



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

La lucha por el derecho natural

Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis.
A 25 años de la publicación de *Natural Law and
Natural Rights*

JOHN FINNIS

MERCEDES ALES URÍA

ALFREDO DE J. FLORES

KLAUS C. KOPLIN

SANTIAGO LEGARRE

CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS

JOAQUÍN MIGLIORE

ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

CAROLINA PEREIRA SÁEZ

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ

PEDRO SERNA BERMÚDEZ

ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA

FELIPE WIDOW LIRA

PILAR ZAMBRANO

Santiago Legarre

Alejandro Miranda Montecinos

Cristóbal Orrego Sánchez

EDITORES



2006

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 13



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

La lucha por el derecho natural

Actas de las Jornadas en Homenaje a John
Finnis. A 25 años de la publicación de *Natural
Law and Natural Rights*

John Finnis
Mercedes Ales Uría
Alfredo de J. Flores
Klaus C. Koplín
Santiago Legarre
Carlos Ignacio Massini Correas
Joaquín Migliore
Alejandro Miranda Montecinos
Cristóbal Orrego Sánchez
Carolina Pereira Sáez
Roberto Moreno Rodríguez Alcalá
Pedro Serna Bermúdez
Elton Somensi de Oliveira
Felipe Widow Lira
Pilar Zambrano

Santiago Legarre
Alejandro Miranda Montecinos
Cristóbal Orrego Sánchez

EDITORES

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 13 (2006)

Cuadernos de Extensión Jurídica 13 (2006)
La lucha por el derecho natural

CIP - Universidad de los Andes

Jornadas en Homenaje a John Finnis (Buenos Aires, Argentina: 2005)

La lucha por el derecho natural: Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis.
A 25 años de la publicación de "Natural law and natural rights" / John Finnis ...
[et al.]; Santiago Legarre, Alejandro Miranda Montecinos, Cristóbal Orrego Sánchez,
editores.

p. — (Cuadernos de extensión jurídica; 13)

1.- Derecho Natural — Congresos. 2.- Finnis, John. Natural law and natural rights.
I.- Finnis, John. II.-Legarre, Santiago, ed. III.- Orrego Sánchez, Cristóbal, ed. IV.- s.

CDD 22

340.112

2006

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay y Enrique Brahm García.

Secretarios de redacción: Marcelo Nasser Olea, Osvaldo Lagos Villarreal, Ignacio Covarrubias Cuevas

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-7160-46-4

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 160.177

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual

© 2006 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

MERCEDES ALES URÍA

*Profesora de Introducción al Derecho
Universidad Austral*

JOHN FINNIS

*Doctor en Derecho (Universidad de Oxford)
Profesor de Derecho y Filosofía Jurídica
Universidad de Oxford
Profesor de Derecho Frances and Robert Biolchini Family
Universidad de Notre Dame*

ALFREDO DE J. FLORES

*Doctor en Derecho (Universitat de València)
Profesor de Historia del Derecho
Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*

KLAUS C. KOPLIN

*Profesor de Teoría General del Derecho
Centro Universitario Ritter dos Reis (UniRitter)*

SANTIAGO LEGARRE

*Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires)
Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional
Universidad Austral*

CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS

*Doctor en Derecho (Universidad de Mendoza)
Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría del Estado
Universidad de Mendoza
Universidad Nacional de Cuyo*

JOAQUÍN MIGLIORE

Doctor en Derecho (Pontificia Universidad Católica Argentina)
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Austral

ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS

Profesor de Derecho Natural
Universidad de los Andes
Pontificia Universidad Católica de Chile

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ

Magister Juris (Universidad de Oxford)
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)
Profesor de Filosofía Jurídica y Política
Universidad de los Andes

CAROLINA PEREIRA SÁEZ

Candidata al Doctorado en Derecho
Universidad de A Coruña

PEDRO SERNA BERMÚDEZ

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)
Profesor de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universidad de A Coruña

ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA

Master en Filosofía del Derecho
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Profesor de Filosofía del Derecho
Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

FELIPE WIDOW LIRA

Profesor de Derecho Natural
Pontificia Universidad Católica de Chile

PILAR ZAMBRANO

Doctora en Derecho (Universidad de Navarra)
Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad Austral

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	13
PROFESSOR JOHN FINNIS'S OBSERVATIONS FOR THE AUSTRAL CONFERENCE TO MARK THE 25 TH ANNIVERSARY OF <i>NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS</i>	27
OBSERVACIONES DEL PROFESOR JOHN FINNIS PARA LAS JORNADAS CELEBRADAS CON OCASIÓN DEL VIGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO DE LA PUBLICACIÓN DE <i>LEY NATURAL</i> Y <i>DERECHOS NATURALES</i>	31
EVOCACIÓN DE LA FIGURA DEL PROFESOR JOHN M. FINNIS ... <i>Mercedes Ales Uría</i>	37
SOBRE LA INCOHERENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO.....	45
<i>John Finnis</i>	
CONFERENCIAS Y COMENTARIOS	
JOHN FINNIS. LA LUCHA POR EL DERECHO NATURAL <i>Cristóbal Orrego Sánchez</i>	
I. Introducción: el derecho natural	63
II. La lucha por el derecho natural en sentido amplio	65
III. La lucha por el derecho natural verdadero...	67
IV. Derecho natural e Ilustración	70
V. El obstáculo de la cultura relativista.....	73
VI. John Finnis: defensor del derecho natural ..	75
JOHN FINNIS. LA LUCHA POR EL VERDADERO DERECHO NATURAL. COMENTARIO A "JOHN FINNIS. LA LUCHA POR EL DERECHO NATURAL" DE CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ <i>Santiago Legarre</i>	
I. Ley natural y derecho natural.....	83
II. Realismo iusnaturalista y iusnaturalismo normativista	87

III. El desafío del relativismo y la lucha por el derecho natural.....	91
--	----

DWORKIN, FINNIS Y LA "ÚNICA RESPUESTA CORRECTA"
Carlos Ignacio Massini Correas

I. La cuestión a tratar	95
II. La formulación de Dworkin.....	96
III. Las objeciones de John Finnis	99
IV. El planteamiento de la cuestión	103
V. Sobre el último juicio práctico y su determinación	104
VI. La "respuesta más justa" y sus impugnaciones.....	110
VII. Sobre verdad y eticidad	113
VIII. Conclusiones.....	116

RESPUESTAS CORRECTAS, JUSTAS Y LA PERSISTENCIA DEL ENCANTO DEL LEGALISMO. COMENTARIO A "DWORKIN, FINNIS Y LA 'ÚNICA RESPUESTA CORRECTA'" DE CARLOS IGNACIO MASSINI C.
Roberto Moreno Rodríguez Alcalá

I. Introducción.....	119
II. Descifrando la respuesta correcta de Dworkin.....	122
III. Los pasos de Finnis para refutar a Dworkin	128
IV. Síntesis de los argumentos de Finnis	134
V. El Prof. Massini y la respuesta "más justa"	135
VI. La tesis "fuerte" de la decisión más justa y sus problemas	139
VII. A modo de conclusión.....	149

EL PENSAMIENTO DE JOHN FINNIS Y EL DIÁLOGO ENTRE EL IUSNATURALISMO Y LA TRADICIÓN ANALÍTICA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO
Pedro Serna Bermúdez

I. Premisa.....	151
II. El renacer del iusnaturalismo tras la Segunda Guerra Mundial: dificultades, luces y sombras	152

III.	Tradicón y originalidad en el pensamiento de John Finnis	155
IV.	Las consecuencias del cambio de paradigma para la teorí juríca y el diálogo iusnaturalismo-filosofía analítica ...	159
V.	A modo de conclusión.....	168

EL DIÁLOGO COMO CAMINO DE LA FILOSOFÍA.
 COMENTARIO A "EL PENSAMIENTO DE JOHN FINNIS Y
 EL DIÁLOGO ENTRE EL IUSNATURALISMO Y LA TRADICIÓN
 ANALÍTICA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO" DE
 PEDRO SERNA BERMÚDEZ
Pilar Zambrano

I.	Introducción.....	171
II.	El diálogo como modo de aproximación ..	172
III.	El diálogo y su conexión con la argumentación práctica	175
IV.	El diálogo: esfuerzo y sinceridad.....	179

PONENCIAS

EL DIÁLOGO ENTRE EL PENSAMIENTO DE JOHN FINNIS
 Y LA TRADICIÓN ROMANO-GERMÁNICA
Alfredo de J. Flores

I.	Introducción.....	183
II.	Ubicación del pensamiento de Finnis en la tradición juríca anglosajona.....	184
III.	Efectos del diálogo entre el pensamiento de Finnis y el sistema romanístico	187
IV.	Conclusión	192

CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN EL IUSNATURALISMO
 CONTEMPORÁNEO: JOHN FINNIS Y MARTIN RHONHEIMER
Klaus Cohen Koplín

I.	Introducción.....	193
II.	Puntos de identificación genérica entre los dos autores.....	194
III.	La crítica de Rhonheimer a la escuela de Finnis	195
IV.	Análisis de las críticas al pensamiento de Finnis	199

V.	Los posibles motivos de tales divergencias y convergencias	200
VI.	Conclusión	201

DERECHOS HUMANOS Y LEY NATURAL:

¿CONTINUIDAD O RUPTURA?

Joaquín Migliore

I.	Introducción.....	203
II.	Los derechos humanos como derechos subjetivos	205
III.	¿Deben contraponerse derecho subjetivo y objetivo?	209
IV.	¿Conducta objetivamente debida o derecho como facultad?	213
V.	Conclusión	224

LA INFALIBILIDAD EN EL CONOCIMIENTO DE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS DE LA LEY NATURAL. ANÁLISIS A PARTIR DE LOS TEXTOS TOMISTAS

Alejandro Miranda Montecinos

I.	Introducción.....	229
II.	Cuáles son los primeros principios de la ley natural.....	231
III.	La infalibilidad en el conocimiento de los primeros principios de la ley natural y la posibilidad de su transgresión	233
IV.	La infalibilidad <i>in universali</i>	234
V.	La falibilidad <i>in particulari operabili</i>	237

EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN LA FILOSOFÍA

DEL DERECHO DE JOHN FINNIS

Carolina Pereira Sáez

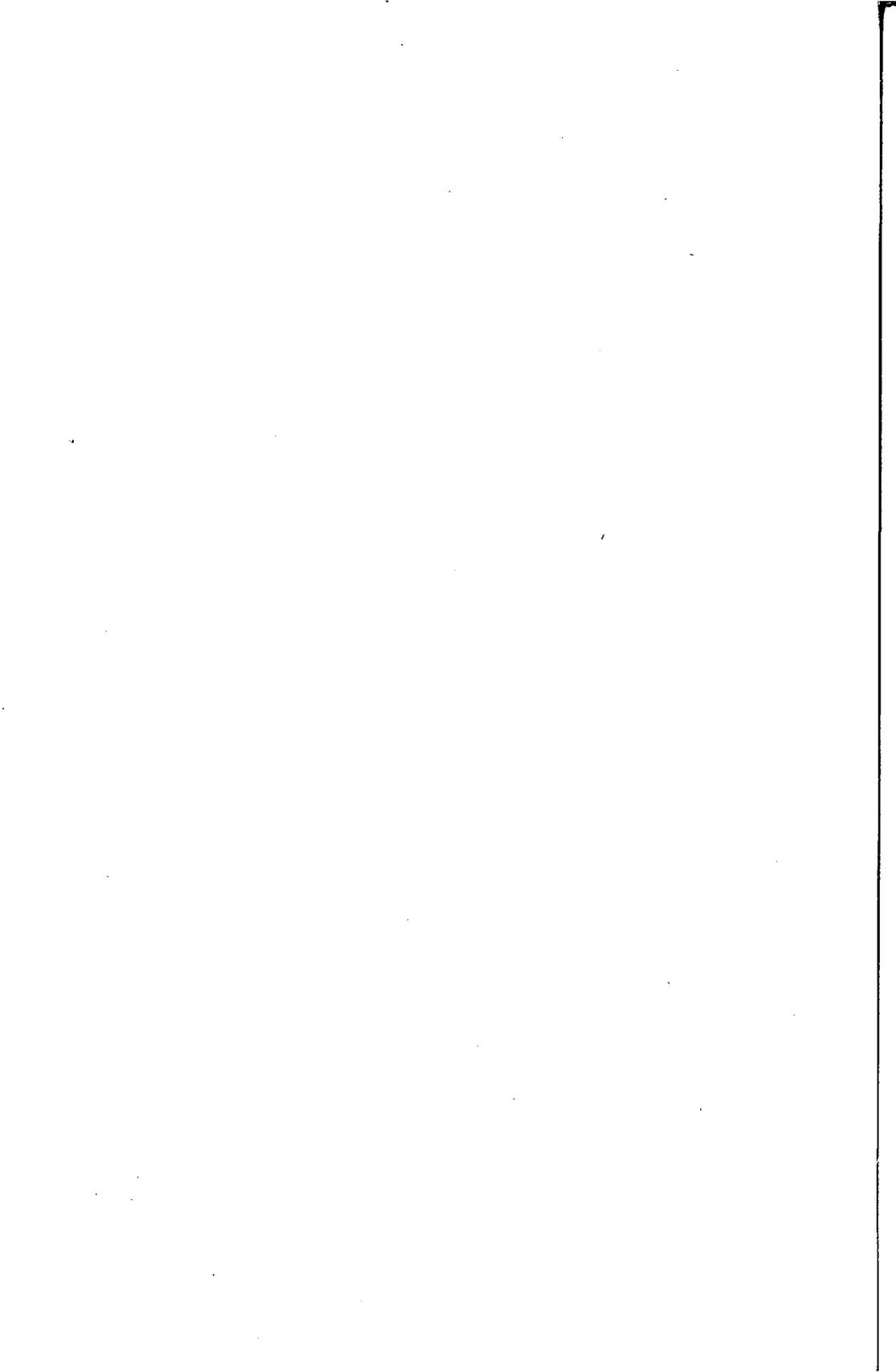
I.	Introducción.....	249
II.	La necesidad del punto de vista interno....	251
III.	La clasificación de los puntos de vista	253
IV.	Las exigencias del punto de vista interno..	255
V.	Conclusión	262

LA METODOLOGÍA DE JOHN FINNIS Y LA GNOSEOLOGÍA
TOMISTA: UNA COMPARACIÓN
Elton Somensi de Olivetra

I.	Introducción.....	265
II.	Los modos de actuación del intelecto humano: intelecto práctico e intelecto teórico	266
III.	El lugar de las ciencias sociales descriptivas	267
IV.	Conclusión	269

LA HERMENÉUTICA COMO MODO DE PENSAR JURÍDICO.
NOTAS DESDE EL IUSNATURALISMO A LA DOCTRINA
DE H. G. GADAMER
Felipe Widow Lira

I.	Introducción.....	271
II.	Líneas generales de la gnoseología gadameriana.....	273
III.	Hermenéutica y ciencia jurídica	279
IV.	Conclusiones.....	290



PRESENTACIÓN

Un nuevo número de los Cuadernos de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes ve la luz con ocasión de una reunión académica internacional realizada en homenaje a John Finnis para conmemorar el vigésimo quinto aniversario de la publicación de Natural Law and Natural Rights (1980). Desde entonces, el autor se ha consolidado como uno de los más lúcidos representantes del pensamiento iusnaturalista de todo el siglo XX. Tanto en Estados Unidos como en América Latina—de modo especial en Argentina—, John Finnis ha ejercido un influjo destacado a través de sus seguidores—no siempre ni en todo concordes con él— y de sus críticos y comentadores, quienes han ayudado también a perfilar el exacto sentido y alcance de su pensamiento. A nadie sorprendió, pues, que al cumplirse un cuarto de siglo desde la aparición de esa obra, se organizaran sendos congresos conmemorativos: uno, en septiembre de 2005, en la Universidad de Princeton, patrocinado por el James Madison Program in American Ideals and Institutions del Departamento de Ciencia Política de esa Universidad, y otro, en junio del mismo año, en Buenos Aires, convocado por el Departamento de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires y por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de los Andes de Chile.

Este libro recoge una selección de las conferencias y ponencias de esta última reunión académica, que tuvo lugar ante un público universitario numeroso y selecto, procedente de diversas ciudades de Argentina, Brasil, Chile, España, Paraguay y Uruguay. Además, se ha añadido la carta con que el profesor Finnis saludó a los participantes, y un artículo suyo inédito en castellano. Mas, antes de pasar revista al contenido de este volumen, nos parece conveniente situar en

*su contexto al autor y la obra que han sido objeto de nuestro homenaje*¹.

John Finnis nació en Adelaida, Australia, el 28 de julio del año 1940. Después de sus estudios universitarios en dicho país, se incorporó a la Universidad de Oxford, donde realizó su doctorado bajo la supervisión de H. L. A. Hart. Actualmente es Fellow de University College y Professor of Law and Legal Philosophy en la misma Universidad (desde 1989). Fue miembro de la Comisión Teológica Internacional de la Santa Sede desde 1986 hasta 1991, y es Fellow de la British Academy desde 1989. Desde 1995 es el primer Biolchini Family Professor of Law en la Universidad de Notre Dame.

El año 1966 John Finnis recibió de parte de H. L. A. Hart –entonces editor de la Clarendon Law Series– el encargo de escribir un libro titulado Natural Law and Natural Rights. El título fue elegido por Hart y nunca se discutió. Hasta ese momento The Concept of Law (1961), del mismo Hart, era el único libro de teoría general del derecho publicado en esa colección de introducciones generales a los diversos campos del derecho y de la ciencia jurídica. John Finnis propuso tener el libro terminado para la Navidad de 1970, a lo que Hart replicó con un “don’t hurry!” (“¡no se apresure!”). El libro fue publicado en 1980 y causó un gran impacto en el ámbito académico anglosajón, primero, y mundial, más tarde. Se ha reimpresso con regularidad desde entonces y ha sido traducido al italiano y al castellano.

Entre tanto, John Finnis había enseñado Teoría del Derecho (Jurisprudence) en Oxford entre 1966 y 1975. Puede decirse que, antes y durante estos años, Finnis se había formado en la tradición de la filosofía analítica del derecho, bajo la influencia prominente de Hart y de Kelsen, pero también de Bentham y de Austin, de Stone y de Hohfeld. El estudio de los autores más representativos del positivismo jurídico analítico –tomando esta denominación en sentido amplio– familiarizó a Finnis con las

¹ Esta parte de la presentación se basa en el *Estudio Preliminar* a John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000, traducción castellana del original *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press, Oxford: 1980) por Cristóbal Orrego con la colaboración de Raúl Madrid, págs. 9-32.

caricaturas de la teoría del derecho natural corrientemente aceptadas por entonces. Natural Law and Natural Rights fue escrito para Hart y para su audiencia antes que para ningún otro público. En este contexto se entiende mejor el tipo de argumentos y de problemas que la obra aborda, y por qué los aborda de manera más o menos polémica ya desde el Prefacio, que sin más se niega a separar—salvo para fines pedagógicos limitados— los estudios de la moral, la política y el derecho.

El primer antecedente del pensamiento de John Finnis se encuentra, pues, en la filosofía jurídica analítica. Sólo más tarde vino a darse cuenta—contra la amplia aceptación, en su ambiente académico, de las imágenes y objeciones contra el derecho natural— de que el iusnaturalismo clásico contenía algo más que oscuridad y superstición. En este encuentro posterior con Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino, y con las orientaciones renovadoras de la teología moral católica lideradas por Germain Grisez, se halla la segunda fuente de su pensamiento, modelado también por su intervención en los debates que, desde los años sesenta, enfrentaron a los católicos seguidores del Magisterio de la Iglesia con los propugnadores del disenso teológico. Un ejemplo, que se revelaría significativo con el paso del tiempo, es el siguiente. El mismo día que fue publicada la Encíclica Humanae Vitae, de Pablo VI, Finnis coincidió en el comedor de University College con Arthur Goodhart, editor de la Law Quarterly Review, quien le pidió una nota explicativa sobre el documento pontificio. Finnis defendió derechamente la ley natural sobre esta cuestión, teniendo en mente el público al que se dirigía, que era, en general, opuesto a la enseñanza católica². Así comenzó su participación en el debate moral entre católicos y en la defensa de la moral tradicional, procurando exponer sus argumentos de una manera entendible para personas con presupuestos intelectuales casi enteramente contrarios.

Trece años después de haber sido encargado por Hart, vio la luz un libro largo, detallado y denso, en el que—no obstante su carácter de obra introductoria— destacan el

² Cf. John Finnis, "Natural Law in Humanae Vitae", en *Law Quarterly Review*, vol. 84, 1968, pp. 467-471.

alto nivel argumentativo, la amplitud de sus referencias al pensamiento ético y jurídico del ámbito anglosajón contemporáneo y sus sólidas raíces en lo mejor de la filosofía práctica clásica, especialmente la de Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino.

Después de Natural Law and Natural Rights, John Finnis ha publicado Fundamentals of Ethics; Nuclear Deterrence, Morality and Realism (con Grisez y Boyle); Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth y Aquinas: Moral, Political and Legal Theory, sin contar más de un centenar de artículos especializados. En esta vasta e importante realización posterior, el autor ha continuado con su defensa de los principios de la ley natural y de la doctrina iusnaturalista clásica sobre la política y el derecho, tanto contra las impugnaciones por parte del pensamiento agnóstico ilustrado como contra las desviaciones de los moralistas y teólogos cristianos—incluso católicos— opuestos al Magisterio de la Iglesia católica. De este período posterior—son casi dos décadas— cabe destacar la amplia repercusión de su obra en el ámbito iusfilosófico analítico, su recepción—no exenta de incomprendiones y polémicas— en el campo de la filosofía y de la teología moral católica, y, también, los complementos y rectificaciones del autor.

Los teóricos analíticos del derecho se replantearon seriamente la interpretación tradicional del iusnaturalismo. H. L. A. Hart, por ejemplo, consciente de que la obra de Finnis hacía imposible continuar discutiendo los temas del derecho natural sobre la base de las imágenes y objeciones tradicionales, refutadas en el capítulo segundo de Ley natural y derechos naturales, afirmó: “La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria a la teoría jurídica positivista, más que un rival suyo”³. Y en seguida: “El mérito principal, y muy grande, de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas, y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos

³ H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford University Press, Oxford: 1983), p. 10.

morales influyen en el derecho e integran la judicación"⁴. Desde 1980, el iusnaturalismo dejó de ser, ante los ojos de los principales teóricos iuspositivistas liderados por Hart, una posición simplemente irracional y absurda.

*John Finnis pasó a ser desde entonces un punto de referencia obligado en los estudios de Jurisprudence, a quien, al igual que a Hart, Kelsen y otros connotados autores, se le dedica un capítulo o una sección importante en los tratados y manuales de teoría y filosofía jurídica*⁵. Su impacto en la filosofía jurídica analítica y su importancia para el restablecimiento de la tradición iusnaturalista en ese contexto se reflejan en las siguientes palabras de Neil MacCormick: "Algunos libros causan una impresión radical en el lector por la audacia y la novedad de las tesis que enuncian; escribir un libro 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. Ése 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 natural. Una teoría que más de una generación de pensadores ha desdeñado como una falacia anticuada y desacreditada, mantenida viva sólo como dogma teológico de una iglesia autoritaria, fue rescatada de un conjunto completo de malentendidos y de tergiversaciones. Al mismo tiempo, fue exhibida como una explicación del derecho por completo desafiante, plenamente capaz de resistir las teorías que, según se creía, la habían refutado y sustituido, tomando al mismo tiempo en cuenta y aceptando dentro de su propio planteamiento algunas de las intuiciones o descubrimientos más importantes de estas teorías"⁶. MacCormick no se

⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵ *Vid.*, entre muchos, uno de los textos de Teoría del Derecho de más prestigio en el mundo anglosajón: M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (Sweet and Maxwell, London: 1994, 6ª ed.), pp. 122-129 y 163-184.

