Editore, Torino, 2018.
- 50) MACCORMICK, Neil, «Natural Law and the Separation of Law and Morals», en Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford University Press, Oxford: 1992, pp. 105-133.
- 51) MCINERNY, Ralph, *The Principles of Natural Law*, en «The American Journal of Jurisprudence» 25 (1980), pp. 1-15.
- 52) McINERMY, Ralph, *Ethica Thomistica*, The Catholic University of America Press, Washington, 1982, pp. 43-44.
- 53) MURPHY, Mark C., *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- 54) MURPHY, Mark C., «Natural Law Jurisprudence», en *Legal Theory*, N° 9, New York, 2003, pp. 241-267, y *Natural Law Theory*, en Golding M. P/Edmunson, W.A (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Blackwell Publishing, Malden, Oxford-Carlton, 2005.
- 55) MURPHY, Mark C., *Philosophy of Law. The Fundamentals*, Oxford-Malden-Carlton, Blackwell, 2007.

56) MURPHY, Mark C., «Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence», *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Ed. by Matthias Klatt, Oxford, Oxford University Press, 2012.

57) NINO, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de la «ciencia» jurídica*, México DF., Fontamara, 2007, pp. 73-88.

58) NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires 1984.

59) ORREGO, Cristóbal, *Estudio Preliminar de Ley Natural y Derechos Naturales de John Finnis*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 9-32.

60) PAULSON, Stanley L., «Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views», *OJLS* 15, 489 a 491.

61) PEREIRA SÁEZ, Carolina, *La Autoridad del Derecho. Análisis crítico de la posición de J.M Finnis*, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2007.

62) PICAVET, Emmanuel, *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, París, PUF, 2000.

63) POPOVIC, Petar, «The concept of <<Right>> and the Focal Point of Juricity in Debate between Villey, Tierney, Finnis and Hervada», en *Persona y Derecho*, Vol. 78, 2018, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 65-103.

64) PUTNAM, Hilary, «The Meaning of Meaning», en K. Gunderson (ed.), *Mind, Languaje and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975.

65) RADBRUCH, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946). En español, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.

66) RADBRUCH, Gustav, «Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law», en *Oxford Journal of Legal Studies* 26 (2006) p. 7.

67) RAWLS, John, *Theory of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.

- 68) RAWLS, John, «Justice and Fairness: Political not Metaphysical», en *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985.
- 69) RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Segunda Ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- 70) RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- 71) RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito de lo público*, trad. m L Melón, Barcelona, Gedisa, 2001.
- 72) RODILLA, Miguel Ángel, «Coherencia, Contrato, Consenso. La estructura argumental de la teoría de la justicia de J. Rawls», inédito, 8, n. 11.
- 73) ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, quinta edición, trad. Genaro CARRIÓ, Buenos Aires, Eudeba, 1994.
- 74) SARTORIUS, Ralph, «Political Authority and Political Obligation», en *Virginia Law Review*, 61, 1, 1998, pp. 3-17.
- 75) SARTRE, Jean Paul, *L'Existencialisme est un humanisme*. París 1946.
- 76) SEIFERT, Josef., *Discurso de los métodos*, trad. R. Rovira, Madrid, Encuentro, 2008, passim
- 77) SEOANE, José Antonio, «La doctrina clásica de la lex iniusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación», en VIGO, R., et alii, *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, la Ley, Buenos Aires, 2004.
- 78) SHAUER, Frederick, *The force of Law*, Harvard University Press, Cambridge-Masachusetts, London, England, 2015.
- 79) SOPER, Phillip, «Law's Normative Claims», en *The Autonomy of Law*, Ed. by R. George, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- 80) SPAEMANN, Robert, *La actualidad del derecho natural*, en ID., *Crítica a las utopías políticas*, trad. esp., Pamplona, EUNSA, 1980.

81) TOLLEFSEN, Christopher, «Natural Law, Basic Goods and Practical Reason», en *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Eds. George Duke and Robert P. George, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 133-156.

82) VEATCH, Henry, «Natural Law and The “Is”-“Ought” Question», in «*Catholic Lawyer*» 26 (1981), pp. 251-265.

83) VEATCH, Henry, «Review of Natural Law and Natural Right by John Finnis», en «*The American Journal of Jurisprudence*» 26 (1981), pp. 257-259.

84) VEATCH, Henry, «Book Reviews of a Critique of The New Natural Law Theory by Russell Hittinger», en *The New Scholasticism*, vol. 62, 1988, pp. 353-365.

85) VEATCH, Henry and RAUTEMBERG, Joseph, «Does the Grisez-Finnis-Boyle Moral Philosophy Rest on a Mistake?», en *Review of Metaphysics*, Vol. XLIV, N. 4, 1991, pp. 807-830.

86) ZAMBRANO, Pilar, «El derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista de John Finnis», en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* N° 4, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp. 323-366.

87) ZAMBRANO, Pilar, «Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva de la moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana», *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, pp. 87-118.

88) ZAMBRANO, Pilar, «Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción», en *To Dikaion* Volumen 23, N° 2, Universidad de La Sabana, Chía, Colombia, 2014, pp. 423-445.