⁶ Neil MacCormick, "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, en p. 105.

*recata en confesar, refiriéndose a esta obra: "Sigue siendo para mí un hito intelectual; uno de esos pocos libros que provocan un cambio permanente en el propio pensamiento; un cambio en el propio paradigma personal"*⁷.

La magnitud de la repercusión del libro en el mundo académico se refleja también en las principales cuestiones debatidas a propósito de la teoría ética y jurídica defendida en Natural Law and Natural Rights, que son, sucintamente, las siguientes: (i) la relación entre "ser" y "deber", entre metafísica y ética, entre naturaleza humana y razón práctica; (ii) el carácter evidente de los bienes humanos básicos y de los primeros principios de la razón práctica, y la no jerarquización objetiva entre ellos –debida a su inconmensurabilidad– en lo que respecta precisamente a su bondad intrínseca como valores; (iii) la distinción, dentro del ámbito de la razón práctica, entre el campo "pre-moral" de los bienes básicos y el campo "moral" de la razonabilidad práctica; (iv) la contraposición entre la teoría de Grisez, Finnis y Boyle, con su pluralidad de bienes básicos pre-morales inconmensurables, y las teorías morales "del fin dominante", entre las que algunos autores –entre ellos Grisez, pero no Finnis⁸– cuentan la tesis aristotélica –aceptada por Tomás de Aquino– de la existencia de un único "fin último" (la contemplación de la verdad y la "gloria de Dios"); (v) el modo de comprender la relación entre el orden moral y el conocimiento humano de su fundamento último trascendente (Dios), y, por último, (vi) la controversia con el proporcionalismo ético y con los moralistas del disenso teológico, que condiciona en gran medida el lenguaje y los modos de razonamiento del autor cuando trata sobre los fundamentos de la moral y la teoría de la acción⁹.

Naturalmente, en veinticinco años ha habido una evolución en el pensamiento de Finnis. El cambio más importante, desde 1980, ha sido la concepción de un "principio maestro de la moral", primero, único y arquitectónico,

⁷ *Ibidem.*

⁸ Cf. Germain Grisez, *The Way of the Lord Jesus I. Christian Moral Principles* (Franciscan Herald Press, Chicago: 1983), c. 34, q. A, pp. 807-810.

⁹ Véase el detalle sobre estas polémicas en el *Estudio Preliminar* citado en la nota 1 *supra*.

ausente en la mera yuxtaposición de las diez "exigencias de la razonabilidad práctica" que presenta Ley Natural y Derechos Naturales (capítulo V). Este principio también es evidente y se identifica con el precepto de amar al prójimo como a uno mismo¹⁰, que puede formularse también como la exigencia de que la voluntad apunte siempre, en toda elección, hacia la "plenitud humana integral" en uno mismo y en los demás¹¹. Otra evolución interesante es que el autor piensa ahora que el grado de paternalismo estatal admisible es menor que el que Natural Law and Natural Rights insinuaba, e introduce en el análisis de esta cuestión, interpretando los textos de Tomás de Aquino, la categoría de "gobierno limitado", la tesis de que el poder estatal sólo puede restringir legítimamente la libre actuación de los ciudadanos cuando lo exija la justicia, i.e. el bien de los otros ciudadanos, lo cual parece acercarse mucho, según Finnis, al "principio de daño" de J. S. Mill¹².

El contexto histórico-académico reseñado explica el interés que la obra de John Finnis ha despertado entre profesores de filosofía política, moral y jurídica, de muy diversos países. Como ya se adelantó, el presente volumen contiene las exposiciones vertidas en las Jornadas en Homenaje a John Finnis, "A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights. La actividad tuvo una estructura bifronte. Por un lado, hubo tres conferencias principales, cada una de las cuales fue objeto de un comentario. Por otro, hubo un foro de ponencias sobre tópicos de Filosofía del Derecho, no necesariamente relacionados con el tema de las Jornadas. Las ponencias publicadas aquí son las que fueron aprobadas oportunamente por un Comité de

¹⁰ Cf. John Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (Oxford University Press, Oxford: 1998), pp. 126-131.

¹¹ Cf. Germain Grisez, Joseph Boyle y John Finnis, "Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends", *American Journal of Jurisprudence*, 32, 1987, pp. 99-151, esp. pp. 121, 127-129; John Finnis, Joseph Boyle y Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (Oxford University Press, Oxford: 1988), pp. 281-284, John Finnis, *Fundamentals of Ethics* (Oxford University Press, Oxford: 1983), pp. 70, 72, 76, 120-124, 127, 151-152.

¹² Cf. *Natural Law and Natural Rights*, cit., pp. 220-223 y 229-230, en relación con *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, cit., pp. 222 y ss. Véase también el tratamiento de toda esta cuestión en Santiago Legarre, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones* (Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires: 2004).

Redacción integrado por los editores de esta obra. El orden en que se publican las conferencias con sus comentarios responde al que se siguió en la versión oral de estos trabajos durante las Jornadas. Las ponencias, en cambio, están ordenadas aquí alfabéticamente.

En el primer intercambio, Cristóbal Orrego desarrolla la idea de que a los defensores tradicionales del derecho natural, que incluyen a John Finnis, hay que sumar también a todos aquellos que sostienen que el Estado debe tutelar ciertas cosas por ser buenas con independencia de lo que acerca de ellas diga el consenso. Este rechazo del relativismo implica para Orrego una adhesión a una de las afirmaciones centrales de la teoría de la ley natural, que hace que pueda considerarse, en cierto sentido, "iusnaturalistas" a quienes yerran acerca del contenido del derecho natural, pero sustraen del consenso ciertas verdades en materia moral. Santiago Legarre responde que, si bien se trata sólo de una cuestión terminológica —llamar o no "lucha por el derecho natural" a esa defensa de contenidos equivocados—, parece preferible no denominar "iusnaturalismo" a toda postura que se oponga al escepticismo y relativismo morales, pues caer en esa tentación lleva consigo una inevitable confusión. A raíz de este intercambio de opiniones, Orrego acepta que solamente quienes defienden los contenidos verdaderos de la ley natural son "defensores del derecho natural" en su caso central (analogado principal) o en un sentido fuerte o según un significado focal.

El segundo intercambio gira en torno de la idea de que existe una única respuesta correcta para los casos difíciles. La tesis de que existe una única respuesta correcta en los casos judiciales difíciles, defendida por Ronald Dworkin, ha sido objeto de una crítica por John Finnis. Carlos Ignacio Massini Correas defiende a Dworkin contra Finnis, y, en el curso de esta defensa, introduce algunos ajustes y formula diversas críticas originales. Depurada de sus errores, y reformulada como la tesis de una única respuesta "justa" en los casos difíciles, la posición de Dworkin debe mantenerse. Según Massini Correas, de no ser así se caería en un emotivismo ajeno a la tradición central de occidente. En su comentario a la conferencia de Massini Correas, Roberto Moreno coincide con Finnis en que la teoría de

Dworkin sobre los casos difíciles supone una distorsión de la realidad de la acción humana. Al hilo de las ideas del profesor homenajeadado, Moreno sostiene que existe una sub-determinación de la razón en los casos difíciles, de la cual sólo se puede salir mediante una decisión de la voluntad o de las emociones. Esto no implica caer en un emotivismo irracional porque la razón práctica juega igualmente un importante rol al descalificar toda solución que, por atender contra un bien básico, sea inmoral. Es decir, si bien en la mayoría de los casos no hay una solución "correcta" (o "justa": para Moreno estos dos términos son sinónimos), también es cierto que en dichos casos muchas soluciones son inaceptables por ser contrarias a la razón.

El tercer intercambio versa sobre los aportes del pensamiento de John Finnis al diálogo entre el iusnaturalismo y la tradición analítica en Filosofía del Derecho. Pedro Serna se centra en el mérito teórico de la obra de Finnis, consistente principalmente, a su juicio, en la facilitación de aquel diálogo. Finnis permitió a los analíticos entender mejor qué es el derecho natural, despojándolo de las "imágenes y objeciones" de las que había sido rodeado en el mundo anglosajón; y, a la vez, mostró a los iusnaturalistas la verdad de algunas tesis puestas de relieve por la tradición analítica y la posibilidad de aceptarlas sin renunciar al pensamiento clásico. Serna también subraya la condición de jurista de Finnis, que le permite llegar al derecho natural a partir de problemas reales y concretos, sin descender desde las alturas de otras disciplinas. En su comentario, Pilar Zambrano coincide con Serna en la potencialidad de la obra de Finnis para facilitar el diálogo del iusnaturalismo con lo que ella llama el "no-iusnaturalismo", en el que incluye tanto las corrientes auto-denominadas positivistas como el constructivismo ético. Enfatiza asimismo la capacidad del autor homenajeadado de trascender cuestiones meramente terminológicas para concentrarse en los conceptos y en las realidades por éstos significadas.

En "Convergencias y divergencias en el iusnaturalismo contemporáneo: John Finnis y Martin Rhonheimer", Klaus Cohen Koplin se esfuerza por mostrar que, más allá de algunas diferencias de enfoque y de terminología, Finnis y Rhonheimer coinciden sustancialmente.

Además, defiende a Finnis de algunas críticas que le dirige Rbonheimer y sostiene que éstas se deberían principalmente a una falta de comprensión del contexto anglosajón y analítico en el cual se elaboraron las teorías del profesor homenajeado.

En "El diálogo entre el pensamiento de John Finnis y la tradición romano-germánica", Alfredo de J. Flores busca poner en su contexto el surgimiento de la filosofía jurídica del profesor de Oxford como condición necesaria para posibilitar la comunicación con la tradición jurídica continental a la que Finnis es ajeno. De este modo se intenta evitar una lectura de la obra de Finnis que incurra en errores interpretativos precisamente por olvidar sus raíces, antecedentes históricos e influencias.

En "Derechos humanos y ley natural: ¿continuidad o ruptura?", Joaquín Migliore se pregunta si la doctrina de los derechos humanos supone un abandono de la perspectiva clásica acerca del derecho y de la ley natural, como sostienen de una forma u otra Leo Strauss, Michel Villey y Julio Meinvielle, o si, como afirman Jacques Maritain y John Finnis, existe entre ellas una línea de continuidad. Esta divisoria de aguas se relaciona, a su vez, con las distintas posturas en torno del derecho entendido como la misma cosa justa y como facultad, y sobre los alcances del supuesto derecho a realizar algo malo. Migliore coincide con Strauss y Villey en que detrás de la noción de derechos humanos se encuentra la manera moderna de comprender la libertad, mas difiere de ellos cuando sostienen que dicha comprensión es incompatible con el modo tradicional de concebir la ley natural. Defiende, con Finnis, la tesis de la compatibilidad pero lo critica por no advertir la novedad que los derechos humanos suponen respecto del pensamiento clásico.

En "La infalibilidad en el conocimiento de los primeros principios de la ley natural", Alejandro Miranda analiza meticulosamente numerosos textos tomistas para intentar explicar la compatibilidad de la inerrancia o infalibilidad en el conocimiento de los primeros principios de la ley natural con el hecho, a primera vista desconcertante, de que en la práctica se los pueda transgredir y de hecho se los transgrede. Para ello distingue, siguiendo a Tomás

de Aquino, entre su conocimiento “en universal”, que es infalible siempre, y “en particular”, donde la razón puede errar en la aplicación de los primeros principios en casos concretos.

En “El punto de vista interno en la Filosofía del Derecho de John Finnis”, Carolina Pereira muestra cómo la adopción que hace H. L. A. Hart del punto de vista interno para el conocimiento del derecho implica una superación de las teorías jurídicas que se limitan a formular juicios de predicción. Sin embargo, critica a Hart por equiparar todas las posibles razones que pueden llevar a aceptar una norma y, junto a Finnis, considera que debe privilegiarse el punto de vista de la persona razonable. Esta “perspectiva interna crítica” es claramente moral y en esto Finnis se separa crucialmente de Hart, señalando cómo éste se quedó a mitad de camino al adoptar una metodología adecuada —el punto de vista interno— sin llevarla hasta sus últimas consecuencias.

En “La metodología de John Finnis y la Gnoseología tomista: una comparación”, Elton Somensi de Oliveira recuerda la tradicional distinción entre las dos funciones de la inteligencia, que llevó a los clásicos a hablar de “intelecto especulativo” e “intelecto práctico”. Sobre la base del análisis de textos de Finnis, Somensi de Oliveira considera que las ciencias sociales descriptivas se encuentran en el ámbito del intelecto teórico, aunque se relacionan con el intelecto práctico.

En “La hermenéutica como modo de pensar jurídico. Notas desde el iusnaturalismo a la doctrina de H. G. Gadamer”, Felipe Widow rescata la utilidad de la hermenéutica para el conocimiento del derecho. Al ser éste un objeto contingente —carente de “necesidad”—, desaparecen buena parte de los defectos que la hermenéutica tiene de caras a la filosofía especulativa, mientras que se aprovechan las herramientas que la hermenéutica brinda para la interpretación de los fenómenos históricos, entre los que se cuenta el derecho. De este modo, la hermenéutica podría facilitar el regreso a las fuentes clásicas de la comprensión del derecho, que subrayan tanto el carácter práctico como la historicidad del fenómeno jurídico.

Los trabajos que acaban de reseñarse vienen precedidos de la evocación de la figura del profesor Finnis llevada

a cabo por Mercedes Ales con ocasión de las Jornadas. También publicamos, a continuación, el mensaje a los asistentes enviado por el homenajeado, tanto en su versión original inglesa como en la traducción de Mercedes Yapur y Mercedes Ales. Esta carta de Finnis tiene un peculiar interés ya que, con un inusual tono familiar, arroja novedosas y hasta ahora inéditas correcciones a Natural Law and Natural Rights por parte de su autor, a la vez que deja entrever su actual interés en el pensamiento y la obra de William Shakespeare, a cuyo estudio ha consagrado muchos de sus trabajos académicos más recientes. La carta fue leída en la inauguración de las Jornadas por Nicole Jaureguiberry, estudiante de la Universidad Austral de Buenos Aires. El último ítem que precede las ponencias es el artículo de Finnis "Sobre la incoherencia del positivismo jurídico", publicado aquí por primera vez en lengua castellana con permiso de su autor. La traducción fue realizada en España por Carolina Pereira Sáez.

Por último, los editores queremos dejar constancia de nuestro agradecimiento a quienes han intervenido en las diversas etapas de este proyecto académico.

Vaya en primer lugar nuestro reconocimiento al profesor John Finnis, quien, aunque no pudo asistir a las Jornadas, se hizo presente mediante la carta y el artículo ya mencionados, y nos apoyó desde el primer momento.

Agradecemos también a todos los otros autores por su participación en las Jornadas y por los artículos que ahora ven la luz. También a Agustina Capponi, secretaria de las Jornadas, por su eficiencia y calidez, y al grupo de estudiantes de primer año de la Universidad Austral que colaboraron entusiastamente en tareas organizativas.

De manera especial agradecemos a Alejandro Miranda su trabajo como coeditor de este volumen de los Cuadernos de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

En fin, agradecemos a las instituciones que nos han apoyado y que han aportado una ayuda económica. La Universidad Austral de Buenos Aires y la Universidad de los Andes, como hemos dicho, organizaron estas Jornadas el año 2005. El Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de Chile, a través del Proyecto Fondecyt

1050227 que dirige Cristóbal Orrego, ha financiado los costos de edición del libro. La Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes ha financiado los gastos de impresión de este libro, como parte de su serie de Cuadernos de Extensión.

SANTIAGO LEGARRE
CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ

En Santiago de Chile, a 28 de noviembre de 2006.

**PROFESSOR JOHN FINNIS'S OBSERVATIONS FOR
THE AUSTRAL CONFERENCE TO MARK THE 25TH
ANNIVERSARY OF *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS***

I greatly regret that I cannot be here among you to offer these reflections in person, to benefit from your critical insights, and to enjoy again the hospitality and friendship that you –and especially Dr Santiago Legarre– offered me on my first and, regrettably, only visit to these regions, in September 2001. Even at a great distance, I feel especially privileged that you are devoting these days to a consideration or reconsideration of a book that made its way into the public domain early in 1980, was soon apprehended by that notable participant in the jurisprudential conversation, Dr Carlos Ignacio Massini Correas, and began to enjoy a second life in your linguistic zone in Dr Cristóbal Orrego's wonderfully careful and sensitive translation published here –as is well known to you all– in 2000.

Authors have no uniquely reliable insight into the motivating or strategic ideas in their works. But their testimony is admissible as evidence, and so I venture to say one or two things about what I regard as fundamental for an understanding of the book's argument. I would point, first of all, to chapter XI.8 (especially from its second page onwards), discussing the scholastic debate about whether that *imperium* by which one directs and put in motion the actual carrying out of one's own freely chosen act pertains to *reason* (presupposing one's will's act of choice), as Aquinas contends, or rather, as Gabriel Vasquez and Francisco Suarez think, to *will*. One cannot (it seems to me) have really understood first practical principles and intelligible goods ("values"), or "ought" and obligation, or the fundamental error of David Hume about reason and action, unless one can readily understand why XI.8 so firmly takes Aquinas's side in this dispute (a dispute in which even disciples of his accused him of ineptness and futility in postulating an *imperium* of reason). The book, of course, neglects to explain and defend the reality of free choice, simply taking it for granted; this passage is one of the book's few references to will and what is involved in human willing. The gap was later filled, more or less, by the defence of free choice in *Fundamental of Ethics* (1983) –which also takes up the Wojtylan and Grisezian theme of choice's persistence in one's will as character– and by the exposition of human deliberation, in the footsteps of St Thomas, in *Aquinas* (1998).

Other notable lacunae in *Natural Law and Natural Rights* are well known to many or all of you. The basic requirements of practical reasonableness are articulated without the integration and intelligibility which they have when understood as implications or specifications of the master moral principle that one remain open in all one's willing to the fulfillment of all human persons and communities in all the basic goods, the principle, that is to say, of love of neighbor as oneself. The basic intelligible good of marriage is left in uncertainty by the discussion in IV.2.A. The incommensurability of instantiations of one and the same basic good, like the incommensurability of persons, is not given its proper place alongside the incommensurability of basic goods. Intention is not analysed with explicitness and precision. There is no deployment of the fundamental principle of St Thomas's method for understanding dynamic realities—that the nature of each such kind of thing is known only by understanding its capacities, which in turn are understood only by understanding its acts, which in turn are intelligible only by understanding their objects. Had the book deployed that principle, the hostile reactions to some sentences in II.4 (“The illicit inference from facts to norms”) could have been headed off (assuming a bit more authorial skill, some explanation of the link between principles and virtue, and some charitable readerly attentiveness to the book's context).

The book was brought back from Africa early in 1978, virtually complete. So it is essentially, one might say, of the times of Paul VI, and a response to the ferment of those days, a ferment of a kind by no means new in the history of the faith but scarcely preceded in its questioning of Christian *doctrina de moribus*—questioning which spurred that return to the foundations which Germain Grisez and then I undertook. As the book records in its note to II.7, Suarezian conceptions of natural law were, it seemed to Grisez and me, at the root of certain defective arguments against sexual vices, arguments which Grisez “definitively criticizes... (and replaces...)”. A colleague of mine in the Oxford Faculty of Law has teamed up with a well-known professor of New York (David A. J. Richards, who was a student at my Oxford college when I was working on my doctorate there), and they are writing a whole book to show that besides the exoteric author of *Natural Law and Natural Rights* there is concealed an esoteric author of works defending indefensible religious moral teachings. But the note to II.7 was plain enough: “...and replaces”. The work of replacing inadequate with adequate arguments had to continue apace in the era of John Paul II. The identification of fertilization *in vitro* as, even when life-respecting, a choice entailing the inequality of maker to product and thus the willing of a form of enslavement, was one such work—once again essentially collaborative. Another

was the appropriation and elaboration of the rich implications of Aquinas' understanding of marital *fides*, in my *Aquinas* ch. V.4 (especially p. 152 and its expansion in "The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations", *The American Journal of Jurisprudence* 42 (1997) 97-134). Yet another, as the crisis of secularisation goes ever deeper, was the exploration of the unity of the human race in the equality and dignity of radical capacities never lost or absent between conception and true death. And there are a number of other developments. It has been an immense privilege to be called upon to participate in these various collaborations—in such work.

But I will not go further, lest I seem careless of your patience and/or minded to deflect you from the book you have chosen to reflect upon. Let me finish by mentioning one thought—or perhaps it is two—implicit in the remarks I have just made. *Natural Law and Natural Rights* is fired by my engagement with the master-idea of Plato's *Republic*: that the political community is the human individual writ large. A theory of politics and, therefore, a theory of law cannot be soundly understood or proposed without a firm and accurate grasp of the flourishing and fulfilment, and therefore of the nature, of the individual human person—and therefore of the family, the very matrix of each individual human life's emergence and formation. And each family worthy of the name instantiates the relationship, quite *sui generis*, of intelligible human goods as such, particularly the good of friendship and the good of marriage, to their instantiation in *this* person and *these* persons, particularly in friendship with this person or in marriage to this person. The book's argument is that, just as one's own reason's *imperium* puts choice into action by representing the chosen objective as a desirable instantiation of human good(s), and just as one's political rulers' *imperium* is normally obligatory by being transparent for common good (XI.8), so obligation in general cannot be well understood unless and until one understands that kind of common good which is entailed and illuminated by the reciprocity of friendship (VI.4, especially its last whole page), that is, of love.

Some of my recent work has been towards establishing neglected aspects of the origins of Shakespeare's writings. I have undertaken this in large part because I see in those writings a mind comparable to St Thomas's in its masterly grip, and a world-view not at all foreign to the great theologian's. I have been particularly interested in the great poem of 1601, untitled but not anonymous, which as Patrick Martin and I have argued without challenge in the *Times Literary Supplement* (23 April 2003) portrays behind masks the remarkable unity in separation of two young spouses, each disinherited for religious conversion, and soon sundered by the husband's imprisonment for religion, his exile overseas, and his death

some years before his young widow's execution for religion in London in February 1601. Speaking with the assumed authority, both speculative and practical, of Reason itself (and manifesting that humanly unsurpassable authority with every line of this most formally ordered and confidently conceptual of poems), the poet makes reason, "in itself confounded" by the couple's astounding unity in separation, see "Division grow together / ... so well compounded, / That it [Reason] cried "how true [real, faithful] a twain [pair] / Seemeth this concordant one; / *Love bath Reason, Reason none* / If what parts [i.e. is parted by exile and a death] can so remain." Artfully presenting itself as a requiem anthem in the liturgy of the legally condemned old faith, and word-playing with the married surname of the recent martyr, the poem alludes—in the near silence its knowing readers would have anticipated—to this great woman's other indissoluble and spousal union, the union ratified, so to speak, by her canonization by Paul VI. To this English but not merely English poet's work, as also, in some measure, to my own in every way more prosaic book, one can therefore apply the sentence that the Athenian stranger applies to his own (or rather his maker's) words, the sentence which in *NLNR* XIII.5 ends the long quotation from Plato's *Laus* VII, 803b-c and brings my book to its three concluding paragraphs.

These thoughts and others unspoken come with my heartfelt and grateful best wishes for all your endeavours.

JOHN FINNIS
Oxford

29 May 2005

**OBSERVACIONES DEL PROFESOR JOHN FINNIS PARA
LAS JORNADAS CELEBRADAS CON OCASIÓN DEL
VIGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO DE LA PUBLICACIÓN
DE *LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES****

Lamento enormemente no poder estar allí con ustedes para ofrecer estas reflexiones en persona, para beneficiarme de sus observaciones críticas, y para disfrutar nuevamente de la hospitalidad y amistad que ustedes –y especialmente el Dr. Santiago Legarre– me ofrecieron en mi primera y, lamentablemente, única visita a esas regiones, en septiembre del 2001. Aun a gran distancia, me siento especialmente privilegiado de que dediquen estos días a considerar o reconsiderar un libro que entró en el dominio público a principios de 1980, fue prontamente comprendido por ese notable participante en la conversación iusfilosófica, el Dr. Carlos Ignacio Massini Correas, y comenzó a disfrutar de una segunda vida en vuestra zona lingüística en la maravillosamente cuidada y sensible traducción del Dr. Cristóbal Orrego, publicada aquí –como ustedes bien saben– en 2000.

Los autores no poseen una intuición privilegiada de los motivos y de las ideas estratégicas de sus obras. Pero su testimonio es admisible como prueba, y así me atrevo a decir una o dos cosas sobre lo que considero fundamental para una comprensión del argumento del libro. Señalaría, primeramente, al capítulo XI.8 de *Ley natural y derechos naturales* (especialmente a partir de su segunda página), a la discusión sobre el debate escolástico acerca de si el *imperium* a través del cual uno dirige y pone en movimiento la ejecución de un acto propio libremente elegido pertenece a la *razón* (presuponiendo el acto de elección de la propia voluntad), como Tomás de Aquino sostiene, o más bien, como Gabriel Vásquez y Francisco Suárez piensan, a la *voluntad*. Uno no puede (a mi entender) haber comprendido realmente los primeros principios prácticos y los bienes inteligibles (“valores”), o el “deber ser” y la obligación, o el error fundamental de David Hume acerca de la razón y la acción, a menos que uno pueda prontamente entender por qué el capítulo XI.8 firmemente toma partido por Tomás de Aquino en esta disputa (una disputa en la que incluso sus discípulos lo acusaron de

* Traducción de Mercedes Ales y Mercedes Yapar.

ineptitud y futilidad al postular el *imperium* de la razón). El libro, por supuesto, soslaya explicar y defender la realidad de la elección libre, simplemente dándola por sentada; este pasaje es una de las escasas referencias que hace el libro a la voluntad y a lo que la volición humana implica. La brecha fue posteriormente superada, en mayor o menor medida, por la defensa de la elección libre en mi libro *Fundamentals of Ethics* (1983) —que asimismo retoma el tema, abordado por Wojtyła y Grisez, de la persistencia de la elección en la voluntad y en el carácter— y por la exposición sobre la deliberación humana, tras las huellas de Santo Tomás de Aquino, en mi libro *Aquinas* (1998).

Otras lagunas en *Ley natural y derechos naturales* son bien conocidas por muchos o todos ustedes. Los requerimientos básicos de la razonabilidad práctica son articulados sin la integridad e inteligibilidad con la que han sido entendidos como implicancias o especificaciones del principio moral maestro de que uno debe permanecer abierto en todo el actuar propio al desarrollo, en todos los bienes básicos, de todas las personas humanas y comunidades, es decir, el principio de amar al prójimo como a sí mismo. El bien básico inteligible del matrimonio queda en la incertidumbre en la discusión del capítulo IV.2.A. La inconmensurabilidad de las concreciones de un mismo bien básico, como la inconmensurabilidad de las personas, no recibe su lugar apropiado junto con la inconmensurabilidad de los bienes básicos. La intención no es analizada de forma explícita y precisa. No hay un despliegue del principio fundamental del método de Santo Tomás para entender las realidades dinámicas —que la naturaleza de cada cosa de esta clase es conocida sólo mediante la comprensión de sus potencialidades, que a su vez son comprendidas sólo por el conocimiento de sus actos, que a su vez son inteligibles sólo mediante la comprensión de sus objetos—. Si el libro hubiese desplegado ese principio, las reacciones hostiles a algunas oraciones del capítulo II.4 (“La ilícita inferencia de los hechos a las normas”), podrían haber sido evitadas (asumiendo un poco más de habilidad por parte del autor, alguna explicación de la conexión entre principios y virtud, y un poco de atención caritativa al contexto del libro por parte del lector).

El libro volvió de África a comienzos de 1978, virtualmente completo. Así, uno podría decir que es, esencialmente, de los tiempos de Pablo VI, y una respuesta al fermento de esos días, un fermento que no era de manera alguna nuevo en la historia de la fe, pero sí tenía escasos precedentes en su cuestionamiento de la doctrina cristiana *de moribus* —cuestionamiento que avivó el regreso a los fundamentos que Germain Grisez y luego yo emprendimos—. Como el libro atestigua en su nota al capítulo II.7, las concepciones suarecianas de la ley natural estaban, nos parecía a Grisez y a mí, en la raíz de ciertos

argumentos defectuosos contra los vicios sexuales, argumentos que Grisez “definitivamente critica... (y reemplaza...)”. Un colega mío en la Facultad de Derecho de Oxford se ha unido con un conocido profesor de New York (David A. J. Richards, quien fuera estudiante en mi College de la Universidad de Oxford cuando yo trabajaba en mi doctorado allí), y están escribiendo juntos un libro entero para demostrar que además del autor exotérico de *Ley natural y derechos naturales* hay un autor esotérico escondido defendiendo enseñanzas morales religiosas indefendibles. Pero la nota al capítulo II.7 era lo suficientemente clara: Grisez critica “...y reemplaza”. El trabajo de reemplazar argumentos inadecuados con argumentos adecuados debía continuar al mismo ritmo en la era de Juan Pablo II. La identificación de la fertilización *in vitro* como una elección que, incluso cuando respete la vida, necesariamente implica la desigualdad entre el hacedor y el producto y por ende el deseo de una forma de esclavitud, fue una de esas tareas –una vez más, esencialmente cooperativa entre Grisez y yo–. Otra fue la apropiación y elaboración de las ricas implicancias de la concepción de Tomás de Aquino sobre la *fides* matrimonial, en el capítulo V.4 de mi *Aquinas* (especialmente p. 152 y su expansión en “El bien del matrimonio y la moralidad de las relaciones sexuales: algunas observaciones filosóficas e históricas”, *The American Journal of Jurisprudence* 42 (1997) 97-134). Otro ejemplo más fue, a medida que la crisis de la secularización se profundiza, la exploración de la unidad de la raza humana en la igualdad y dignidad radical de capacidades, jamás ausente o perdida entre la concepción y la verdadera muerte. Y hay muchos otros desarrollos. Ha sido un inmenso privilegio ser llamado para participar en estas varias colaboraciones –en dicho trabajo–.

Pero no seguiré adelante, para no parecer desatento con su paciencia y/o decidido a distraerlos del libro sobre el cual han elegido reflexionar. Permítanme terminar con la mención de una idea –o quizás sean dos– implícita en los comentarios que acabo de hacer. *Ley natural y derechos naturales* está impulsado por mi compromiso con la idea maestra de la *República*, de Platón: que la comunidad política es el individuo humano a gran escala. Una teoría política y, consecuentemente, una teoría jurídica no pueden ser cabalmente entendidas o propuestas sin una comprensión firme y precisa acerca de la plenitud y el desarrollo, y por ende la naturaleza, de la persona humana individual–y por lo tanto de la familia, la matriz de donde emerge la vida y formación de cada persona humana individual–. Y cada familia digna de tal nombre es una instancia concreta de la relación, bastante *sui generis*, de los bienes humanos inteligibles como tales, particularmente el bien de la amistad y el bien del matrimonio,

de su concreción en *esta* persona y en *estas* personas, particularmente en la amistad con esta persona o en el matrimonio con esta persona. El argumento del libro es que, así como el *imperium* de la razón individual pone en acción la elección al representar el objeto elegido como una instancia deseable de un(os) bien(es) básico(s), y el *imperium* del gobernante político es normalmente obligatorio por ser transparente para el bien común (capítulo XI.8), así, la obligación en general no puede ser bien entendida a menos que y hasta que uno comprenda ese tipo de bien común que es consecuencia de y es iluminado por la reciprocidad de la amistad (capítulo VI.4, especialmente su última página), esto es, del amor.

Parte de mi trabajo reciente se ha orientado a establecer aspectos descuidados de los orígenes de los escritos de Shakespeare. He emprendido esto en gran parte porque veo en esos escritos una mente comparable a la de Santo Tomás en su comprensión magistral, y una visión del mundo no enteramente ajena a la del gran teólogo. He estado particularmente interesado en el gran poema de 1601, sin título pero no anónimo, el cual, como Patrick Martin y yo hemos argumentado sin haber recibido objeciones en el *Times Literary Supplement* (23 de abril de 2003), presenta enmascaradamente la notable unidad en la separación de dos jóvenes esposos, ambos desheredados por su conversión religiosa, y pronto apartados por el encarcelamiento del esposo por su religión, su exilio en el extranjero, y su muerte unos años antes de la ejecución por motivos religiosos de su joven viuda en Londres en febrero de 1601. Hablando en representación de la autoridad, tanto especulativa como práctica, de la Razón misma (y poniendo de manifiesto esa autoridad humanamente insuperable en cada línea de éste, el más formalmente ordenado y confiadamente conceptual de los poemas), el poeta le hace ver a la razón, “en sí misma confundida” por la sorprendente unidad en la separación de la pareja, “La División crecer junta / ... tan bien combinada, / Que si [la Razón] gritase “¡cuán auténtica [real, fiel] pareja / parecía esta pareja tan concordel: *el Amor tenía Razón, la Razón ninguna* !; Si lo que es separado [i.e. separado por el exilio y la muerte] puede así permanecer”. Presentado artísticamente como el réquiem en la liturgia de la vieja fe legalmente condenada, y jugando mundanamente con el apellido de casada de la reciente mártir, el poema alude –con el casi silencio que sus lectores informados deben de haber previsto– a la otra indisoluble unión sponsal de esta gran mujer, la unión ratificada, por decirlo así, mediante su canonización por Pablo VI. Al trabajo del poeta inglés, pero no meramente inglés y, en alguna medida, a mi propio trabajo y a mi libro, que es en todo sentido más prosaico, uno puede entonces aplicar la oración que el extranjero ateniense aplica a sus propias palabras (o más

bien a las de su maestro), la oración con la que el capítulo XIII.5 de *Ley natural y derechos naturales* termina la extensa cita de *Leyes*, VII, 803b-c, de Platón, y lleva mi libro a sus tres párrafos conclusivos.

Éstos y otros pensamientos no hablados les llegan a ustedes con mis sinceros y agradecidos mejores deseos para todos sus emprendimientos.

JOHN FINNIS
Oxford

29 de mayo de 2005



EVOCACIÓN DE LA FIGURA DEL PROFESOR

JOHN M. FINNIS*

MERCEDES ALES URÍA
Universidad Austral

¿Cómo presentar la figura del profesor John Finnis ante un auditorio tan diverso? Un auditorio compuesto tanto por quienes han ahondado en la obra de este autor, dedicándole estudios de gran profundidad y lucidez, así como por otros que recién empiezan a conocerla. ¿Cómo evitar caer en una repetición de datos consabidos para unos y cuyo significado pueda resultar difícil de vislumbrar para otros? Quizá, pienso, la óptica más adecuada para comenzar a evocar la figura del profesor sea la del estudiante.

Así podemos empezar esta travesía en Oxford, en 1962. Oxford, la ciudad que evoca en muchos el ideal de la academia y la auténtica vida universitaria, la *Arcadia* de Evelyn Waugh y tantos más. El año 1962 marca la llegada a esta ciudad de John Finnis, por entonces joven graduado en Derecho por la Universidad de Adelaida, Australia. El propósito de este viaje será realizar un doctorado en Derecho bajo la dirección de H. L. A. Hart. Lo acompaña el prestigio de ser merecedor de una *Rhodes Scholarship*, beca instituida por Cecil Rhodes para que los mejores estudiantes del *Commonwealth* y los Estados Unidos pudieran cursar estudios en la Universidad de Oxford.

* Para esta evocación, mis fuentes de datos biográficos y referencias históricas fueron el "Estudio Preliminar" del Dr. Cristóbal Orrego a la versión en castellano de *Natural Law and Natural Rights*, y el artículo "El Ius-Naturalismo Positivista de John Finnis" (1998-El Derecho 179-1202) del Dr. Santiago Legarre. La autora agradece los comentarios y sugerencias de Santiago Legarre y Rodrigo Ruiz Esquide.

Es importante ubicar el contexto cultural y filosófico en el que se sitúa este pasaje académico del entonces estudiante Finnis. A comienzos de los años 60, la escuela analítica, liderada por Hart, ostentaba la hegemonía indiscutida de la filosofía jurídica en el mundo anglosajón. Esta escuela encuentra sus bases epistemológicas en el empirismo de Hume y Russell, y centra su estudio en el análisis del lenguaje. Lo cognoscible son los conceptos, las palabras que componen el lenguaje. En lo que se refiere al Derecho, la observación será de las reglas, de la noción de obligatoriedad, aislada de la valoración ética.

Sin embargo, ya en el seno de la escuela y en el pensamiento de Finnis comienzan a abrirse grietas que cuestionan la estructura analítica. Es el inicio de la dialéctica entre Hart y los críticos de *The Concept of Law*, y de la apertura de la teoría jurídica hacia los campos de la sociología y la historia. Cobra relevancia la perspectiva práctica en el estudio del Derecho, la duda sobre una ciencia jurídica aséptica, sin valoraciones; la importancia del punto de vista interno de quien describe; todos ellos elementos que estarán fuertemente presentes en la primera parte de *Natural Law and Natural Rights*.

Pero, volviendo a John Finnis, el doctorando, lo encontramos sumergido en la crítica al empirismo llevada a cabo por Bernard J. F. Lonergan, en *Insight: A Study of Human Understanding*¹, y en una naciente inquietud por las obras de Aristóteles y Tomás de Aquino. Al mismo tiempo que avanza en la redacción de su tesis sobre el poder judicial en Australia, Finnis, con el auspicio de su director, profundiza sus lecturas de filosofía. ¿Cuál es el fruto de éstas? Finnis se aleja de los presupuestos epistemológicos, metafísicos y éticos del empirismo, aunque retiene la teoría jurídica que surge de ellos. Así podemos reconocer en su obra el uso de la analogía y la atención al punto de vista interno y la crítica a ciertas escuelas del positivismo, postulados de la escuela analítica. No obstante su coincidencia sustancial con la ética tomista, encuentra carencias en algunas de sus fundamentaciones que eran lugar común por entonces.

En 1965 Finnis defiende su tesis doctoral, y se produce el pasaje definitivo de estudiante a profesor. Como *Rhodes Reader in the Laws of the British Commonwealth and the United States of America* de la Universidad de Oxford, y *Fellow and Praelector in Jurisprudence* de University College, el profesor John Finnis asume sus dos cargos académicos en Oxford. La carrera universitaria en esta Casa de Estudios continuará hasta el presente, alcanzando su culmen en 1989 con la creación de una cátedra *ad hominem* de *Law and Legal Philosophy*. Simultáneamente con la actividad universitaria, se dedica al ejercicio de la abogacía como *barrister* en

¹ Longmans, Green, London, 1957.

Londres. Esta segunda actividad dejó su impronta en la obra del profesor, cuya reflexión se vuelca en la práctica de los operadores del derecho, abogados y jueces.

La trayectoria académica y docente de Finnis continúa del otro lado del Atlántico, en los Estados Unidos. Sus comienzos académicos en ese país fueron en la Universidad de California-Berkeley, como Profesor Asociado de Derecho. Posteriormente, se incorporaría a la cátedra en *Boston College* de 1993 a 1994, y más tarde, a la Universidad de Notre Dame, en el Estado de Indiana. En esta última universidad, una de las más importantes en el ámbito católico estadounidense, sumó a su cátedra de Oxford la posición, que desde 1995 detenta, de *Biolchini Professor of Law*. La cátedra fue donada por el matrimonio Biolchini con el cargo de que desde la misma se promoviera el estudio de cuestiones morales y legales a partir de la óptica iusnaturalista.

Durante los primeros años de su trayectoria en Estados Unidos, encontrará las claves para una, a su juicio, más satisfactoria explicación fundamental del pensamiento tomista. En 1967, el profesor Finnis entró en contacto por primera vez con la obra de Germain Grisez, teólogo laico norteamericano, actual profesor en Mount St. Mary's College, Maryland. La tesis de Grisez asume la "ley de Hume" sobre la inderivabilidad del deber ser a partir del ser y defiende la exactitud lógica de la enseñanza de Tomás de Aquino a partir de la evidencia. Los principios de la ley natural son evidentes, inderivados y fundamentados. Grisez explica el paso de la captación pre-moral de los bienes básicos humanos a las reglas morales concretas, y la aplicación de las mismas a cuestiones éticas contemporáneas. En la obra del teólogo se trata la contracepción, el uso de armas nucleares, la pena capital, etc.

La materia prima de *Natural Law and Natural Rights* ya estaba reunida. Por un lado, las enseñanzas epistemológicas de la escuela analítica, principalmente de Hart, sumadas a la consciente incursión en la metafísica y ética realista, y una estructura lógica adecuada. Faltaba el puntapié inicial.

Ese puntapié lo facilitó, tal vez sin proponérselo, Hart, en ese entonces editor de la prestigiosa *Clarendon Law Series*, quien le sugirió añadir un nuevo libro a la serie. El nuevo título sería *Natural Law and Natural Rights*, según la sugerencia del editor. Era 1966, y Finnis propuso terminar el libro para la Navidad de 1970. La respuesta de Hart fue "Don't hurry!", y efectivamente, el libro tardó 13 años en ser completado.

Finnis ya había enseñado sobre los derechos, la autoridad, el orden jurídico y el derecho. Durante su estancia en Berkeley tuvo ocasión de exponer el pensamiento de Tomás de Aquino sobre la obligación. Asimismo, había escrito y enseñado cuestiones relativas a la teoría del castigo, el derecho penal, constitucional, administrativo y romano. En 1970, expuso

lo medular de su teoría ética, en consonancia con el pensamiento de Grisez, en un artículo en el *Heythrop Journal*, titulado "*Natural Law and Unnatural Acts*"². La mayor parte del libro fue escrita durante sus años en África, donde ejerció el cargo de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Malawi.

Lo que iba a ser el libro, fue presentado por primera vez en Rocca di Papa, en las cercanías de Roma, en el curso de una invitación a exponer la doctrina social católica post Concilio Vaticano II. Es importante señalar la relación del profesor Finnis con la religión Católica y con la Iglesia. En la obra del profesor hay numerosas referencias a documentos del Magisterio de la Iglesia, y el capítulo XIII de *Natural Law and Natural Rights*, el único que compone la tercera parte del libro, trata sobre Dios. Finnis, en el prefacio de la obra, se refiere a la Iglesia católica como un organismo único "en cuanto afirma ser un intérprete autoritativo de la ley natural"³.

La relación de John Finnis con el catolicismo arranca con su conversión desde la Iglesia anglicana a mediados de los 60. Durante esta década, ya convertido, intervino en los debates entre católicos seguidores del Magisterio de la Iglesia y los partidarios del disenso teológico. De la mano de Grisez adhiere a la refutación del disenso teológico católico y ayuda a renovar la teología moral de esa misma religión a partir de la depuración del pensamiento tomista de desviaciones suarecianas y otras. Un ejemplo de esto es el artículo "*Natural Law in Humanae Vitae*"⁴, publicado en la *Law Quarterly Review* explicando, y defendiendo, la enseñanza de la Iglesia sobre la anticoncepción, a raíz de la publicación de la Encíclica *Humanae Vitae*, de Pablo VI. Esta pieza es un breve ejemplo del estilo del profesor Finnis, dirigido a un ámbito intelectual de raíces y presupuestos opuestos, y con una exposición que no descansa en el peso de la autoridad sino en "...argumentos [que] se sostienen o caen por su propia razonabilidad o carencia de ella"⁵.

Años más tarde, continuará su activa colaboración con el catolicismo actuando como uno de los dos primeros miembros laicos de la Comisión Teológica Internacional de la Santa Sede, desde 1986 hasta 1991. En 1991 publicará *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth*⁶ en Estados Unidos, defendiendo la inconmensurabilidad y ausencia de jerarquía

² Heythrop Journal II (1970), 365-387.

³ Finnis, J. M., *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 34.

⁴ Cf. Finnis, J. M., "Natural Law and Humanae Vitae", *Law Quarterly Review*, vol. 84, 1968, pp. 467-71.

⁵ Finnis, J. M., *Ley natural...*, p. 34.

⁶ Catholic University of America Press, Washington D. C.

entre los bienes básicos, en contra del utilitarismo, el proporcionalismo y el consecuencialismo.

Volviendo a *Natural Law and Natural Rights*, el profesor Finnis regresa de su experiencia académica en Malawi en 1978 con las tres cuartas partes del libro terminado. Aún así, tardará dos años más en publicar la versión definitiva, tal cual la conocemos, y conmemoramos hoy. ¿Qué efecto produjo la publicación de esta obra? En el ámbito analítico anglosajón, en el que fue presentada primero, la obra significó un replanteo de lo que hasta ese entonces se entendía por iusnaturalismo. Finnis estaba familiarizado con las “imágenes y objeciones”, es decir, con las interpretaciones erradas, de lo que era la ley natural en la concepción analítica y positivista. Gran parte de su esfuerzo está dedicado a refutar estas visiones y a suplantarlas por la claridad que el autor logró extraer de sus iniciales sospechas de “...que podría haber algo más que oscuridad y superstición en las teorías de la ley natural”⁷. La obra volvió a centrar la atención en el debate sobre la vinculación entre valoraciones y descripciones en las ciencias sociales; la situación del derecho en el contexto más amplio de la razonabilidad práctica y los bienes humanos básicos; la teoría de la justicia, el bien común y la obligación y la problemática de la ley injusta.

A partir de *Natural Law and Natural Rights* fue imposible soslayar la relación entre derecho y moral planteada por la doctrina iusnaturalista. El iusnaturalismo ya no pudo ser relegado al plano de una posición absurda e irrazonable sobre la cual no era factible una discusión racional. Neil MacCormick resumió el impacto del libro en el ámbito anglosajón, de la siguiente manera: “No es (...) fácil (...) 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. Ése ha sido el logro de *Natural Law and Natural Rights* (...) que ha devuelto a la vida (...) la teoría clásica, tomista y aristotélica, de la ley natural (...) rescatada de un conjunto completo de malentendidos y tergiversaciones”⁸.

En el terreno de la moral católica el libro ha suscitado polémica en el campo de la ética tradicional tomista y la teología católica. Probablemente la explicación de esta discusión se encuentre en la forma de abordar Finnis la moral de inspiración clásica, haciendo las veces de puente entre ésta y una concepción contraria. La obra se enmarca en un diálogo razonable con este auditorio que no parte de las mismas premisas ni valoraciones. Esta dirección marcará en cierta forma las cuestiones que frecuentará la

⁷ Finnis, J. M., *Ley natural...*, p. 34.

⁸ MacCormick, N., “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en George, R. P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 105-133, p. 105.

obra: la relación entre ser y deber ser, el conocimiento por evidencia, la distinción entre lo moral y lo pre-moral, la pluralidad de los bienes básicos en oposición al “fin último dominante”, entre otras.

Si bien la fundamentación metafísica y antropológica no ocupa un lugar visible en su teoría ética, Finnis aclara que “...si la naturaleza del hombre fuese diferente, también lo serían sus deberes...”⁹. Es la razón práctica la que discierne qué conductas se adecuan a la misma razonabilidad y, en consecuencia, son buenas y naturales. De la misma manera, si bien sostiene que el conocimiento del orden moral es epistemológicamente anterior al conocimiento de Dios, el conocimiento de Dios es relevante y fundamental para entender las razones últimas de las exigencias de la razonabilidad práctica.

En suma, *Natural Law and Natural Rights*, ha marcado un hito no sólo en el pensamiento iusfilosófico anglosajón, sino también en el ámbito de la escuela clásica y en la teología moral. Pero la obra del profesor no se detuvo en este libro. Prosiguió con la publicación de numerosos artículos en diferentes revistas de derecho, tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido, y en otros países del mundo, jugando un activo papel en muchos debates morales contemporáneos. Como ejemplo puede mencionarse la actuación de Finnis como abogado del Estado de Colorado en el caso *Romer v. Evans*, defendiendo la constitucionalidad de la Enmienda 2ª de la Constitución de ese Estado que prohibía cualquier acto estatal otorgando un *status* jurídico privilegiado en razón de la orientación o conducta homosexual, lesbiana o bisexual de una persona¹⁰.

Fruto de diversas conferencias a las que Finnis fue invitado para defender su obra, es el libro *Fundamentals of Ethics*, publicado simultáneamente por Oxford University Press y Georgetown University Press, en 1983. En 1987 publicó, junto a su maestro y amigo Grisez, y a Joseph Boyle, *Nuclear Deterrence. Morality and Realism*¹¹, reflexión ética sobre la carrera armamentista de las grandes potencias durante la Guerra Fría. En 1998 completó una obra que le había sido encomendada por Oxford University Press, sobre el pensamiento moral, político y jurídico de Tomás de Aquino. Esta obra, titulada *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*¹², es uno de los dos títulos inaugurales de la serie dedicada a los fundadores del pensamiento político moderno.

A lo largo de estas publicaciones que sucedieron a *Natural Law and Natural Rights*, el cambio más destacado en el pensamiento del profesor Finnis ha sido la elaboración de un “principio maestro de la moral”,

⁹ O'Connor, *Aquinas and Natural Law*, Macmillan, London, 1957, p. 18.

¹⁰ Véase Legarre, S., “Orientación Sexual y Derecho” en *Ius Publicum* N° 13 (2004), pp. 81-93.

¹¹ Clarendon Press, Oxford.

¹² Oxford University Press, Oxford, 1998.

arquitectónico y basal, evidente al igual que las exigencias de la razonabilidad práctica y que, por ende, no se superpone a ellas. Una formulación conocida de este principio es el de “amar al prójimo como a uno mismo”. En definitiva, la apertura de la voluntad a la realización integral y plena del individuo y de los demás en cada elección libre.

¿Cómo llega la obra del profesor Finnis al mundo de habla hispana, donde habría y habrá de cosechar seguidores y discípulos? Además de los diversos análisis que le dedicaron estudiosos y catedráticos, a través de la publicación de las obras del propio Finnis en castellano. La primera de ellas fue *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth*¹³, traducido al español como *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*¹⁴. En el año 2001, en esta misma Universidad se presentó la traducción de *Natural Law and Natural Rights (Ley natural y derechos naturales)*¹⁵ a cargo del profesor Cristóbal Orrego, quien trabajó en estrecha colaboración con Finnis.

La presentación del libro fue ocasión de la, hasta el día de hoy, única visita del profesor Finnis a la Argentina, en octubre de 2001. En esa oportunidad, estudiantes y profesores pudimos escuchar del propio Finnis motivos y porqués no sólo de *Ley natural y derechos naturales*, sino también de su más reciente *Aquinas*. El encuentro fue marco de conversaciones esclarecedoras con el profesor, conversaciones que luego continuaron en el seminario que se realizó en el IAE y en el cual profundizamos el capítulo VII de *Aquinas*, con la enriquecedora presencia de iusfilósofos como los Dres. Massini Correas y Vigo. La estancia concluyó con un debate en la UBA entre Finnis y los profesores Guibourg, Cárcova y Vigo. Especialmente para un grupo de estudiantes de la Universidad Austral y de otros ámbitos que habíamos dedicado varios meses a la lectura y discusión de *Natural Law and Natural Rights*, poder preguntarle al profesor sobre su obra fue una experiencia de verdadera comprensión de la misma.

Este *racconto* encuentra un cierre natural en los nuevos estudiantes que han seguido tras los pasos del profesor. Entre ellos, se destaca Robert P. George, discípulo de renombre mundial, catedrático de la Universidad de Princeton y promotor de unas Jornadas en Homenaje a Finnis en los Estados Unidos en el próximo mes de septiembre, también para celebrar los 25 años de *Natural Law and Natural Rights*. También hay muchos otros que, sin ser tal vez todavía discípulos, encontramos gran claridad y enseñanzas que trascienden lo académico para ser una reflexión sobre la propia vida. Porque todo buen estudiante tiene en sí la vocación pastoral de enseñanza que es propia del buen profesor.

¹³ Cf. *supra*, nota 6.

¹⁴ Trad. castellana de Juan José García Norro, Eiunsa, Barcelona, 1992.

¹⁵ Cf. *supra*, nota 3.



SOBRE LA INCOHERENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO*

JOHN FINNIS

Doctor en Derecho (Universidad de Oxford)

Profesor de Derecho y Filosofía Jurídica

Universidad de Oxford

Profesor Frances and Robert Biolchini Family de Derecho

Universidad de Notre Dame

El positivismo jurídico es una empresa intelectual incoherente. Se incapacita a sí mismo para llevar a cabo la tarea explicativa que se propone. En consecuencia, ofrece a quienes lo estudian pretendidas e inválidas derivaciones del *deber* a partir del *ser*.

En este breve ensayo apunto varios rasgos del positivismo jurídico y de su historia antes de intentar identificar esta incoherencia esencial. No pretendo renunciar a mi opinión de que la reflexión sobre el derecho y la teoría jurídica se lleva a cabo mejor sin hacer referencia a las inestables y parasitarias categorías académicas o etiquetas, tales como “positivismo” (o “liberalismo”, o “conservadurismo”, etc.). Uso el término por comodidad, para designar una deslavazada familia de teorías y de pensadores, que participan en nuestro diálogo contemporáneo y que han usado el término para describir sus propias teorías, o las teorías jurídicas de los escritores que quieren que admiremos.

I

La idea de que no hay estándares de conducta salvo aquellos creados—establecidos, puestos—por convenciones, órdenes, u otros hechos sociales similares, era bien conocida para Platón¹ y Aristóteles². El desarrollo

* Publicado originalmente como “On the Incoherence of Legal Positivism” en *Notre Dame Law Review* 75 (2000), pp. 1597-1611; reimpresso como facsímile en George, R. (ed.), *Natural Law*, Aldershot, Ashgate, 2003, pp. 321-335. Traducción de C. Pereira Sáez. Supervisión de C. I. Massini Correas.

¹ Vid. Platón, *Leyes*, IV. [Plato, *Laus IV*]

² Vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, I, 13. [Aristotle, *Nicomachean Ethics*, I, 13]

de una crítica sostenida de cualquier idea de este tipo fue un objetivo primordial de estos filósofos y, en alguna medida, de sus sucesores, como Cicerón³. Hoy en día, los impulsores de esta clase radical de “positivismo excluyente” son los seguidores, conscientes o inconscientes, de Nietzsche y de otros que, como él, reducen la ética y la teoría política o jurídica normativa a una búsqueda de la “genealogía”, de las fuentes históricas (quizá en parte o completamente psicológicas) de los criterios éticos, políticos o jurídicos. Suponen o declaran que estas fuentes sólo pueden consistir en el ejercicio de la voluntad de individuos carismáticos o de grupos que ambicionan el poder, o en los impulsos y compulsiones subracionales de dominación, sumisión, etc., supuestamente similares a la voluntad.

El positivismo *jurídico* es, en principio, una propuesta más modesta: la propuesta de que el derecho estatal es, o debería ser sistemáticamente estudiado como si fuera, un conjunto de normas originadas exclusivamente en convenciones, órdenes y otros hechos sociales similares. Tal y como fue desarrollado por Bentham, Austin y Kelsen, el positivismo jurídico era oficialmente neutral respecto de la cuestión de si hay, fuera del derecho, criterios morales cuyo carácter directivo en la deliberación (normatividad, autoridad, obligatoriedad) no es completamente explicado por ningún hecho social. Por supuesto que Bentham y Austin no creían que la obligatoriedad de la moral utilitarista que promovían dependiese de la aprobación de alguna persona o algún grupo, aun cuando Austin sostuviera que todo el contenido de las normas utilitaristas está también ordenado por Dios. La teoría oficial de Kelsen, hasta casi el final de su vida, era —por lo menos cuando estaba haciendo filosofía jurídica— que puede haber verdades morales, pero, si las hay, están totalmente fuera del campo visual de la ciencia jurídica o filosofía jurídica. Al final de su vida su postura fue, sin embargo, o bien de completo escepticismo moral,⁴ o bien de voluntarismo moral puro: las normas morales no podrían ser otra cosa que mandatos divinos, si Dios existiese. Estas tesis últimas de Kelsen son la consumación no sólo de la línea voluntarista que recorre todo su pensamiento sobre el derecho positivo, sino también de todas las teorías anteriores que daban por supuesto que el derecho y su obligatoriedad son y deben ser producto de la voluntad y el poder coactivo de un superior.

La generalmente llamada “escuela moderna del derecho natural” ejemplifica, en parte, esta teoría. Esta tradición surge claramente antes de 1660, cuando Samuel Pufendorf publica en La Haya su *Elementorum*

³ Vid. Cicerón, *De finibus*, 1.7, 3.20. [Cicero, *De Finibus* 1.7, 3.20]

⁴ Vid., e. g., Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994. [Kelsen, H., *General Theory of Norms* (trad. de M. Hartney), Oxford University Press, 1990, pp. 226]

*jurisprudentiae universalis libri duo*⁵. Ciertos rasgos característicos de este tipo de teoría del derecho natural pueden estudiarse aquí o en la obra de John Locke *Questions Concerning the Law of Nature*⁶ (aproximadamente 1660-1664), inédita durante mucho tiempo. Ambos escritores son claramente deudores de Hugo Grocio en algunas cosas y de Thomas Hobbes en otras. De manera muy significativa, Pufendorf describe la obra de Hobbes *De cive* (1642), donde se anuncian las principales tesis morales y jurídicas de su más famosa obra *Leviathan* (1651), como “en su mayor parte sumamente aguda y sólida”⁷.

A partir de la enormemente influyente obra de Grocio, *De iure belli ac pacis* (1625), Locke y Pufendorf toman la idea, atractiva pero bastante opaca, de que la moral y los principios básicos del derecho son una cuestión de “conformidad con la naturaleza”⁸. Estos autores nunca abordan en serio las preguntas relativas a cómo se conoce esa naturaleza y por qué es prescriptiva para toda persona. Hobbes afronta y contesta tales preguntas fundamentales. Sin embargo, sus respuestas tratan el razonamiento práctico como si estuviese por completo al servicio de la motivación de pasiones subracionales, como el miedo a la muerte o el deseo de superar a los demás —motivos del mismo tipo que la tradición clásica considera que necesitan ser dirigidos por la captación por la razón de los fines últimos y mejores, de bienes verdaderos e intrínsecos, de razones realmente inteligentes para la acción—.

“Ninguna ley sin legislador”⁹. Ninguna obligación sin sujeción a la “voluntad de un poder superior”¹⁰. “La definición formal de la ley es: la declaración de una voluntad superior”¹¹. “La norma de nuestras acciones es la voluntad de un poder superior”¹². La ley, sin (la perspectiva de) el castigo, es vana¹³. Los fundadores de la escuela moderna de la ley natural consideran estas definiciones y axiomas (que son de Locke) aplicables tanto a la ley natural, los principios mismos de la moral, como al derecho positivo de los estados¹⁴. Así, la obligación se está «deduciendo» abierta-

⁵ Pufendorf, S., *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*, 1672. [Pufendorf, S., *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* (trad. de W. Abbott Oldfather), Clarendon Press, 1931]

⁶ Locke, J., *Questions Concerning the Law of Nature*, 1664. [Locke, J., *Questions Concerning the Law of Nature* (trad. de R. Horwitz et alii), Cornell University Press, 1990]

⁷ Pufendorf, S., *cit.*, xxx.

⁸ Grocio, H., *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, Libro I. [Grotius, H., *On the Law of War and Peace*, bk. I, p. 38 (trad. de F. W. Kelsey), William S. Hein & Co., 1995]

⁹ Locke, J., *cit.* [*supra*, nota 6, p. 193]

¹⁰ *Ibid.* [*id.* p. 167; *vid.*, también, p. 159]

¹¹ *Ibid.* [*id.* p. 103]

¹² *Ibid.* [*id.* p. 205]

¹³ *Vid. ibid.* [*vid. id.* p. 193]

¹⁴ *Vid.*, e. g., Pufendorf, S., *cit.* [*vid.*, e. g., Pufendorf, *supra*, nota 5, p. 89] “Porque, si has excluido a Dios de la función de administrar justicia, toda la eficacia de... los pactos, a cuya

mente de un hecho, el hecho de que tal o cual cosa ha sido querida por quien tiene poder para infligir un daño. Es cierto que, cuando está en juego la ley natural (la moral), se supone que el superior, Dios, es sabio. Pero a la idea de la divina sabiduría no se le da ningún papel positivo en la explicación de por qué los mandatos divinos crean obligaciones para una conciencia racional. El *derecho* de Dios a legislar se explica, en cambio, mediante la analogía del puro poder: “¿Quién dirá, de hecho, que el barro no está sujeto a la voluntad del alfarero, y que la vasija no puede ser destruida por la misma mano que la formó?”¹⁵.

Locke, como Hobbes, es consciente, incómoda aunque vagamente, de que el “deber” no puede inferirse del “ser” sin algún “deber” ulterior. Es decir, es consciente, y se preocupa por ello, de que el hecho de que una conducta *fue* querida por un superior, o incluso por una parte de un contrato, no explica por qué esa conducta es obligatoria *ahora*. Por eso piensa, a veces, en completar su crudo voluntarismo (los deberes se explican mediante actos de la *voluntad*) con la racionalidad de la coherencia lógica: los principios morales fundamentales son tautologías, normas que sería *auto-contradictorio* negar¹⁶. Hobbes había aventurado una explicación similar de la obligatoriedad de los contratos (entre otros, su contrato social fundamental, de sujeción al soberano). Aún así, su explicación oficial y más importante era del tipo “triunfan bastos” (la voluntad respaldada por una fuerza superior, esto es, por la capacidad de infligir un daño)¹⁷. Este recurso a la coacción supone el reconocimiento tácito de que el hecho de que alguna otra persona haya *querido* que haga o me haya *ordenado* hacer algo, por sí mismo no proporciona razones para la acción, ni normatividad o carácter directivo a mi deliberación.

Más aún, como argumenta Kelsen, la confianza en la voluntad de un superior para explicar el derecho y su normatividad no deja, al final, lugar

observancia cada una de las partes contratantes no puede obligar por la fuerza a la otra, se extinguirá de inmediato, y cada uno medirá la justicia según su propia ventaja particular. Y, ciertamente, si queremos confesar la verdad, una vez que se ha suprimido el temor a la venganza divina, no parece haber razón suficiente por la que yo debiera estar en absoluto obligado, una vez que las condiciones que determinan mi ventaja hayan cambiado, para proporcionar aquello que me había obligado a proporcionar a la otra parte cuando mis intereses me orientaban en aquella dirección; siempre que, por supuesto, no tenga mal real alguno que temer, por lo menos de ningún hombre, como consecuencia de ese acto” (*ibidem*). [Ibid.]

¹⁵ Locke, J., *cit*; *vid.*, también, *ibid.*: [Locke, *supra* nota 6, p. 167; *vid.*, también, pp. 164-166:] [Platet ... posse homines a rebus sensibilibus colligere superiorem esse aliquem potentem sapientemque qui in homines ipsos jus habet et imperium. Quis enim negabit lutum figuli voluntati esse subjectum, testamque eadem manu qua formata est” (cursivas añadidas).

¹⁶ *Vid. ibid.* (este pasaje fue suprimido por Locke en 1664). [*Vid. id.* pp. 178-179]

¹⁷ *Vid.* Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales* (trad. de C. Orrego), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 373-375. [Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 1980, pp. 348-349]

a exigencia alguna de consistencia lógica en el derecho, ni a ningún intento de razonar desde una regla general (“el asesinato ha de ser castigado”) hasta una conclusión obligatoria (“Smith, habiendo asesinado a Jones, ha de ser castigado”)¹⁸. De ahí la postura final de Kelsen, penosa para muchos que quieren ser positivistas: la única fuente de normatividad y, por tanto, de la normatividad de una norma particular, es la positividad, es decir, la volición real de esa norma por un superior. Desde este presupuesto, ni siquiera la racionalidad del razonamiento jurídico lógico e incontrovertido puede nunca dar lugar a la obligatoriedad: nada, excepto un acto de la voluntad, puede hacerlo¹⁹.

No se puede anular las tesis últimas de Kelsen, como si fuesen excen-tricidades de interés meramente biográfico. De todas formas, el positivismo jurídico –llamado a veces positivismo jurídico excluyente– defendido hoy por filósofos del derecho como Joseph Raz es muy diferente. A la vez que afirma que todo el derecho se basa en y es validado por fuentes fáctico-sociales –afirmación que le hace positivismo jurídico excluyente– acepta también que los jueces pueden tener, y no es raro que tengan, la obligación jurídica y moral de incluir en su razonamiento judicial principios y normas que son aplicables porque, aunque no son jurídicamente válidas (porque hasta el momento no han sido puestas por ninguna fuente fáctico-social) son, o el juez en cuestión las considera, *moralmente verdaderas*²⁰.

II

La teoría clásica de la ley natural no rechaza las tesis de que lo que ha sido puesto es positivo y lo que no ha sido puesto es no positivo. (De hecho, el mismo término “derecho positivo” es un término importado a la filosofía por Tomás de Aquino, que fue también el primero en proponer que todo el derecho de una comunidad política pudiera ser filosóficamente considerado como derecho *positivo*²¹). Sin embargo, estas tesis necesitan en gran medida ser aclaradas. ¿Qué significa decir que una regla, principio u otra norma “ha sido puesta por una fuente fáctico-social”? ¿Significa lo que entendió que significaba el último Kelsen, que nada menos que el expreso establecimiento de la norma misma en toda

¹⁸ Vid. Kelsen, H., *cit.* [Vid. Kelsen, H., *supra*, nota 4, pp. 189-193 y 211-251]

¹⁹ Vid. *ibid.*: [Vid. *id.*, p. 6] “En términos generales: ningún Deber sin una voluntad (aunque sea sólo ficticia)”.

²⁰ Vid., e. g., Raz, J., *La ética en el ámbito de lo público* (trad. de M^a L. Melón), Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 223-224. [Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 190-191]

²¹ Vid. Finnis, J., “The Truth in Legal Positivism”, en George, R. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 195-214.

su especificidad –y ningún tipo de mera derivación (inferencia) o posibilidad de derivación– es suficiente? Es virtualmente imposible encontrar algún otro positivista que siga a Kelsen en esto. Pero, si no es así, ¿qué tipo de consistencia-con-lo-que-ha-sido-específicamente-establecido por una fuente fáctico-social es necesaria y suficiente para que una norma merezca ser considerada como “puesta”? ¿Según qué criterio ha de contestarse esta última pregunta teórica?

Está claro, entonces, que los filósofos del derecho tienen escasos motivos para contentarse con la idea de que la teoría jurídica debe, simplemente, informar de los hechos sociales relativos a qué ha sido y qué no ha sido expresamente puesto, mediante actos reales de expresión deliberada, en esta o aquella comunidad. El mismo Raz va bastante más allá de un proyecto así de limitado cuando afirma que los tribunales tienen, característicamente, el deber jurídico y/o moral de aplicar normas no jurídicas.

Considérese ahora el proceso judicial o jurídico mediante el cual se identifica una norma moral como norma que cualquiera que decida un caso determinado tiene el deber de aplicar, aun cuando no haya sido (todavía) puesta por el hecho social de la costumbre, la promulgación o la previa decisión judicial. Esta norma moral determinada será, normalmente, una especificación de un principio moral muy general, como la equidad, que rechaza el trato favorable o desfavorable que resulta arbitrario cuando se evalúa según los principios de que los casos iguales deben tratarse de la misma manera y los casos distintos de manera diferente, y de que uno debe hacer por los demás lo que le gustaría que los demás hiciesen por él o por las personas a quienes ya favorece. Pero tal especificación –hacer más específico– de un principio moral general no puede tener lugar sin atender cuidadosamente al modo en que ya la ley indiscutidamente puesta trata a las personas, cosas y actividades. Sin esa atención, no puede establecerse qué casos son iguales y qué casos diferentes, ni saber qué clases de personas, actos o cosas la ley positiva existente favorece o desfavorece. Por lo tanto, sólo quienes conocen el conjunto de leyes pertinente lo bastante bien como para saber qué nueva norma de solución de conflictos realmente se adecua mejor que otra norma alternativa pueden hacer adecuadamente la elección de la norma moralmente correcta, de la solución moralmente correcta para el caso que se tiene entre manos. Esta elección, cuando es hecha de esta manera por los jueces es, en cierto modo, crear derecho nuevo. Sin embargo, esta responsabilidad judicial, como los jueces se recuerdan periódicamente a sí mismos (y a los abogados, y a sus lectores), difiere significativamente de la autoridad de los legisladores para promulgar medidas revocatorias generales, para hacer clasificaciones novedosas de las personas, cosas y actos y trazar líneas claras de distinción que podrían, de forma razonable,

haber sido trazadas de otra manera. Puede, razonablemente, señalarse esta significativa diferencia diciendo que la “nueva” norma judicialmente adoptada, al estar tan estrechamente controlada por las contingencias del derecho puesto existente, era *ya*, en un sentido importante, *parte* del derecho²². El rechazo del positivismo jurídico excluyente de aceptar este modo de hablar es infundado y está inadecuadamente motivado.

III

Para un juez, y para un abogado que intenta seguir el razonamiento judicial, el derecho tiene una doble vida.

Una de sus vidas (por decirlo de alguna manera) es (i) su existencia como el puro hecho de que determinadas personas han hecho esto y lo otro en el pasado, y de que determinadas personas tienen, aquí y ahora, tal y tal otras disposiciones para decidir y actuar. Estos hechos proporcionan su explicación del derecho de una comunidad al “positivismo jurídico excluyente”. (Nótese, sin embargo, que los positivistas jurídicos empiezan a abandonar, con razón, la opinión de que la teoría jurídica debe atender sólo a aquello que está puesto en las fuentes fáctico-sociales, al afirmar que el derecho es sistemático: el contenido de lo que se considera “expresamente puesto” es establecido por *otras* reglas y principios del sistema, con el resultado de que, incluso si esas otras normas están, cada una de ellas, puestas por hechos sociales, ningún creador del derecho, judicial o de otro tipo, establece o puede establecer por sí mismo el contenido y efecto jurídico de su acto —el hecho social— de posición).

La otra vida del derecho es (ii) su existencia como criterios directivos para las deliberaciones en conciencia de quienes tienen la responsabilidad de decidir (hacer justicia) según derecho. Desde este punto de vista “interno”, los hechos sociales de posición aportan muy poco y demasiado. Muy poco porque, en los casos de *desarrollo* jurídico del tipo que he esbozado, estos hechos, aunque no son irrelevantes, deben completarse con las normas morales a aplicar por verdaderas. Y demasiado porque, a veces, las fuentes fáctico-sociales producen normas tan viciadas desde el punto de vista moral que incluso los jueces que han jurado seguir el derecho deben rechazarlas en favor de reglas alternativas más coherentes con los principios morales (plena razonabilidad práctica) y con todas aquellas otras partes del derecho puesto que son coherentes con los principios morales.

²² Vid. Finnis, J., “The Fairy Tale’s Moral”, *Law Quarterly Review* (1999), 115, pp. 170 y 174-175.

Los “positivistas jurídicos incluyentes” son reacios a separar la pregunta “¿cuál es el derecho que rige este caso?”, de la pregunta “¿cuál es, según nuestro derecho, mi deber como juez en este caso?”. Si el derecho de la comunidad considerado en su conjunto, explícita o implícitamente exige, o incluso autoriza, a los jueces a que se pregunten, en cierto tipo de casos, qué exige la moral en circunstancias de ese tipo, entonces la norma o normas morales que respondan a esa pregunta —o por lo menos las conclusiones morales aplicables en tales circunstancias— tienen autoridad tanto jurídica como moral. La norma o normas morales, en esta medida y por esta razón, han de ser consideradas como parte de nuestro derecho. Están, como dicen algunos, “incluidas” en, o “incorporadas” al, derecho de la comunidad. El positivista jurídico excluyente (recordamos) insiste en que tales normas, incluso aunque determinen el deber de los jueces en un caso tal, quedan fuera del derecho, excluidas por su carencia (al menos hasta el momento) de pedigrí fáctico-social.

Las discusiones entre positivistas jurídicos excluyentes e incluyentes son, en mi opinión, un estéril conflicto de demarcaciones, poco más que una disputa por las palabras “derecho” y “sistema jurídico”. Es posible, sin duda, considerar el derecho en general, y el derecho de una comunidad particular pasada o presente, como (i) un hecho complejo relativo a las opiniones y prácticas de un conjunto de personas en un momento dado. Quienes consideran el derecho precisamente de este modo tienden, de manera no irrazonable, a dar prioridad a las creencias y las prácticas de aquellos miembros de la comunidad que se ocupan del derecho como profesionales, tales como jueces, asesores jurídicos, procuradores, policía, etc. Al describir este complejo hecho bien pueden (como hace Hart) tratar al derecho como una razón para la acción, y describir la ley como un conjunto de razones (de las que algunas autorizan, algunas obligan y algunas hacen ambas cosas) que se sistematizan mediante interrelaciones de derivación, restricción interpretativa y otros tipos de interdependencia, y que intentan dar una orientación coherente. Aún así, dado que este tipo de teóricos se interesan por los hechos relativos a las creencias y prácticas de un grupo de personas, no necesitan hacer juicios sobre si las normas del sistema son, de hecho, coherentes, o si sus reglas más básicas de validación, autorización, creación y reconocimiento explican de manera satisfactoria las otras normas del sistema, o dan a cualquiera una razón verdaderamente razonable y racionalmente suficiente para actuar de una manera específica, sea como juez, ciudadano o de algún otro modo.

Es posible, sin embargo, considerar el derecho, y el derecho de una comunidad particular, precisamente como (ii) 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: esto es lo que, a los ojos de cualquiera que procura pensar y actuar con la autonomía, auto-determinación y rectitud de conciencia que la tradición clásica hace centrales²³, significa que una razón sea moral. Y es obvio que, *para los propósitos de este tipo de consideración*, nada contará como derecho a no ser que esté de acuerdo con las exigencias de la moral, tanto positivas como negativas. Una moral sólida exige, ciertamente, que nos preocupemos de hacer, aplicar, cumplir y sostener las leyes positivas, basadas en fuentes fáctico-sociales y con pedigrí, y que mantengamos la coherencia que tienen entre sí. Estas leyes positivas añaden algo (en realidad, mucho) a las directrices inherentes a la moral. Este algo añadido es específico para la comunidad, el momento y el lugar en cuestión, incluso si es, como muchas veces, sin duda, debe ser, igual en contenido a las normas de derecho positivo sobre las materias relevantes de otras comunidades particulares.

La teoría clásica de la ley natural se ocupa, principalmente, del segundo tipo de investigación. Pero tiene un respeto absoluto a las consideraciones descriptivas, históricas, "sociológicas", del primer tipo, y trata de beneficiarse de ellas. La teoría clásica de la ley natural también ofrece razones²⁴ para juzgar que las descripciones *generales* del derecho serán fructíferas sólo si su estructura conceptual básica se deriva, de manera consciente y crítica, de la comprensión de las *buenas razones* que las investigaciones del segundo tipo tratan de alcanzar mediante el debate abierto y la valoración crítica.

Cualquiera que haga y se adhiera firmemente a la distinción básica entre (i) las preguntas acerca de lo que *es* (o *era*, o *es probable*) y (ii) las preguntas acerca de lo que *debe* ser, observará que gran parte del debate entre los positivistas jurídicos surge de, o por lo menos supone, una falta de atención a esta distinción. De hecho, mucha de la literatura jurídica contemporánea parece balancearse inevitablemente entre lo rigurosamente descriptivo ("externo" a la conciencia) y lo rigurosamente prescriptivo ("interno" a la conciencia), ofreciendo varias, pero siempre incoherentes, mezclas de los dos. ¿Qué es lo que autoriza a los positivistas jurídicos excluyentes sostener, o al menos conceder, que los jueces tienen, a veces, el deber de *salir del derecho* y aplicar normas morales? ¿Cómo puede un "positivismo" consagrado a (según dicen) *los hechos*, incluir propuestas sobre el deber moral?

²³ Vid. Platón, *Gorgias*, [Vid. Plato, *Gorgias*] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II, prólogo, [Thomas Aquinas, *Summa Theologiae* I-II] y Finnis, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 20 y 124-125.

²⁴ Vid. Finnis, J., *Ley natural...* *cit.*, pp. 37-55. [Vid. Finnis, J. *supra*, nota 17, pp. 3-22]

Una comprensión rigurosamente descriptiva del derecho de Ruritania no puede hacer más que informar de la *aceptación* más o menos amplia que existe en Ruritania de que, en determinadas circunstancias, los jueces deban resolver los casos mediante la aplicación de normas que juzgan moralmente verdaderas aunque no tengan pedigrí, es decir, aunque no estén, hasta el momento, certificadas por alguna fuente fáctico-social del derecho. Supóngase ahora que la regla de reconocimiento referida incluye en sus propios términos la declaración de que cualquier norma sin pedigrí, cuya aplicación dicha regla de reconocimiento exija o se autorice a los jueces (porque la consideren moralmente verdadera) mediante esta regla de reconocimiento, debe ser considerada y declarada por los jueces *parte integral del derecho de la comunidad*. ¿Qué razón tienen los positivistas excluyentes para decir que tal regla de reconocimiento es, de alguna manera, infiel a la naturaleza del derecho?

Supóngase, por otro lado, que la regla de reconocimiento de Ruritania estipula que cuando a los jueces se les exija o se les autorice a aplicar una norma sin pedigrí porque la consideren moralmente verdadera, éstos deben, al hacerlo, tratar esa norma *no* como parte del derecho de Ruritania, sino más bien como análoga a aquellas reglas de estados extranjeros que son aplicables en los tribunales de Ruritania en virtud de las reglas de elección-del-derecho del derecho de conflictos de leyes de Ruritania (esta estipulación bien podría tener consecuencias jurídicas, como en los casos relativos a la aplicabilidad retroactiva de la norma, o a su uso en la valoración de si ha habido un "error de derecho" para los propósitos de las reglas de limitación de la acción o de restitución). ¿Qué razón tienen los positivistas jurídicos incluyentes para sostener que esta regla de reconocimiento es, de alguna manera, infiel a la naturaleza del derecho? Pero si reconocen que no es en modo alguno infiel a la naturaleza del derecho, ¿qué es "positivista" en su postura? Y ¿es posible que una polémica iusfilosófica entre "ismos" rivales tenga un contenido teórico serio si puede verse afectada por lo que una comunidad determinada declare que es su derecho?

En mi opinión, en la polémica contemporánea entre positivistas jurídicos excluyentes e incluyentes no está en juego de forma sistemática ninguna verdad sobre el derecho. No vale la pena continuar con la discusión principal. Supuesto que uno sea claro e inequívoco con los lectores, no importa nada que el derecho positivo se defina como (todas y sólo) las normas *con pedigrí* o, en cambio, como (todas y sólo) las normas *aplicables por los jueces* cuando actúan como tales²⁵. Cada una de las definiciones tiene

²⁵ *Vid.* un ejemplo de la polémica sobre cuál de estas alternativas es correcta en Dworkin, R., "A Reply by Ronald Dworkin" en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary*

sus ventajas y sus inconvenientes. Considerar derecho sólo lo que tiene pedigrí tiene los inconvenientes ya mencionados: (a) la relación entre el deber jurídico y el deber de los tribunales parece caer fuera de la “ciencia” o “filosofía” *del derecho*, y (b) parece que no hay ninguna manera de especificar con precisión qué se considera “con pedigrí” (“derivado”, “derivable”, etc.) excepto la amputación de la mayor parte del método y del pensamiento jurídico –de todo razonamiento de una norma a otra, o a partir de la coherencia sistemática– que hace el último Kelsen en virtud de su exigencia de que haya un acto específico de la voluntad que dé pedigrí a todas y cada una de las proposiciones de derecho. Considerar derecho cualesquiera normas que los tribunales tengan el deber judicial de imponer tiene el inconveniente de que no puede hacerse bien –de manera crítica y suficiente– sin asumir precisamente la tarea de la doctrina clásica de la ley natural, y seguir, en lo sustancial, su camino.

IV

Como he apuntado, la “positividad” del derecho fue expresada, adoptada y explicada por primera vez por los pensadores clásicos de la ley natural. El positivismo jurídico se identifica a sí mismo como un desafío para las teorías del derecho natural. Ha tenido, digamos, 225 años²⁶ para hacer inteligible este desafío. La mejor exposición que sus defensores contemporáneos pueden ofrecer de este desafío es “no hay una relación necesaria entre el derecho y la moral”²⁷. Pero la filosofía del derecho clásica

Jurisprudence, London, Duckworth, 1984, p. 261 y Raz, J., “Legal Principles and the Limits of the Law”, en Cohen, M., *cit.*, pp. 84-85.

²⁶ Esto es, desde Jeremy Bentham. *Vid.* Bentham, J., *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, 1776. [*Vid.* Bentham, J., *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government* (edición de J. H. Burns y H. L. A. Hart), Humanities Press, 1977]

²⁷ Coleman, J. L. y Leiter, B., “Legal Positivism”, en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, pp. 241-260, p. 241. Los autores añaden otra “creencia central” y otro “compromiso ulterior”: (i) “qué se considere derecho en una sociedad particular es fundamentalmente una cuestión de hecho social o convención (‘la tesis social’)” (*ibidem*). El filósofo iusnaturalista clásico observará que esto es equívoco entre a) la proposición tautológica de que lo que es considerado derecho en una sociedad particular es considerado derecho en esa sociedad, y b) la proposición falsa de que lo que las personas completamente razonables (por ejemplo, los jueces completamente razonables) que reflexionan sobre sus responsabilidades consideran derecho es todo y sólo aquello que otras personas de esa sociedad consideran derecho –falso porque *ser* no implica *deber* (por ejemplo, el deber de la responsabilidad razonable);–; (ii) “un compromiso con la idea de que los fenómenos que comprenden el ámbito en cuestión (por ejemplo, el derecho...) deben ser accesibles a la inteligencia humana”; la teoría clásica del derecho natural participa plenamente en este compromiso, en cuanto define la ley natural como los principios accesibles a la inteligencia humana, y la ley positiva como las reglas diseñadas por las inteligencias humanas.

sica ha afirmado siempre este enunciado con entusiasmo. Algunas leyes son completamente injustas, completamente inmorales; el hecho de que las fuentes sociales autorizadas o reconocidas como fuentes de derecho válido declaren o promulguen algo como derecho no implica en modo alguno que sea (ni siquiera que alguien lo considere) moralmente aceptable, ni siquiera relevante a la hora de considerar las responsabilidades morales de alguien (sean verdaderas o correspondan a una concepción convencional o idiosincrásica). Por lo tanto, no hay ninguna relación necesaria entre el derecho y la moral o la responsabilidad moral. La pretensión de que las teorías del derecho natural pasan por alto algunos de los hechos sociales relevantes para el derecho es simplemente, y de manera demostrable, falsa.

De este modo, el enunciado que sedicentemente define el positivismo jurídico necesita en gran medida ser aclarado²⁸. Y, lo que es aún más fundamental, no es posible hacer ninguna aclaración *seria sin considerar ambos* términos de la *supuesta* disyuntiva: derecho y moral. No es posible afirmar racionalmente que no hay relación necesaria, en ningún sentido relevante de "relación" ni de "necesidad", sin atender de manera crítica y seria a *lo que la moral tiene que decir* respecto del derecho, ya sea en general, ya sea como el derecho de comunidades determinadas. ¿Qué fundamento hay para sostener o dar a entender o permitir que se crea que los abogados, los jueces y otros ciudadanos o sujetos del derecho no deben o no necesitan atender —precisamente cuando consideran cómo afecta el derecho a sus responsabilidades como abogados, etc.— a la pregunta de qué tiene *la moral* que decir sobre el derecho y sobre qué *merece* ser considerado derecho? Y ¿dónde va a encontrar el estudioso del derecho tal atención crítica y seria a la moral en cuanto afecta al derecho, y a la misma idea de derecho, y a los derechos particulares, que no sea en la investigación que, cualquiera sea su etiqueta, se extiende tan ambiciosamente como la filosofía clásica de la ley natural?

Considérese el siguiente argumento recientemente ofrecido por Jules Coleman y Brian Leiter:

Ahora puede verse el problema de la explicación de la autoridad del jurista iusnaturalista. Porque, una norma, para ser derecho, debe ser exigida por la moral. La moral tiene autoridad, en el sentido de que el hecho de que una norma sea una exigencia de la moral da al agente una razón (quizá superadora) para cumplirla. Si la moral tiene autoridad, y las normas jurídicas son necesariamente morales, entonces el derecho tiene, también, autoridad.

²⁸ *Vid.* Finnis, J., "The Truth..." *cit.*, pp. 203-204. [*Vid.* Finnis, J., *cit. supra*, nota 21, pp. 203-204]

Sin embargo, este argumento de la autoridad del derecho es, en realidad, fatal para él, porque hace a la autoridad del derecho una repetición de la de la moral... si todas las exigencias jurídicas son también exigencias morales (como creería el jurista iusnaturalista) entonces el hecho de que una norma sea una norma de derecho no proporciona a los ciudadanos una razón adicional para la acción. La teoría del derecho natural es, entonces, insuficiente para explicar la autoridad del derecho²⁹.

La crítica que emiten aquí Coleman y Leiter fracasa por completo. Ninguna teoría del derecho iusnaturalista ha pretendido nunca que “una norma, para ser derecho, debe ser exigida por la moral”, ni que “todas las exigencias jurídicas son también” —con independencia de haber sido válidamente puestas como derecho— “exigencias morales”. Los pensadores iusnaturalistas sostienen que el contenido de una regla jurídica justa y válidamente promulgada como “está prohibido ir a más de 35 m.p.h por ciudad”, NO es exigido por la moral mientras no sea válidamente establecido por la autoridad jurídica con competencia (con autoridad jurídica) para hacer una regla tal. El elemento central de la filosofía iusnaturalista del derecho es su explicación de cómo la elaboración del derecho “estrictamente positivo” puede crear obligaciones morales que NO existían hasta el momento de la promulgación.

Lamentablemente, el error de Coleman y Leiter, profundo como es, tiene muchos precedentes. Kelsen, en concreto, solía alegar que, según la filosofía del derecho natural, el derecho positivo es una mera “copia” del derecho natural, y “simplemente reproduce el verdadero derecho, de alguna manera ya existente”³⁰; afirmación que, según se ha demostrado, es una mera caricatura³¹. Como Coleman y Leiter, Kelsen no citó ningún texto que apoyase su alegación sobre lo que dice la filosofía del derecho natural, porque (como tuvo oportunidad de saber) ninguno podía ser citado.

Como los cincuenta y cinco años de la teoría del derecho de Kelsen ponen perfectamente de manifiesto, los esfuerzos del positivismo por explicar la autoridad del derecho están condenados al fracaso. Porque, como bien dicen Coleman y Leiter, “una autoridad práctica es una persona o una institución cuyas directrices dan a los individuos *una razón para* actuar (en cumplimiento de estos dictados)”³² y, podrían haber añadido,

²⁹ Coleman, J. y Leiter, B., *cit.*, p. 244.

³⁰ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de E. García Máynez), México, UNAM, 1995. [Kelsen, H., *General Theory of Law and State* (trad. de A. Wedberg), Harvard University Press, 1945]

³¹ *Vid.* Finnis, J., *Ley natural...* *cit.*, pp. 61-62. [*Vid.* Finnis, J., *supra*, nota 17, p. 28]

³² Coleman, J. y Leiter, B., *cit.*, p. 243 (cursivas añadidas). Por “dictados” entiéndase directriz o prescripción (ley, sentencia judicial, etc.). *Vid.* Finnis, J., *Aquinas...* *cit.*, pp. 20, 124-125. [*Vid.* Finnis, J., *cit. supra*, nota 23, p. 256, nota 4].

una razón que no es una mera réplica, para cada individuo, de las razones "prudenciales" de su propio interés para actuar de esa manera. Sin embargo, como deberían reconocer (pero no lo hacen), ningún hecho o conjunto de hechos, por muy complejo que sea, puede proporcionar por sí mismo una *razón para* actuar, menos aún un "deber" del tipo de los que podrían tener autoridad sobre el interés propio de un individuo. (Como se dijo, la "autoridad" que no hace más que seguir el rastro del "quiero" del interés propio es redundante para el individuo a quien se dirige e inútil para la comunidad). Ningún *deber* de un mero *ser*. Así, el positivismo, en la medida en que se enorgullece de ocuparse sólo de hechos, no puede ofrecer una comprensión adecuada ni de las razones para la acción (los deberes) ni de la única *fuentes* concebible de estos deberes, es decir, los verdaderos e intrínsecos valores (los bienes humanos básicos y los primeros principios del razonamiento práctico, proposicionales, que nos dirigen hacia esos bienes como algo-que-ha-de-procurarse, y señalan a lo que les perjudica como algo-que-ha-de-evitarse).

V

La incoherencia del positivismo jurídico —su incapacidad, inherente y auto-impuesta, para llevar a cabo la tarea explicativa que se propone— resulta muy bien ilustrada por el esfuerzo de Coleman y Leiter por explicar "la autoridad de la regla de reconocimiento"³³. Dado que introducen su explicación con la observación de que "todos reconocemos casos de leyes vinculantes que son moralmente censurables (por ejemplo, las leyes que respaldaban el *apartheid* en Sudáfrica)"³⁴, podemos examinar convenientemente sus explicaciones de esta obligatoriedad, de esta condición autoritativa, preguntado cómo podrían figurar tales explicaciones en las deliberaciones de un funcionario (digamos, Nelson Mandela en la década de los cincuenta) en Sudáfrica en aquellos días. El joven Mandela (imaginemos) pregunta a Coleman y Leiter por qué la regla de reconocimiento sudafricana, que sabe que es el contenido proposicional de las actitudes que acompañan y respaldan el hecho sustancial de la concurrencia del comportamiento oficial en Sudáfrica, le da una razón para la acción de un tipo tal que pueda, razonablemente, juzgar como autoritativa. ¿Cómo, pregunta, puede este hecho de la concurrencia del comportamiento oficial hacer que el derecho sea no simplemente *aceptado como* jurídicamente

³³ Coleman, J. y Leiter, B., *cit.*, p. 248.

³⁴ *Ibid.*, p. 243.

autoritativo, sino realmente *autoritativo como derecho* para él y para cualquier otra persona que reconozca su injusticia?

La explicación de Coleman y Leiter es la siguiente: (1) A menudo, tu propio interés te exige coordinar tu comportamiento con el de estos funcionarios y otras personas que, de hecho, están actuando al igual que ellos. (Pero Mandela está preguntando por directrices autoritativas, no por las orientaciones del interés propio. El interés propio exige la cooperación con los gánsters locales, pero sus indicaciones no son autoritativas). (2) Además, en caso de que creas que aquellos funcionarios están intentando hacer lo que exige la moral, tienes una razón para seguir su ejemplo (Mandela no lo creerá, y con razón). (3) Puedes “creer que la regla de reconocimiento proporciona algo así como los criterios correctos para estimar la validez de las normas subordinadas a esta regla”³⁵ (Mandela, con razón, no lo cree). (4) “[A]l margen de [tus] opiniones relativas a los méritos sustantivos de la regla de reconocimiento en sí misma, la evitación de la confusión y el caos, así como las condiciones de la estabilidad liberal[,] exigen la coordinación entre los funcionarios”³⁶.

Aquí, por fin, en el punto (4), Coleman y Leiter ofrecen una razón del tipo relevante, una razón sobre la que podría debatirse racionalmente, confrontándola con razones del mismo tipo. La exigencia que se afirma en la frase citada va mucho más allá del “hecho de la concurrencia del comportamiento”; reconoce importantes valoraciones relativas al orden, la paz y la justicia (al “liberalismo”); en realidad, no es sino una exigencia moral. Es *posible* explicar la condición autoritativa del derecho sólo si se reconoce que la “tesis de la posibilidad de separación” confunde tesis defendibles e indefendibles, y si la interpretación o versión “positivista” que Coleman y Leiter apoyan se abandona como el error que es. En la filosofía jurídica hay un nombre para la teoría del derecho que se compromete a identificar y debatir, abierta y críticamente, los principios y exigencias morales que responden a las peticiones de *las personas que deliberan* de que se les muestre por qué una norma jurídica, válidamente promulgada, es obligatoria y autoritativa *para ellos* precisamente como derecho: este nombre es (para bien y para mal) el de “teoría del derecho natural”.

Coleman y Leiter podrían replicar que estoy confundiendo la autoridad jurídica con la moral. Pero este tipo de réplica se apoya en la idea equivocada, ya discutida, de que el derecho positivo, tal y como lo entiende la teoría del derecho natural, no añade nada a las exigencias morales pre-existentes. Una vez que reconocemos que muchas (¡no todas!) exigencias jurídicas no serían exigencias morales de no haber

³⁵ *Ibid.*, p. 248.

³⁶ *Ibidem.*

sido jurídicamente creadas según los propios criterios de validez jurídica del derecho, podemos ver con facilidad el sentido que tiene decir que la condición de autoritativo del derecho, en el sentido focal de "autoritativo", no es otra cosa que su condición moral de autoritativo. Repitámoslo: la mayoría de nuestras leyes no tendrían autoridad moral de no ser leyes positivas, jurídicamente válidas. Así que su autoridad moral es también verdadera autoridad *jurídica*. Las leyes que, por su injusticia, carecen de la condición moral de autoritativas, no son jurídicamente autoritativas en el sentido focal de "autoritativo". Su "autoridad" es, en último término, nada más que la "autoridad" de la pandilla, de la gente con poder que puede *obligar* a cumplir su voluntad so pena de desagradables consecuencias, pero que no puede crear lo que cualquier persona que se respete a sí misma consideraría una auténtica obligación.

La estrategia fundamental de la teoría del derecho natural para explicar la autoridad del derecho apunta a la infra-determinación (bien lejos de la mera indeterminación) de la mayoría, sino de todas, las exigencias de la razón práctica en el ámbito de la auto-determinación abierta (no simplemente tecnológica) de las personas y las sociedades. En realidad, cuanto mejores y más inteligentes sean las personas, más esquemas de coordinación social (incluyendo siempre la coordinación "negativa" de la mutua tolerancia) a nivel político —propiedad, moneda, defensa, procedimiento jurídico, etc.— buenos pero incompatibles (que no pueden coexistir) propondrán. Así, al ser prácticamente inalcanzable la unanimidad respecto de los méritos de esquemas particulares, pero ser necesaria para el bien común (la justicia, la paz y el bienestar) la coordinación según *algún* o algunos esquemas, estas buenas personas tienen razón suficiente para reconocer la autoridad, esto es, un procedimiento aceptado y aceptable para elegir esquemas de coordinación particulares con los que, una vez así elegidos, cada miembro razonable de la comunidad está moralmente obligado a cooperar *precisamente porque han sido elegidos* —es decir, precisamente como *jurídicamente* obligatorios para la conciencia moralmente correcta—.

Este es el origen de la independencia material y la perentoriedad que Hart, con toda razón, reconocía en su último trabajo como características de las razones jurídicas para la acción, y como la esencia de su condición autoritativa³⁷. Y, como muestra la explicación, estas independencia material y perentoriedad no son incondicionales ni sin excepción. Un grado suficiente de injusticia material negará la perentoriedad-en-conciencia. Mal que les pese a Coleman y Leiter, las leyes de Sudáfrica, o algunas de

³⁷ Vid. Hart, H. L. A., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 243-268.

ellas, no eran vinculantes, a pesar de que comúnmente se les *considerase y tratase e impusiese* como vinculantes.

El positivismo, coherentemente, no llega nunca más que a informar de las actitudes y de la concurrencia del comportamiento (puede que de las actitudes sofisticadas y articuladas que constituyen el conjunto de reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación). No tiene nada que decir a los funcionarios o a los ciudadanos particulares que quieren juzgar si, cuándo y por qué, la autoridad y la obligatoriedad *pretendidas e impuestas* por aquellos que están *actuando como* funcionarios de un sistema jurídico, y sus directrices, son de verdad *razones autoritativas* para su propia acción en conciencia. El positivismo no hace más que repetir (1) lo que cualquier abogado competente –incluyendo todos los partidarios de la teoría del derecho natural jurídicamente competentes– diría que son (o que no son) leyes intra-sistemáticamente válidas, que imponen “exigencias jurídicas”, y (2) lo que cualquier prudente observador de la calle advertiría que son las consecuencias probables del incumplimiento. No puede explicar la condición autoritativa, para la conciencia (el juicio racional último) de un funcionario o de un ciudadano particular, de estas supuestas e impuestas exigencias, ni de su carencia de tal autoridad cuando son radicalmente injustas. El positivismo es, en último análisis, redundante.

A pesar de toda su sofisticación, el positivismo contemporáneo no puede superar la postura adoptada por Austin en su brutal explicación de la condición autoritativa de las leyes inicuas: si digo que las leyes gravemente contrarias a la moral no son vinculantes, “el tribunal de justicia demostrará la falta de conclusividad de mi razonamiento colgándome, en aplicación de la ley cuya validez he impugnado”³⁸. Lo más importante es entender que la explicación de Austin es absurdamente *irrelevante* para las preguntas más serias que podrían plantearse acerca de la autoridad del derecho, a ninguna de las cuales responde.

³⁸ Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832 (edición de H. L. A. Hart), New York, Noonday Press, 1954. *Vid.*, también, Finnis, *Aquinas... cit.*, p. 355. [Finnis, J., *supra* nota 23, p. 355]



JOHN FINNIS. LA LUCHA POR EL DERECHO NATURAL*

CRISTÓBAL ORREGO S.

Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)

Profesor de Filosofía Jurídica y Política

Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO NATURAL

“Resistir a la injusticia es un *deber* del individuo para *consigo mismo*, porque es un precepto de la existencia moral; es un *deber* para con la *sociedad*, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general”¹. Rudolf von Ihering no veía el heroísmo que muchas veces puede haber en la renuncia al propio derecho. El santo, por ejemplo, lejos de dejar incumplido un deber, antepone a la justicia estricta el amor al prójimo, el deseo de la paz, el ofrecimiento del perdón. Sin embargo, es verdad, como nos recuerda magistralmente Ihering, que las más de las veces omitimos luchar por el derecho conculcado no porque nos impulse una caridad heroica, sino por no complicarnos la vida, por esa paz del cobarde y del perezoso, del cobarde sobre todo, que termina por paralizar el espíritu, que es como la paz de los cementerios, que nunca aquieta realmente la conciencia. Renunciar a la lucha por el derecho es, en tales casos, hacerse cómplice de la injusticia y dejar de cumplir un deber para con los demás, el de sumar nuestro aporte a la defensa del

* Conferencia dictada en las “Jornadas Internacionales en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de *Natural Law and Natural Rights*”, Universidad Austral, Buenos Aires, 9-10 de junio de 2005, en el marco de un proyecto de investigación más amplio patrocinado por Fondecyt (Chile), Proyecto Fondecyt N° 1050227. La versión que ahora se publica ha sido mejorada gracias a las observaciones del profesor Santiago Legarre, en el comentario expuesto en las referidas jornadas.

¹ Rudolf von Ihering, *La lucha por el derecho*, trad. de Catalina Da Silva, Ed. Petrel, Buenos Aires, 1985, p. 74.

bien de todos. Especialmente cuando tenemos las armas para la defensa —el ejercicio de nuestros derechos ciudadanos, el dinero, el poder o los contactos con quienes lo ejercen, la posición profesional o social, la palabra aguda o la inteligencia...—, ¡qué enorme responsabilidad llevamos sobre nuestros hombros si dejamos que avance la injusticia! ¡Qué miserables si, por un poco de paz de la mala, permitimos que se conculque un derecho propio o ajeno, que se llame honesto a lo que es ruin, que se ensucie la buena fama, que se gasten en voluptuosidades las monedas que necesitan los hambrientos! Si así hacen quienes podrían defender lo justo, ¿qué no harán los prepotentes, los tiranos y los corruptos, con los pobres, los débiles, los inmigrantes, los peor situados profesional o socialmente, los hombres y mujeres ejemplares, pero con menos recursos de elocuencia o de cultura?

Gracias a Dios son numerosos, aunque no suficientes, los que luchan por el derecho, como quería Ihering. Uno de ellos ha sido ejemplo y motor para otros, su punto de apoyo en momentos de dificultad y un punto de referencia en momentos de normalidad. Lo ha sido sin promoverse a sí mismo, rechazando muchos honores y distracciones legítimas, para concentrarse en un trabajo universitario bien hecho. Nosotros le estamos agradecidos. Le estamos especialmente reconocidos porque ha defendido el núcleo permanente de todo derecho, el derecho natural.

Llamamos derecho natural a lo justo por sí mismo y no por convención, así como llamamos bueno por naturaleza a aquello que es bueno por una exigencia racional independiente de la voluntad². Lo que realmente debemos hacer —respecto de nosotros mismos y de los otros—, consideradas todas las cosas, ¿depende de un acuerdo voluntario o de una exigencia racional preconconvencional? La respuesta platónica es que existe lo bueno en sí —respecto de los demás, lo justo en sí—. La respuesta sofística es que el discurso puede hacer de la mejor razón la peor y viceversa: o no hay nada justo o bueno por naturaleza o lo justo o bueno por naturaleza no significa límite alguno para la fuerza, sino, precisamente, lo que puede imponerse por el más fuerte. Aristóteles, fiel a su maestro, defiende la idea de que hay cosas que nunca se pueden hacer, pues son malas por sí mismas, tanto en el orden moral general como en el del derecho. En relación con el derecho, afirma que la justicia tiene un objeto no sometido, al menos en parte, a la voluntad humana. Tal es lo justo natural. Dentro de los márgenes de lo justo por naturaleza, los acuerdos humanos determinan lo justo por convención o legal³.

² En esta exposición, la distinción entre lo justo y lo bueno y entre derecho y ley, y, por tanto, entre derecho natural y ley natural, ha sido clarificada gracias al comentario de Santiago Legarre.

³ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 7.

De manera que, tanto respecto de lo justo como de lo bueno, lo que realmente debemos hacer depende, en definitiva, en parte de un núcleo ético y jurídico indisponible y en parte de unas concreciones variables según las circunstancias y las costumbres humanas. En lo que sigue, hablaré especialmente del derecho natural, aunque ocasionalmente amplíe el lenguaje para abarcar la referencia a la ley natural, pues, en principio, las mismas consideraciones son válidas para este campo más amplio.

En la medida en que los principios de justicia preconventional son universales e inmutables, como sostiene la teoría clásica de la ley natural, el derecho natural no tiene historia⁴. Por el contrario, la historia humana puede comprenderse y juzgarse a la luz del derecho natural. Sin los principios del derecho natural no puede hablarse ni de progreso ni de decadencia, ni de regímenes tiránicos ni de totalitarismos ni de gobiernos buenos y justos, sino solamente de evolución, de diversidad de regímenes y de valores.

El derecho natural no tiene historia; pero hay una historia de la reflexión sobre el derecho natural. No se trata simplemente de una historia del pensamiento, sino de la historia de la humanidad, que se acerca o se aleja de los ideales perennes de justicia. Es la historia de quienes han puesto su inteligencia y su actividad –tantas veces una actividad puramente académica– al servicio de ese ideal humano. Existe una historia del desvelamiento y del ocultamiento de las exigencias de la dignidad humana. Ese aparecer y ocultarse no es independiente de las tradiciones, de las luchas y de los sufrimientos de los hombres a lo largo de los siglos. Tal es la historia de la lucha por el derecho natural.

II. LA LUCHA POR EL DERECHO NATURAL EN SENTIDO AMPLIO

A su modo, también luchan por el derecho natural quienes yerran acerca de su contenido, pero creen que es independiente del consenso entre los hombres. Si el consenso los favorece, bien lo aprovechan, y pueden revestir de argumentación democrática la defensa de unos ideales en los que creerían aunque no concitaran consenso. Esto se demuestra cuando el consenso no los favorece. No se resignan entonces a admitir que lo justo es contrario a su opinión, porque creen que lo justo no depende del acuerdo entre las personas. Si no hay consenso habrá que luchar por *crear conciencia* –como suele decirse– acerca de un problema, por convencer a unos pocos y luego a más y más, hasta informar la opinión

⁴ Cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1980, 24-25.

y la cultura con ese ideal. Quienes así proceden luchan por el derecho natural, en cierto sentido, es decir, en cuanto a su significado, aun cuando crean que es de derecho natural lo que realmente no lo es, como los supuestos derechos al aborto o a la eutanasia o al reconocimiento de la homosexualidad activa. Quizás por esta razón, porque la ética clásica defendía en su mayor parte los contenidos correctos del derecho natural —la prohibición de toda muerte directa de un inocente, el matrimonio heterosexual, etc.—, quienes quieren defender otros contenidos evitan la etiqueta “derecho natural”, aun cuando acepten su significado como lo justo no convencional. Otra posible razón es que ellos defienden un derecho preconventional y no relativo —en tal sentido, un derecho natural—; pero quieren liberar al ser humano, mediante los nuevos y falsos derechos mencionados, de sus últimos vínculos con su propia naturaleza física, biológica, metafísica y racional, y desde tal punto de vista no parece adecuado llamar “natural” a lo que defienden.

Tomás de Aquino se plantea una cuestión clave para la ética, que puede ayudarnos a comprender en qué medida son muchos los que, aunque equivocados en cuanto al contenido, de alguna manera luchan por el derecho natural. La piedra angular de la ética clásica es el fin último del hombre, pues según cómo sea el fin la razón práctica dictaminará acerca de la aptitud de las acciones para conseguirlo. Tomás de Aquino se pregunta si todos los hombres persiguen el mismo fin último. Antes ha mostrado que el fin último es aquello que se desea por encima de todas las cosas y en virtud de lo cual se desea todo lo demás, y que una persona solamente puede desear una cosa como fin último a una misma vez, pues lo que se quiere como último no deja nada más por desear⁵. ¿Y todos los hombres? ¿Pueden desear algo distinto, unos de otros, como fin último?

Santo Tomás responde con una distinción. En cuanto a la razón formal de fin último, al significado propio de esta expresión, todos los hombres desean lo mismo, que es la felicidad y la perfección de su propio ser. Hacia esta *beatitudo* entendida se dirigen todas las acciones y no es posible no desearla, pues es el objeto de un apetito natural. Sin embargo, en cuanto a aquello en lo cual se hace consistir el fin último, aquel bien en el cual se busca la felicidad, es decir, el contenido en el que ella consiste, es patente que no todos buscan lo mismo como bien perfecto: unos creen que lo hallarán en las riquezas; otros en los placeres; otros en el poder y así sucesivamente⁶. Naturalmente, la tesis del cognitivismo ético clásico es que esta diversidad empírica en la elección del objeto de la felicidad no significa que realmente todos vayan a alcanzar su plenitud y felicidad en aquello a lo que dirijan

⁵ Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 1, aa. 4-6.

⁶ Cfr. *ibid.*, a. 7.

todas sus fuerzas. La ética clásica está perfectamente preparada para explicar el fracaso moral, el fracaso de una vida humana considerada en su integridad, porque la libertad para poner las esperanzas en un fin último cualquiera no cambia la naturaleza del individuo, que puede conseguir lo que quería en cuanto a su objeto –por ejemplo, ser inmensamente rico– y no conseguir lo que quería en cuanto a la razón formal o el sentido y significado auténtico de fin último, la vida plena y feliz. El mal moral es una división interna en el querer, porque se quiere al mismo tiempo, de manera total y última, un objeto que no da la felicidad –por eso se le llama bien aparente– y una felicidad que no se encuentra en el objeto. El que elige mal su fin último en cuanto al objeto quiere lo que en el fondo no quiere, puesto que no puede cambiar la realidad –fija por naturaleza– sobre cuál es su verdadera perfección y realización humana. Y sin embargo nadie puede negar que quienes han malogrado sus vidas lo han hecho en el curso de intentar ser felices. Por eso la búsqueda de la felicidad es simplemente un hecho natural, que en nada excusa el mal obrar: al contrario, lo hace posible.

Algo análogo sucede con la lucha por el derecho natural. De alguna manera, solamente son enemigos del derecho natural, en cuanto a su razón formal, los relativistas radicales. Niegan que haya algo justo por naturaleza. Todo lo justo depende de una convención o incluso de una elección individual, contingente y no fundamentable racionalmente. Llamar a una acción o estado de cosas “justo” no es más que manifestar una preferencia subjetiva, tan legítima como cualquier otra. No piensan así los defensores de los derechos humanos o de los derechos de los animales o del derecho al aborto o al matrimonio entre personas del mismo sexo. Ellos quieren que estas exigencias se impongan a todos mediante las leyes: que se castiguen las violaciones a los derechos humanos y animales, que se proteja la elección de abortar contra quienes querrían defender al no nacido, que todos deban reconocer la legitimidad de la homosexualidad activa y sean castigados si dicen algo en contra o si se apoyan en su convicción para decidir a quiénes contratan o a quiénes confían el cuidado de sus hijos. No usan la terminología del derecho natural, pero defienden su significado contra los relativistas y los escépticos. Son tan *fundamentalistas* –según el relativismo radical– como un musulmán o un católico que defiende los derechos humanos, incluyendo entre ellos la vida del *nasciturus* y el matrimonio heterosexual.

III. LA LUCHA POR EL DERECHO NATURAL VERDADERO

Sin embargo, precisamente porque lo justo no es relativo a una mera elección individual o colectiva, los hombres no pueden controlar los efectos

de sus errores acerca del contenido verdadero de lo justo por naturaleza. Los que luchan por la razón formal de derecho natural –por los derechos humanos– no luchan todos por el mismo contenido del derecho natural. En consecuencia, algunos luchan a favor y otros en contra de la verdadera justicia, considerada tanto en cuanto a su significado formal como en cuanto a su contenido material. Algunos encontrarán, al final de su viaje, que han malogrado su vida personal, sus relaciones sociales y el bien de sus comunidades políticas; que mientras más vehementemente han buscado la justicia por naturaleza, más hondamente han instaurado la injusticia. Por defender, por ejemplo, el derecho natural a la libertad –a una libertad que han malentendido como autonomía respecto de la verdad sobre el bien humano– han destruido la estabilidad del matrimonio y de la familia y han promovido lo que, a estas alturas, bien podemos llamar el Holocausto de los no nacidos. Han querido lo que en el fondo no querían⁷.

Así como la búsqueda sincera de la felicidad no excusa el mal moral, a su vez la lucha sincera por la justicia no excusa la destrucción de la sociedad. A lo más la hace más rápida y más sangrienta. Mas también aquí es verdad, por desgracia, que la lucha sincera por la justicia y por el derecho natural explica y hace posible la instauración de la injusticia, cuando se yerra sobre el contenido. Por eso es tan superficial e infundada la crítica al derecho natural de quienes, como Alf Ross, muestran que a él se ha apelado para justificar todo tipo de doctrinas y de acciones, aun las más injustas. En efecto, según Ross, “[a] semejanza de una ramera, el derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural”⁸. Nosotros afirmamos que, así como algunos hombres individuales se autodestruyen por el vicio y construyen sus racionalizaciones apelando a cosas buenas, y esas cosas siguen siendo buenas –por eso funcionan las racionalizaciones: porque apelan a realidades buenas, aunque no lo sean las acciones que intentan justificar–, de la misma manera algunos destruyen la vida social mediante decisiones realmente contrarias al derecho natural –leyes injustas, políticas corrompidas–, que intentan racionalizar apelando al derecho natural o a alguna idea de justicia. Las acciones malas no quitan la bondad de los bienes a los que se apela para racionalizarlas.

Por eso, la lucha por el derecho natural, como la lucha por la felicidad personal y colectiva, no puede separarse impunemente de la lucha por la determinación y defensa de sus verdaderos contenidos. En este sentido,

⁷ Cfr. Robert Spaemann, “La filosofía como doctrina de la vida feliz”, en Robert Spaemann, *Ensayos filosóficos*, Ediciones Cristiandad, Madrid, 2004, 89-113.

⁸ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. cast. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, 1970, 254. He alterado ligeramente la traducción.

podría hablarse de una lucha por el derecho natural en sentido estricto –significado focal o analogado principal–, que se da solamente cuando se pone el empeño en defender lo que realmente exige la naturaleza humana, la dignidad de la persona, como algo indisponible y por encima de las convenciones. A la luz de este caso central de lucha por el derecho natural podemos comprender la fuerza, la constancia, la pasión y la inteligencia, con que decimos, en un sentido secundario, derivado o *secundum quid*, que muchos luchan por el derecho natural, es decir, por contenidos realmente contrarios a la justicia pero que –por error, culpable o no– consideran justos. Todos podemos estar en cualquiera de estas posiciones, en la medida en que no somos infalibles –una medida bastante amplia–, como puede verse en casos tan poco dudosos de ser *iusnaturalistas* como los de san Agustín y santo Tomás de Aquino –defendieron el derecho de coaccionar a los herejes, contra la libertad religiosa–, san Alfonso María de Liguori –patrono de los moralistas católicos, que defendió la licitud de la tortura como método de interrogación–, Aristóteles –defendió el aborto y la esclavitud–, Platón –defendió la comunidad de bienes y de mujeres–, los patriarcas y justos del Antiguo Testamento –aceptaron la poligamia y el divorcio–, y un largo etcétera. En definitiva, el error en materia de ley y de derecho natural es posible, sin que por eso desaparezca la razón formal por la cual se defiende aquel error, es decir, por considerarse algo bueno o justo por sí mismo⁹.

La tradición central de la ética ha ido develando –no sin errores e imprecisiones– las exigencias inexcusables de la dignidad de la persona humana. La primera es que se reconozca esa dignidad como una realidad objetiva, vinculante para la libertad de todos. Por eso, la defensa de la idea de derecho natural y de una ley moral natural contra el escepticismo y el relativismo no es una mera posición “metaética”, como si nada tuviese que ver con los contenidos concretos de los preceptos morales. El escepticismo y el relativismo son formas de negar en general la dignidad de la naturaleza racional y libre. Esta dignidad no reside en un poder desnudo de elegir sin puntos de referencia, sino en la capacidad de conocer el bien y la verdad y de autodeterminarse hacia el fin último. La posibilidad de errar y de cometer injusticias es una manifestación de esa dignidad eminente, pero una manifestación deficiente. El relativismo y el escepticismo éticos, en la medida en que niegan la verdad universal sobre el bien –niegan que ese bien exista o que pueda conocerse–,

⁹ Esta aclaración responde al comentario de Santiago Legarre, que distinguió entre *iusnaturalismo* fuerte y débil, para sostener que la verdadera lucha por el derecho natural es la lucha por el verdadero derecho natural (*iusnaturalismo* fuerte), con lo cual estoy de acuerdo, teniendo en cuenta la analogía que propongo.

niegan conjuntamente la dignidad humana y su primera exigencia, la de autodeterminarse respecto de ese bien.

IV. DERECHO NATURAL E ILUSTRACIÓN

El drama de Sócrates ilustra nuestro propio drama en la sociedad post ilustrada. Los sofistas –pensemos en Gorgias y Calicles– eran los hombres ilustrados de su época. Proclamaban una técnica, la retórica, por encima de la verdad y de las tradiciones y de las autoridades que podían representar ese acceso a la verdad recibida desde antiguo. Sócrates también desafiaba la tradición en cuanto conformismo acrítico, pero en nombre de la verdad y no contra ella. Por eso no despreciaba la autoridad de la ley ni la sumisión al bien de la ciudad. Su drama fue que, en nombre de esa ley que él no despreciaba, se sometió como víctima de una sociedad que despreció el acceso racional a la verdad, es decir, el fundamento de toda ley humana.

La Ilustración moderna comenzó como un intento, en cierto sentido socrático, de fundar la verdad en la razón. La Ilustración es liberación de la razón respecto de la autoridad y de la tradición, que se perciben como obstáculos que se oponen a la razón. El ilustrado dieciochesco o decimonónico no es consciente de que su respeto por la razón y su creencia en la verdad racional son, a su vez, parte de la herencia de la tradición central de Occidente. Con todo, él cree en una ley natural y en un derecho natural, una realidad normativa racional que está por encima de la voluntad humana y de las convenciones.

El proyecto ilustrado, si seguimos la argumentación de MacIntyre, tenía que fracasar. Pretendía fundamentar racionalmente, en forma universal y abstracta, una ética y unos contenidos normativos –la prohibición del homicidio y de la mentira, la autoridad como servicio al bien común, el matrimonio y la consiguiente ilegitimidad de las conductas sexuales contrarias a él, etc.– que procedían de una tradición, pero sin aceptar la concepción teleológica de la naturaleza humana que daba sentido a la ética en esa misma tradición. El resultado ha sido el emotivismo ético, es decir, la creencia firme en algunas posiciones morales no justificadas racionalmente, para las que se buscan argumentos racionales *ad hoc*¹⁰. De modo parecido, John Finnis ha mostrado que los argumentos de la moral consecuencialista, de la que el utilitarismo es una forma, son meras

¹⁰ Cfr. Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud*, trad. cast. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, capítulos 1-3.

racionalizaciones, es decir, argumentos no concluyentes que se utilizan para justificar convicciones morales anteriores a esos mismos argumentos¹¹.

El proyecto ilustrado se dividió en innumerables corrientes que intentaban justificar esa ética antigua sin sus presupuestos metafísicos y teológicos. Una de las razones para desconfiar de la tradición precedente, de pensamiento cristiano, era precisamente su división interna. Luego, se entiende que la misma división interna de la tradición ilustrada fuese un argumento decisivo para la desesperación de llegar a un fundamento racional de la ética, a una ley natural. El fracaso del proyecto ilustrado, de la ilusión por alcanzar una verdad racional independiente de toda autoridad y de toda tradición, arribó adonde, por decirlo así, estaban instalados desde antiguo los sofistas, esperando a sus hijos modernos: el desencanto, el escepticismo cínico, la liberación, sí, mas no ya de la tradición y de la autoridad únicamente, para entronizar a la Razón pura y a la Verdad, sino a la liberación de la misma Razón –ya no diosa, sino pordiosera– y de la Verdad misma. La Razón y la Verdad ya no son fuentes de libertad, sino otras tantas cadenas para una libertad pura. Este decaer de la razón ilustrada en la apología de la libertad sin norte significa poner, una vez más, la voluntad humana –individual y colectiva– por sobre lo justo y lo bueno por naturaleza. El fracaso del proyecto ilustrado nos deja sumidos en una amarga recaída en la sofística. Si la razón no sirve a la verdad, si la libertad no admite un cauce racional objetivo, si, en definitiva, no hay nada justo y bueno por naturaleza, la razón es mero instrumento del poder, de la fuerza, del interés subjetivo y caprichoso.

Vivimos ahora en una de las situaciones de más profunda decadencia cultural, donde la mayoría de las personas razonables vive sometida a una de las ideologías más febles y racionalmente débiles que ha conocido la historia humana, el liberalismo post ilustrado, desengañado, escéptico y resentido. Su negación de un derecho natural –y de una ley natural– al cual someterse va unida a una exigencia de aprobación universal de las más diversas formas de ejercicio irresponsable de la propia autonomía. La no aprobación por parte de quienes tienen autoridad moral, eso es lo que provoca rechazo y rabia. La tradición que comenzó contra la autoridad en nombre de la razón, ahora necesita la aprobación de la autoridad para legitimar sus desvaríos.

Pensemos en la autoridad moral de la Iglesia católica, la institución que más hace presente las exigencias clásicas del derecho y de la ley natural en el mundo moderno. En *Natural Law and Natural Rights*, Finnis dice que él se refiere “ocasionalmente a los pronunciamientos de la Iglesia

¹¹ . Cfr. John Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Georgetown University Press, Washington, 1983, 94 ss.

Católica Romana sobre la ley natural, porque ese organismo es quizás único en el mundo moderno, en cuanto que afirma ser un intérprete autoritativo de la ley natural¹². Pues bien, ¿qué exige de ella el escéptico post ilustrado o el relativista o el que defiende un derecho natural con otros contenidos? A mi modo de ver, ellos no aspiran a que la Iglesia calle, aunque esto sería ya algo, sino a que apruebe la nueva moral, las costumbres contrarias a la ley natural. Si la Iglesia comenzara a recomendar a sus hijos el uso de preservativos, la aquiescencia ante el aborto o la aceptación de las parejas homosexuales, ninguno de los adalides de la ideología liberal pediría la liberación de esa autoridad. ¿Y si la Iglesia excomulgara o expulsara a quienes criticaran la homosexualidad, como hizo una comunidad protestante en Estados Unidos? ¿Se la tacharía de inquisidora, cruel, impositiva? De ninguna manera, porque estaría usando su autoridad para aprobar y promover lo que los liberales consideran que es lo justo y bueno, es decir, el derecho/ley natural. En definitiva, pues, la función de la autoridad moral no puede ser eludida ni rechazada, y consiste en promover el derecho natural. Algunos lo han trastocado y por eso no pueden soportar la defensa que de él hace la Iglesia.

La situación es paradójica, porque las reacciones naturales de esa misma mayoría, ante los males objetivos que azotan el mundo —las guerras, las epidemias y desastres naturales, las injusticias, la miseria, los genocidios...—, prueban un conocimiento de ese derecho natural que se rechaza en el plano especulativo. El contraste es poderoso. Por una parte, los post ilustrados siguen reclamando algunas de las eternas exigencias del derecho natural, como la protección que se debe a los más débiles, y exigen otras cosas como si fueran de derecho natural aunque no lo son, como el aborto y la eutanasia; pero, por otra parte, cuando son interrogados abiertamente confiesan que no hay fundamentos racionales suficientes para respaldar esas emociones, y hasta se indignan con los fundamentalistas que pretenden tener esos fundamentos racionales, que todavía creen en una verdad y en algo justo por sí mismo. Los ilustrados desilusionados no quieren renunciar ni a la fuerza de sus convicciones prácticas —que queda en emotivismo— ni a su radical relativismo o escepticismo. Tan pronto afirman airados que se han violado los derechos humanos o denuncian la corrupción —especialmente si no les ha tocado parte en los beneficios— como niegan cualquier derecho natural fijo, inmutable, capaz de fundamentar su ira. Tan pronto defienden los absolutos morales (no robar, no mentir, no matar), cuando necesitan la protección contra sus adversarios, como acuden al consecuencialismo cuando necesitan una excepción, en circunstancias particulares, o se re-

¹² Cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, vi.

fugian en el escepticismo y el relativismo cuando necesitan derrotar las convicciones de signo opuesto. Estamos, pues, ante un desafío poderoso contra la visión clásica de la ley y el derecho natural: una orientación ideológica que toma su fuerza de su propia debilidad intelectual, de ese poder echar mano de cualquier argumento no por el valor intrínseco que pueda tener —no existe algo así como el valor intrínseco de la razón— sino por su fuerza retórica y circunstancial, unida a la fuerza emotiva capaz de arrastrar al populacho.

La defensa del derecho natural, que han llevado a cabo autores de diversas orientaciones iusfilosóficas, como Johannes Messner, Jacques Maritain, Sergio Cotta, Álvaro D'Ors, Javier Hervada, Francesco D'Agostino, Guido Soaje Ramos —en Argentina—, José Joaquín Ugarte —en Chile— y tantos otros, se sitúa en este contexto cultural de un relativismo cada vez más radicalizado. Tal es el contexto que permite comprender la importancia de John Finnis.

V. EL OBSTÁCULO DE LA CULTURA RELATIVISTA

En efecto, la combinación de escepticismo consciente y emotivismo práctico tiende a reemplazar la antigua cultura moral —fundada en la roca firme de la verdad sobre el bien— por una cultura moral nueva. Esta moral nueva se mueve en el sentido de los vientos de la opinión, de la moda intelectual, de las exigencias de los grupos de presión moral, en una mutabilidad impredecible y peligrosa. Se utiliza primero el relativismo y el escepticismo para demoler la antigua moral, para desarraigar de las mentes —especialmente de los más jóvenes, indefensos frente a la dialéctica y la propaganda— todas las convicciones tradicionales fuertes. Sobre el terreno bien abonado de la delicuescencia ética se siembran luego, merced al lenguaje emotivista de la nueva cultura, convicciones aparentemente fuertes pero de signo inverso.

Pensemos en un ejemplo, entre muchos: la cultura homosexual. Los chicos que siempre habían pensado, siguiendo el ejemplo y las enseñanzas de sus padres, que la sexualidad humana exige su orientación hacia persona de diverso sexo y tiene como cauce natural —i.e., razonable— el *matrimonio*, son bombardeados primero con la *prédica relativista* (“tú tienes tus opiniones sobre el sexo, pero otros tienen otras igualmente válidas”; “vive y deja vivir”, etc.) o *escéptica* (“¿cómo puedes estar seguro de que tu opinión sobre el sexo es válida para todos?”). Este primer paso es suficiente para que se desarraiguen esas convicciones, que supuestamente eran tan válidas como las contrarias. Enseguida viene la continuación de esta misión demoledora, la parte constructiva: mediante la presentación

agradable y normal de los grupos y parejas homosexuales, se convence a los chicos de que sería crueldad discriminarlos, de que sería opresivo incluso *opinar* que la condición homosexual es *contra natura* –sea por enfermedad, sea por elección–, y de que, en consecuencia, la legitimidad de la orientación homosexual es una verdad no relativa y de la que no cabe dudar. Algunos chicos pueden convertirse en fanáticos de la causa homosexual, como esos que arrojaban piedras a Juan Pablo II en uno de sus viajes apostólicos.

Es necesaria, pues, la lucha por el derecho natural, porque sin la lucha no se afianza la recta razón en la conciencia individual y colectiva. Esta lucha, ¿es conservadora, reaccionaria o revolucionaria? Ni lo uno ni lo otro. “[E]sta cuestión es, sencillamente, un bizantinismo”, nos advierte Javier Hervada. En efecto, “la cuestión carece de sentido. Una afirmación de derecho natural, tomada como reivindicación o slogan políticos, puede parecer revolucionaria o conservadora, pero eso es una apreciación subjetiva, pues de por sí no es otra cosa que *justa*. Si a alguien le parece revolucionaria es que está instalado en un sistema injusto; si la aprecia como conservadora es que está intentando introducir la injusticia”¹³.

Se trata de luchar por una realidad, ya descubierta desde antiguo, que ha suscitado una reflexión continuada a lo largo de los siglos, que ha dado origen a una tradición de pensamiento –la *philosophia perennis*, la tradición central de Occidente– y que constituye el fundamento estable de toda la civilización y de su influjo en el resto del mundo. La adhesión a los principios del derecho natural –de la ley natural– nos permite medir las culturas mediante un parámetro supracultural, aunque lo justo y lo bueno siempre se cultiven dentro de una cultura particular. Nos otorga una especie de inmunidad intelectual y volitiva ante las modas pasajeras, las ideas fácilmente aceptadas por las masas, pero transitorias. La referencia al derecho natural permite purificar el presente y juzgar el pasado en sí mismo, en sus bondades y sus males, sin justificar el mal como mera diferencia temporal. Quienes cultivan la reflexión sobre la ley y el derecho natural poseen los puntos de referencia para impulsar el progreso, como distinto del mero cambio, pues también es posible el retroceso moral de la humanidad. En fin, los principios del derecho y de la ley natural otorgan la fuerza interior necesaria para resistir el mal y la injusticia y para dialogar con las diversas orientaciones del presente, reconociendo en ellas lo que hay de compatible con el derecho natural, lo que contribuye incluso al progreso en el desvelarse del derecho natural, pero criticando aquello que significa una recaída en la barbarie.

¹³ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 7ª ed., 1993, 194-5.

VI. JOHN FINNIS: DEFENSOR DEL DERECHO NATURAL

John Finnis es una figura señera en esta lucha. Ha defendido el núcleo esencial de la tradición central de Occidente, el derecho/ley natural. Al mismo tiempo, lo ha hecho inteligible en un ambiente intelectual profundamente afectado por el escepticismo y el relativismo éticos y por una ignorancia importante de la historia del pensamiento sobre el derecho natural¹⁴. Finnis adoptó, antes que el iusnaturalismo, la teoría analítica del derecho. Asumió como una virtud el rigor lingüístico y las dificultades intrínsecas de la tradición analítica. Con ese lenguaje, con ese modo de argumentar, concediendo lo más posible a los supuestos de sus contemporáneos, John Finnis hizo presente de manera renovada la visión clásica de la ley natural.

En lo que queda de este artículo me detendré en mostrar su defensa del derecho natural en general y de su núcleo esencial, que es la dignidad de la persona humana. Después reseñaré su defensa de los contenidos clásicos del derecho natural sobre el respeto debido a la vida humana y sobre el matrimonio y la familia. Se puede decir que, en torno a estos temas —la vida y la familia—, giran casi todas las controversias contemporáneas sobre lo justo por naturaleza, sobre la clase de animales que somos y sobre el tipo de mundo en el que queremos vivir.

John Finnis, contra el modernismo de los analíticos contemporáneos, muestra que la discusión fundamental sobre lo justo natural se dio ya en tiempos de Sócrates. La expresión misma fue acuñada por los escépticos de la época, que no reconocían nada natural fuera del predominio de la fuerza. Platón tuvo el mérito de reconducir dialécticamente la idea de lo justo y de lo bueno por naturaleza hasta significar los estándares de lo razonable, que han de moderar los deseos individuales y las relaciones interpersonales. Su línea argumental continúa viva en una tradición que llega hasta hoy, pasando por Aristóteles, Cicerón, san Agustín y santo Tomás de Aquino. Una parte de ella se perdió en los intentos iusnaturalistas de la modernidad (Locke, Hobbes, Kant), que creen poder fundar la ética en la razón pura, aislada del conocimiento de la naturaleza humana que se adquiere mediante el reconocimiento de los bienes básicos¹⁵.

¹⁴ He procurado mostrar esta situación en relación con Herbert Hart, gran teórico contemporáneo del derecho por tantos otros aspectos, en Cristóbal Orrego, "H. L. A. Hart's Arguments Against Classical Natural Law Theory", *The American Journal of Jurisprudence* 48, 2003, 297-323 y "H. L. A. Hart's Understanding of Classical Natural Law Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, 2, 2004, 287-302.

¹⁵ Cfr. John Finnis, "Natural Law: The Classical Tradition", en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002, 1-60, en 1-8.

John Finnis intenta hacer comprensible, de manera dialéctica, la tradición iusnaturalista a los lectores analíticos. He aquí uno de sus principales méritos académicos y una de las razones para tenerlo por un gran defensor de la tradición clásica del derecho natural, más allá de las disputas de escuela. En efecto, Finnis dedica todo un capítulo de la obra que celebramos y buena parte de su argumentación en los otros capítulos a deshacer falsas imágenes y objeciones. Así, por ejemplo, afirma que, si por validez jurídica se entiende la existencia formal de una regla, desde el punto de vista de las fuentes sociales del derecho positivo, entonces la teoría clásica de la ley natural nunca ha negado que pueda haber leyes injustas y válidas¹⁶. En cambio, si la validez se entiende en un sentido normativo fuerte —que implique al menos obligación moral *prima facie* de obedecer—, entonces la validez jurídica en su caso central se ve mermada o derechamente eliminada por la injusticia de la ley¹⁷.

Tampoco acepta Finnis la objeción de incurrir en la “falacia naturalista” o de violar la “ley de Hume” —la prohibición de extraer normas a partir de hechos—, y muestra contundentemente que ni Platón ni Aristóteles ni Tomás de Aquino incurrieron en tal falacia. Estos autores, por el contrario, tenían sumo interés en distinguir la razonabilidad moral del simple conocimiento teórico de hechos brutos —por usar la terminología analítica—, frente a la versión sofística de la ley natural, que confunde el deber con el poder¹⁸. En nuestra propia época asistimos a esa renovación de la sofística, especialmente entre quienes estiman oscurantista cualquier limitación moral impuesta al avance del poder de la ciencia y de la técnica. Para ellos, si la ciencia y la técnica pueden hacer algo, ya no cabe juzgar esa posibilidad desde la ética.

Más allá de las imágenes y objeciones, John Finnis se ha esforzado por enfocar desde la perspectiva clásica los debates contemporáneos en la filosofía del derecho. Por ejemplo, no solamente ha mostrado las incoherencias del positivismo jurídico en general, sino lo infructuosa que es —por falta de clarificación conceptual— la actual disputa entre positivistas “incluyentes” y “excluyentes”¹⁹. En “Natural Law: The Classical Tradition”, Finnis ha ofrecido una síntesis de cómo enfocar desde la perspectiva clásica los temas del derecho en relación con la metodología (*v.gr.*, la interdependencia entre descripción y evaluación²⁰), la autoridad —donde muestra que la teoría del derecho natural, y no el positivismo jurídico,

¹⁶ Cfr. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 25-29 y 351-368.

¹⁷ Cfr. *ibid.*, 354-366.

¹⁸ Cfr. *ibid.*, 33-48 y John Finnis, “Natural Law: The Classical Tradition”, 3-4.

¹⁹ Cfr. John Finnis, “Natural Law: The Classical Tradition”, 8-15.

²⁰ Cfr. *ibid.*, 15-18 y John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 3-22.

logra explicar de manera crítica y reflexiva la autoridad del derecho²¹ y, entre otros, las diversas áreas del derecho (familia, daños, contratos, propiedad, derecho penal, internacional y constitucional)²².

Aparte de esta re-presentación de la filosofía del derecho en clave ius-naturalista –iusnaturalista y analítica a la vez–, Finnis ha debido defender en general la objetividad de los principios éticos contra el escepticismo y la inmutabilidad e indispensabilidad de los preceptos negativos (las prohibiciones absolutas de la ley natural) contra las diversas formas de proporcionalismo y consecuencialismo²³.

No es el momento de detenerse puntualmente en esas polémicas, pero sí vale la pena, quizás, mostrar que no se trata de defender simples teorías abstractas, sino la dignidad de las personas concretas que son afectadas por la negación de sus derechos naturales más básicos –cuando se rechazan los absolutos morales– y por la negación de su capacidad de conocer el bien y de autodeterminarse respecto de él –cuando se incurre en el escepticismo–. John Finnis ha intentado exponer, también en clave analítica, el fundamento metafísico del orden jurídico en la realidad de las personas de carne y hueso para las cuales se establecen las reglas y las instituciones del derecho positivo, que son los portadores primarios de sentido y los sujetos últimos de los actos –palabras, elecciones, etc.– que requieren interpretación legal. La persona es una realidad sustancial permanente desde el momento de su concepción, con independencia del desarrollo accidental de sus potencias. Así se comprende el absurdo que significó negar personalidad jurídica a los negros (*Scott v. Standford*: 1857) y a los niños no nacidos (*Roe v. Wade*: 1973) y paralelamente reconocérsela, para concederles la protección de la Decimocuarta Enmienda, a las corporaciones (*Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.*: 1886), sin necesidad de exigir argumentos²⁴.

Las conclusiones sobre la universalidad de los principios prácticos y las exigencias de la dignidad de la persona se reflejan necesariamente en la deliberación sobre qué hacer en los diversos ámbitos de la vida humana. Se puede decir que, en torno a los temas de la vida –el trato que merece– y la familia –cuál es su configuración debida, cómo se ordena la sexualidad humana–, giran casi todas las controversias contemporáneas sobre lo justo por naturaleza, sobre la clase de animales que somos y

²¹ Cfr. John Finnis, "Natural Law: The Classical Tradition", 20-24.

²² Cfr. *ibid.*, 41-60.

²³ Cfr. John Finnis, *Fundamentals of Ethics*, ya citado; *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth*, Catholic University of America Press, Washington D.C., 1991, y, con Joseph Boyle y Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality, and Realism*, Oxford University Press, Oxford, 1987.

²⁴ Cfr. John Finnis, "The Priority of Persons", en Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 1-15.

sobre el tipo de mundo en el queremos vivir, en el que es bueno que vivamos. Por eso, al acercarnos a concluir nuestra presentación, deseamos destacar simplemente el rigor y la valentía con que John Finnis ha defendido los contenidos clásicos del derecho natural sobre estos temas, en un ámbito cultural cada día más hostil.

Comenzó ya en 1968, defendiendo las conclusiones de la Encíclica *Humanae Vitae* sobre la ética de la regulación de los nacimientos. En torno a esta cuestión, aparentemente relacionada sólo con la vida privada de las personas, y quizás bajo la presión de la revolución sexual —como se ha llamado a ese desatarse de la lujuria que trajo consigo la facilidad técnica y la seguridad psicológica de que podrían evitarse sus consecuencias—, muchos teólogos y pastores vinieron a aceptar la metodología moral proporcionalista y la autonomía de la conciencia respecto de las exigencias indispensables de la ley natural²⁵. John Finnis, desde la perspectiva de la filosofía jurídica, defendió la tesis clásica de que hay ciertas clases de actos que son de suyo desordenados y, por tanto, moralmente malos, con independencia de los bienes que por ellos se pretenda conseguir²⁶. El núcleo de este debate tiene aplicaciones políticas innegables —Pablo VI lo vio claramente en *Humanae Vitae*, al prever que la aceptación de la anticoncepción en privado dejaría abierta la vía para abusos peores por parte del poder político—²⁷, y, de hecho, el debate se expandió pronto hacia otras materias. En particular, Finnis —con Grisez y Boyle— se opuso a la política de disuasión nuclear sobre la base de que no puede amenazarse con realizar una acción que es en sí misma ilícita, como la aniquilación masiva de seres humanos inocentes²⁸. Puede verse que Finnis mantiene una posición coherente respecto de las dos fuerzas más poderosas liberadas por la civilización tecnológica: la bomba atómica y el sexo.

El debate sobre el aborto fue abordado por Finnis, en un primer momento (1973), a propósito de un peculiar argumento de Judith J. Thomson —la igualación del feto con un violinista inconsciente enfermo de los riñones conectado violentamente a una persona, a la que se obliga a cargar con él—. El esfuerzo de Finnis en “Rights and Wrongs of Abortion” gira en torno a la distinción entre el efecto primariamente intentado en una acción, que nunca puede elegirse si es malo en sí mismo, como ocurre en

²⁵ Juan Pablo II, Enc. *Veritatis Splendor* (1993), ha salido al paso de estas desviaciones teológicas.

²⁶ Vid. especialmente John Finnis, *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1992.

²⁷ Cfr. Pablo VI, Enc. *Humanae Vitae*, n. 17.

²⁸ Vid. John Finnis, Joseph Boyle y Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality, and Realism*, ya citado.

el caso del aborto directamente procurado, y los efectos secundarios de una acción por sí misma legítima, como la defensa respecto de un agresor. Frecuentemente, los argumentos abortistas desdibujan esta distinción, para considerar relevante solamente el resultado final. Así, si de todas maneras va a morir un feto, qué más da que muera como consecuencia indirecta de un tratamiento médico con otro objeto –según el principio del doble efecto– o que muera porque así conviene para permitir a la mujer disponer de su propio cuerpo. John Finnis, aparte de mostrar la relevancia del orden de los factores –la diferencia entre matar y aceptar una muerte que no se logra evitar–, muestra la igual dignidad de las dos personas –la madre y el hijo nonato– y que el aborto constituye un atentado contra el cuerpo de alguien igualmente digno²⁹. En otro contexto, refutando los argumentos del liberalismo político, ha procurado mostrar la incoherencia del liberalismo al no reconocer que, en el caso de los niños no nacidos, el problema ético exige una solución pública y que esa no puede más que ser la igual protección de la ley a todo ser humano³⁰. Los argumentos liberales quieren dejar la decisión sobre el aborto a la esfera privada de las personas, lo cual es imposible: si alguien *decide* que el aborto es un asesinato no tiene solamente la opción de no cometer un aborto, sino también la de defender por la fuerza al no nacido contra quien procura abortarlo. Por lo tanto, la decisión sobre el aborto –sobre su rectitud moral y su justicia o injusticia– es siempre, necesariamente, pública, y como tal se impone a todos.

Lamentablemente, las lóbregas profecías de quienes se opusieron al aborto y a la anticoncepción en los años setenta se han convertido en realidad: el dominio humano sobre la vida en sus orígenes se extiende enseguida a la llamada procreación asistida –que, en general, separa la procreación de la sexualidad en acto–, a la experimentación con embriones y a la clonación. Después se expande a la vida en situaciones límite de debilidad, enfermedad, ancianidad o sufrimiento, con la aprobación de la eutanasia. John Finnis ha estado ahí, presente, para combatir racionalmente los argumentos de quienes querrían aprobación universal para estos crímenes de lesa humanidad. Su argumentación contra la eutanasia, aparte de fundarse en abundante información empírica sobre cómo los que la aplican no se detienen en la eutanasia voluntaria, muestra que la modificación de las reglas sobre el homicidio, para permitir la eutanasia, implica una profunda modificación de la ética médica en la práctica, pues

²⁹ Cfr. John Finnis, "The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson", en Ronald Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977, 129-152.

³⁰ Cfr. John Finnis, "Abortion, Natural Law, and Public Reason", en Robert P. George y Christopher Wolfe (eds.), *Natural Law and Public Reason*, Georgetown U.P., Washington, D. C., 2000, 75-105.

matar al paciente pasa a ser una opción legítima que puede verse incluso como obligada. El resultado y, a la vez, la motivación profunda de la legalización de la eutanasia es una visión cuasi-nietzscheana del hombre y de su dominio sobre la vida, no la compasión por el dolor ajeno ni el respeto a la autonomía de los pacientes³¹.

Finalmente, quizás lo que más caro le ha costado al profesor Finnis –lo que más valentía ha requerido de su parte– es la defensa del verdadero matrimonio contra los actuales ataques de una sociedad que confunde el bien del matrimonio con la mera aprobación de la inclinación sexual, independiente de su objeto y de su finalidad. El matrimonio como bien básico, que exige tanto la fidelidad como su ordenación a la procreación y educación de los hijos, es un tipo de bien común radicalmente negado por la protección pública de la homosexualidad activa. Si bien es cierto que, según la teoría política de Finnis, el Estado debe limitar su acción a las exigencias del bien público, un bien común instrumental dirigido a establecer las condiciones materiales y espirituales que permitan a las personas y a sus agrupaciones alcanzar sus fines propios, razón por la cual la autoridad pública no podría castigar las conductas sodomíticas de adultos en privado, no es menos cierto que la moralidad pública, la protección de los menores, el bien común de las familias, etc., exigen de las autoridades emitir un juicio moral de reprobación respecto de las relaciones homosexuales y atenerse a ese juicio para prohibir las manifestaciones públicas del vicio y para denegar, con toda justicia, toda forma de reconocimiento público de ese tipo de conductas y de relaciones³².

En breve síntesis podemos sostener que John Finnis ha sido y es un modelo de académico iusnaturalista. Por una parte, conoce la tradición filosófica como pocos profesores de su especialidad. Por otra parte, ha sabido traducir esa tradición a un lenguaje y con unos argumentos asequibles a sus contemporáneos. En esta misma línea, ha analizado críticamente las principales orientaciones de la filosofía jurídica y política contemporánea: el positivismo conceptual –en la versión de Hart y sus sucesores–, el análisis económico del derecho y la teoría de juegos, los estudios jurídicos críticos, el liberalismo político –especialmente el de John Rawls–, etc.

³¹ Cfr. John Finnis, "Euthanasia, Morality and Law", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31, 1998, 1123-1146.

³² Cfr. John Finnis, "Law, Morality and Sexual Orientation", *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 9, 1995, 11-39 y John Finnis, "The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations", *The American Journal of Jurisprudence*, 42, 1997, 97-134. El tratamiento más armónico de la materia puede verse en John Finnis, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 143-154 (matrimonio) y 219-274 (poder estatal limitado).

Cabe reconocer que los iusnaturalistas de formación neo escolástica pueden no sentirse cómodos dentro de un pensamiento estructurado de manera original, que sólo aborda los temas metafísicos y antropológicos en la medida necesaria para fundamentar la filosofía práctica, que ofrece ampliaciones y críticas al pensamiento de Tomás de Aquino (*v.gr.*, sobre la pena de muerte y el castigo coactivo a los herejes) y que defiende tesis no directamente tomadas del Doctor Angélico (*v.gr.*, la lista de bienes básicos y su jerarquía –o su no-jerarquía de valor–; el lugar de Dios en la ética filosófica; la comprensión del fin último; el tratamiento de la falacia naturalista; etc.). Sin embargo, la mayoría de estas cuestiones son de suyo difíciles y creemos que no deben desunir moralmente a quienes están unidos en una empresa de fondo, de mayor alcance: la defensa del derecho natural.

John Finnis tiene algo –un aire, un no sé qué, un porte, un talante– que me recuerda a Tomás Moro. Evoco ahora la mirada de Moro en el retrato de Hans Holbein, y el tono marrón de sus vestimentas, y un aire de seriedad que oculta el sentido del humor. Recuerdo los argumentos de Moro en su *De Tristitia Christi*, cómo se fija en los detalles, cómo advierte contra las consecuencias de los desvíos de su época, cómo avizora el futuro y resiste las soluciones fáciles. No sé por qué, pero me parece estar viendo a John Finnis, esas manos que acompañan el movimiento de la razón, ese rigor del lenguaje –como el de Moro–, esa adhesión a una verdad más grande que los consensos de los grandes de este mundo.

Quizás no sea posible, en el mundo tal cual existe, luchar *solamente* por el derecho natural.

JOHN FINNIS. LA LUCHA POR EL VERDADERO

DERECHO NATURAL*

SANTIAGO LEGARRE

*Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires)
Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional
Universidad Austral*

Mi primera reacción frente a la conferencia del profesor Orrego fue de deslumbramiento. Tiene una prosa elegante, una retórica envidiable y un contenido ambicioso. Eso sin contar su desparpajo, audacia y, sobre todo, valentía, para abordar ciertos temas como los aborda, asumiendo el riesgo de un costo caro que, según nos recordó, tuvo que pagar la persona a quien hoy homenajeamos. Lo segundo que pensé fue que poco podría agregar mi comentario: estoy de acuerdo con casi todo lo que dice Orrego y, en muchos casos, está dicho de una manera difícilmente superable. Serán éstas, por tanto, sólo unas apostillas menores, unos pequeños retoques a una excelente escultura ya terminada por el artista.

I. LEY NATURAL Y DERECHO NATURAL

En su versión original el trabajo de Orrego presentaba una inadecuada fusión de dos conceptos en uno. (En verdad lo que había es lo que en inglés se llama "*conflation*", y para traducir esta palabra es que he elegido "fusión", a falta de otra mejor, que tal vez la haya. Se da una *conflation* cuando se reducen a una dos ideas que deberían haberse conservado separadas.) Estos dos conceptos que habían sido fusionados por el autor podrían llamarse "lo bueno natural" y "lo justo natural"¹. Aunque la fusión

* Este artículo, presentado oralmente en las "Jornadas Internacionales en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de *Natural Law and Natural Rights*", Universidad Austral,

no subsiste en la redacción final del texto, vale la pena detenerse en este problema pues excede los límites del trabajo comentado y se proyecta en la obra del profesor homenajeado. Lo que debemos hacer, “consideradas todas las cosas”², no es –no es solamente– “lo justo en sí”. Esto último es el derecho natural; en cambio, lo que debemos hacer *all things considered* nos lo indica la *ley natural*, que manda, comprende y abarca no solamente situaciones regidas por la justicia (natural) sino también otras: obligaciones morales “autorreferentes”³ y obligaciones morales en las que, si bien hay alteridad, no hay justicia en sentido estricto⁴. Por ejemplo, yo puedo estar moralmente obligado a ayudar a mi vecina anciana a limpiar de nieve su vereda en un día de invierno. Esta es una obligación natural –de ley natural– pero no (necesariamente) de justicia: no me lo exige el derecho natural, considerado normativamente ni, por tanto, es lo justo natural: no es, en otras palabras, derecho natural.

Detrás de estos razonamientos late, en definitiva, la distinción entre ley natural y derecho natural (y entre (ley) moral y derecho natural),

Buenos Aires, 9-10 de junio de 2005, es una respuesta al trabajo de Cristóbal Orrego S. titulado, “John Finnis. La lucha por el derecho natural”. Agradezco los valiosos comentarios y referencias aportados por Javier Barbieri, Ricardo F. Crespo, Maris Köpcke Tinturé, Andrew Koppelman, Joaquín Migliore y Juan José Salinas, así como la asistencia prestada para esta investigación por Rodrigo Ruiz-Esquide y Mercedes Ales.

¹ La distinción entre lo bueno y lo justo seguramente evocará en la mente del lector familiarizado con la tradición ética anglosajona la distinción entre *the good and the right*. Cfr., paradigmáticamente, Moore, G.E., *Principia Ethica*, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, Caps. IV-VI. Sin embargo, la analogía entre aquello a lo que me refiero en el texto y esta distinción común en la tradición angloamericana es sólo terminológica. En esta tradición, *the good and the right* quieren decir algo muy distinto de lo que, en la tradición clásica, significan lo bueno y lo justo. Cfr. Hudson, W.D., *La filosofía moral contemporánea*, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pp. 74-79. El resumen que hace Keynes puede servir para atisbar la diferencia, que no puedo explorar aquí. “Un objeto importante del libro de Moore era distinguir entre bondad [*goodness*] como un atributo de los estados de la mente y rectitud [*rightness*] como un atributo de las acciones”. Keynes, J.M., *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, MacMillan Press, 1972, Vol. X, p. 445. Véase, además, el texto que acompaña la nota 12 infra, para una consideración de otras probables reminiscencias de la distinción entre lo bueno y lo justo.

² Orrego S., C., “John Finnis. La lucha por el derecho natural”, p. 2.

³ En el texto asumo, *arguyendo*, que existen obligaciones morales “autorreferentes”, y que pueda haber conductas que no afecten de un modo relevante a otros. Éste es, como es sabido, el presupuesto fundamental del principio del daño [*harm principle*] de John Stuart Mill. Mill, J.S., “On Liberty”, en *On Liberty and Other Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1991, Caps. I y IV. En el mismo sentido, Nino, C.S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 304-327. Finnis, para sorpresa de muchos, no reniega completamente del *harm principle* de Mill: cfr. Finnis, J., *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 228. Sin embargo, pienso que del contexto de su obra se desprende que Finnis rechazaría lo que aquí yo he aceptado *arguyendo*, y que Mill y, tras sus pasos, Nino (y una pléyade de autores liberales) afirman sin ambages, i.e., la existencia de acciones “autorreferentes”.

⁴ Digo en el texto “justicia en sentido estricto” para distinguir lo que en la tradición clásica a veces se llama “justicia general”, que es equivalente a “virtud” sin más. Cfr. Finnis, J., *Aquinas...*, *cit.*, p. 132.

una distinción que el profesor Finnis tiende a minimizar –“downplay”, probablemente sea la palabra exacta, que significa algo parecido a bajar el volumen– en el libro que hoy nos convoca⁵. Su título, *Ley natural y derechos naturales*, no debe llamar a engaño: lo que allí se distingue son los derechos naturales –no el derecho natural– de la ley natural. A lo largo de sus páginas, ley natural y derecho natural vienen tratados como si fueran lo mismo: *practical reasonableness*. Finnis incurre en la misma *conflation* que Orrego había insinuado en la versión original de su trabajo.

En 1980, año de publicación de *Natural Law and Natural Rights*, Finnis actuaba con advertencia plena, podríamos decir con la terminología de los moralistas⁶. Pues había sido reprendido por Michel Villey en los años 70⁷, a propósito de la mentada *conflation*, y sin embargo, insistió o, diría Villey, reincidió en el error⁸. Finnis, convencido o recalcitrante, según se quiera verlo, insistió en 1998 en su libro *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*:

“En efecto, la mayor complicación en la semántica del *ius* es que también tiene un significado distinto: ley (y, por tanto, leyes –*iura*–). Aquino usa *ius* frecuentemente con este último significado. Por supuesto, también tiene otra palabra para

⁵ Finnis hace otro tanto en su obra posterior. Cfr. Finnis, J., *Aquinas...*, *cit.*, p. 134.

⁶ “[...] [E]l anglosajón que lee a Santo Tomás tendrá la impresión (aún después de haber tomado conocimiento de los valiosos trabajos de Villey) ... que en Santo Tomás no hay ‘oposición capital ... entre *derecho* y *ley*’ (como lo sostiene Villey en A.P.D., 1961, p. 25)”. Estas palabras de Finnis están tomadas de un debate entre Villey, Finnis, y El Shakankiri (un discípulo de Villey), que tuvo lugar en 1972 en los *Archives de Philosophie du Droit*. Fue traducido al español por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y publicado bajo el título “Bentham y el derecho natural clásico”, en *Revista de Derecho Público*, N. 43-44, enero-diciembre 1988, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 15 ss. Esta cita corresponde a las pp. 17-18.

⁷ Dice Villey con cierta ironía: “Una vez más he de denunciar lo que creo es una *confusión* entre la *ley* –regla de conducta– y el *derecho* como arte del justo reparto.... Esta vez la negativa de pensar el derecho independientemente de la ley nos viene de la pluma del profesor Finnis, aureolado del prestigio del pensamiento inglés. Los ingleses, en efecto, no podrían conocer sin una *philosophy of law* y al encontrarse la *law* –al menos después de Hobbes– unida a la noción antigua de *lex* (lo que, a pesar de todo, no impone la etimología), ellos no consentirían en ocuparse sino de *legal systems* y el derecho (*ius*) habría desaparecido por decisión de la autoridad universitaria británica. ... La tesis de Finnis en el sentido de que Santo Tomás confundiría el *ius* y la *lex* tiene, dentro del ámbito neo-tomista, numerosos representantes en el continente. Esta tesis se encuentra en todas partes. Ella es, con diferencia, la más conocida. Yo no la estimo menos insostenible”. “Bentham...”, *cit.*, p. 21.

⁸ “Finnis ... piensa que si bien derecho y ley no son lo mismo en la terminología tomista, sí son conceptos íntimamente relacionados cuya diferenciación no autoriza a sacar conclusiones mayormente relevantes y, menos aún, como lo pretende Villey, a trazar una valla entre derecho y ley, y entre derecho natural y ley natural (“*justice and the principles of practical reasonableness*”), que en la realidad no existe”. Legarre, S., “El concepto de derecho en John Finnis”, *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Vol. 40 (1999), p. 77. Cfr. Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000 (traducción de *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, a cargo de C. Orrego S.), p. 256.

designar la ley: *lex*. Algunos comentaristas del siglo veinte pensaron que Aquino sostenía una distinción de significado entre *ius*, usado en este sentido, y *lex*. Pero aquél no tenía ningún interés en hacer semejante distinción y no hay una enseñanza oculta que pueda encontrarse debajo de la superficie de sus discusiones acerca de *ius* y *lex* (o en alguna otra parte de su obra). Los muchos pasajes en los que usa *ius* y *lex* intercambiablemente prueban esto con claridad, así como también el desarrollo de sus argumentos en muchos otros pasajes en que uno u otro término es usado⁹.

Claro que en inglés el error denunciado por Villey, si lo fuera, viene muy facilitado por cierta limitación de esa lengua, que la nuestra no tiene: "*natural law*" significa tanto "ley natural" como "derecho natural". De hecho, Orrego, en su rol de traductor, podría haber elegido titular el libro *Natural Law and Natural Rights* como *Derecho Natural y Derechos Naturales*. Sin embargo, tradujo acertadamente "*Natural law*" como "*Ley natural*"¹⁰. A Finnis, que sabe suficiente castellano, me inclino a adivinar que le hubiera dado lo mismo *Ley natural y derechos naturales* que *Derecho natural y derechos naturales*.

Podría pensarse que lo dicho hasta aquí es sólo una cuestión de palabras, de esas por las que no hace falta preocuparse por aquello de que *de nominibus non est disputandum*. Pero se equivocaría, porque ley natural y derecho natural son realmente distintos¹¹, distintos en la realidad, tan distintos como el todo y las partes, que solamente son lo mismo en parte: en la parte en que la parte coincide con el todo que no es toda sino parte. Podría pensarse también que la fusión de los dos conceptos –tal vez a esta altura debería traducir *conflation* como confusión– es relativamente

⁹ Finnis, J., *Aquinas...*, cit., p. 134. Javier Hervada, un cultor destacado del llamado "realismo iusnaturalista" (cfr. nota 28 infra y texto que la acompaña), también reconoce que: "La distinción entre *ius* y *lex* y, por tanto, entre *ius naturale* y *lex naturale* aparece claramente en Tomás de Aquino, aunque no faltan ocasiones en que el ilustre teólogo utiliza la palabra *ius* (derecho) para designar la norma o el ordenamiento jurídico, según un uso que llega hasta hoy". *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1992, p. 500.

¹⁰ Refiriéndose a las elecciones que tuvo que hacer cuando tradujo *Natural Law and Natural Rights*, Orrego comenta: "en general, *law* se traduce como 'ley' cuando tiene el significado amplio usual en la filosofía y teología moral, pero como 'derecho' cuando tiene el significado más restringido propio de los juristas ...". Orrego S., C., "Estudio Preliminar", en *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 32. Confróntense las referencias de Orrego al "significado... usual en la filosofía", por un lado, y al "significado más restringido propio de los juristas", con lo que se dirá más adelante, en la sección II de este comentario, sobre el "realismo iusnaturalista".

¹¹ Es importante no confundir conceptos y palabras, juicios y oraciones; así se evita tomar fantasmas por realidades y se elude un mar de equivocaciones y ambigüedades. De allí el consejo del profesor Finnis a los estudiantes del doctorado en derecho de la Universidad de Oxford: "The tools of our trade are propositions and meanings, statements and words. Get clear about these". Finnis, J., "Research Methodology in Jurisprudence", *Handout*, Hilary Term 2004, *pro manuscrito*, p. 1. Parafraseándolo, aquí –en la diferencia entre ley natural y derecho natural– se trata de una cuestión de *meanings* no de *words*.

inofensiva; y esta vez sí se acertaría, porque, en definitiva, los principios que nutren lo bueno natural y lo justo natural son los mismos y una sola es la naturaleza humana que es su fundamento, de la misma manera que es sólo uno su creador, que le da la justificación última. Esta continuidad entre lo bueno y lo justo, y entre la ética y la política, característica central del pensamiento clásico, desaparece, por supuesto, con el liberalismo político encarnado prominentemente por John Rawls, que es precisamente un intento de una política –de una teoría de la justicia– desvinculada de una teoría del bien. De allí que la distinción entre *the good and the right*, capital en la filosofía de Rawls¹², tenga en la tradición liberal (tal como la entienden Rawls y tantos otros) un significado completamente diferente de la distinción entre lo bueno y lo justo en la tradición clásica.

II. REALISMO IUSNATURALISTA Y IUSNATURALISMO NORMATIVISTA

Otra dificultad del pensamiento de Finnis es que desde la perspectiva de la teoría tradicional el derecho natural no tiene principalmente un sentido normativo; sentido normativo al que hiciera referencia anteriormente al decir que el derecho natural es una parte de la ley natural. Para Aristóteles, Tomás de Aquino y algunos de sus actuales seguidores este sentido es un significado periférico de “derecho natural”. El “analogado principal”¹³, como dicen algunos iusnaturalistas, no es ése sino “la misma cosa justa”¹⁴ o “la misma conducta justa”¹⁵, cuando una u otra viene determinada no por convención sino por la misma naturaleza. Por mi parte, no tengo reparos en privilegiar en el discurso el significado normativo de “derecho natural”. Más aún, tampoco tengo objeciones, en el terreno de lo “positivo”, a la elección de considerar que el analogado principal de “derecho” sea la norma justa, como implícitamente lo hace Finnis a lo largo de toda su obra, en la que *law* nunca significa “cosa o conducta justa”, sino norma o sistema normativo¹⁶.

¹² El argumento de Rawls, que tuvo después muchos desarrollos que no vienen al caso, se encuentra condensado en la tercera parte de su *Teoría de la justicia*. Cfr. Rawls, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1971, *passim*.

¹³ Cfr., entre otros, Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Vol. I, p. 34.

¹⁴ Cfr., entre otros, Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1981, p. 42.

¹⁵ Cfr., entre otros, Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho...*, *cit.*, pp. 34-36; Vigo, R.L., *Las causas del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 59-72. Tanto Massini Correas como Vigo basan sus definiciones en conocidos textos de Aristóteles y Aquino.

¹⁶ Para una justificación de esta afirmación, véase Legarre, S., “El concepto de derecho en John Finnis”, *cit.*, *passim*. Tanto Carlos Ignacio Massini Correas como Rodolfo Vigo, dos exponentes sobresalientes del “realismo jurídico clásico” o “realismo iusnaturalista” en la

Tanto si se adopta la perspectiva clásica –aristotélica y tomista¹⁷– como si se prefiere lo que alguna vez llamé con ligereza¹⁸, tal vez excusable por lo gráfica¹⁹, el “iusnaturalismo positivista”²⁰ –asignar el lugar central a las normas–, la justicia está salvaguardada, como lo exige todo iusnaturalismo genuino²¹. En el primer caso, porque el derecho es estudiado como

Argentina, han reconocido en los últimos años que el iusnaturalismo de Finnis es normativista. El primero, no sin manifestar implícitamente su desacuerdo: “otro tema que merece ser señalado aquí es el normativismo de la definición finnisiana del derecho, en contraposición con la corriente predominante en el iusnaturalismo clásico contemporáneo (Villey, Kalinowski, Hervada, Vallet, etc.) que define el caso central de ‘derecho’ por referencia, ya sea a la misma conducta justa, ya sea a la formalidad de esa conducta... [C]abe consignar que si bien Tomás de Aquino se refiere a veces a la ley denominándola ‘derecho’ (*ius*), no se trata en estos casos de una significación central o ‘focal’, sino solamente de un sentido analógico o derivado; efectivamente, si se adopta estrictamente el punto de vista práctico que Finnis propone en el primer capítulo del libro [*Ley natural y derechos naturales*], resulta indiscutible que la mayor medida de practicidad se da siempre en las acciones concretas y no en las normas que las determinan y prescriben”. Massini Correas, C.I., “El derecho y la justicia. Una contribución actual al iusnaturalismo”, *El Derecho* 190-945 (2001), p. 952. Vigo, por su parte, piensa que la teoría de Finnis asimila muchos puntos típicos del positivismo, incluido el normativismo y, después de recordar que “[l]as explicaciones iusnaturalistas clásicas (Kalinowski, Villey, Hervada, etc.) en torno al analogado primario del derecho han señalado mayoritariamente el campo de las conductas justas”, concluye: “Finnis sorprendentemente parece rechazar toda consideración a esa realidad y en su lugar coloca a las reglas”. Vigo, R.L., *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, Fontamara, México, 2003, p. 129. Cfr. también, *ibidem*, p. 147.

¹⁷ Finnis, ya vimos, negaría que la perspectiva tomista sea distinta de la suya. Cfr. la notas 6, 8 y 9 supra y el texto que acompaña a la nota 9.

¹⁸ La ligereza se debe, principalmente, a la insoportable levedad (y ambigüedad) del positivismo en nuestros días, que puede atribuirse, en buena medida, a la obra de H.L.A. Hart, auténtico verdugo del genuino positivismo pero también abogado de una nueva teoría que, lamentablemente, insistió en llamar “positivismo”, a pesar de que, en muchas cosas que pueden rastrearse a lo largo del libro de Finnis que hoy nos convoca, se parece más al iusnaturalismo que al genuino positivismo. Sobre este tema, véase Orrego S., C., *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1997, *passim*; también, Orrego S., C., “Estudio Preliminar”, *cit.*, p. 14; Orrego S., C., “H.L.A. Hart’s Arguments Against Classical Natural Law Theory”, 48 *American Journal of Jurisprudence* 297 (2003), p. 297; según Orrego, Hart transformó la tradición positivista al punto de instalar dentro de ella los postulados principales de la teoría clásica de la ley natural. Se encuentra en línea con esta tesis el comentario que formulara en 1999 el profesor John Gardner, quien actualmente detenta la cátedra que fuera de Hart y, después de él, de Dworkin: “el Concepto de Derecho, de Hart, es la obra más importante de la corriente iusnaturalista de los últimos 40 años”. Citado, con un error tipográfico –dice “V. Gardner” en vez de “J. Gardner”– en Legarre, S., “El concepto de derecho en John Finnis”, *cit.*, p. 73, nota 19. Cfr. asimismo la sentencia de Timothy Endicott, otro importante profesor actual de Oxford: “No sé qué es el positivismo jurídico y de hecho me planteo si acaso existe”. Endicott, T.A.O., “Raz on Gaps-the Suprising Part”, en *Rights, Culture, and the Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, L.H. Meyer, S.L. Paulson y T.W. Pogge (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 100.

¹⁹ La aludida ligereza es gráfica porque, a pesar de lo dicho en la nota anterior, lo cierto es que en el mundo latino es un lugar común asociar “positivismo” con “normativismo”.

²⁰ Legarre, S., “El iusnaturalismo positivista de John Finnis”, *El Derecho* 179-1202 (1998), *passim*.

²¹ Esto lo reconoce Vigo, después de manifestar su sorpresa ante el normativismo de Finnis. Cfr. *El iusnaturalismo actual*, *cit.*, p. 129.

objeto de dicha virtud, en el contexto de la ética y desde la perspectiva del moralista²², que está interesado en las virtudes, incluida la peculiar dimensión "amoral"²³ que permite el objeto de la justicia, *i.e.*, el derecho (*ius*) en sentido clásico. En el segundo, porque los iusnaturalistas que centramos nuestro análisis en las normas no debemos perder de vista, como no lo pierde Finnis, que esas normas son *para* el bien común y *para* (el bien de) las personas a las que regulan²⁴; y así se "cuela", de una manera completamente abierta, la justicia en esta segunda vertiente de iusnaturalismo; vertiente que me parece más a tono con la realidad de los abogados y con el uso común de la palabra "derecho" en nuestros días, que ya no es el que tenía en tiempos de Aristóteles y Tomás de Aquino.

No estamos solos, con Finnis, dentro del iusnaturalismo. Ya había sostenido algo parecido años antes Georges Kalinowski –a pesar de que se lo cuenta entre los iusnaturalistas "realistas"²⁵–, criticando parcialmente a Villey; y las observaciones del filósofo polaco no pasaron inadvertidas a Finnis cuando escribió *Natural Law and Natural Rights*²⁶. Afirma Kalinowski:

"Santo Tomás tenía razón cuando escribía que es usual dar a las palabras nuevos significados en lugar de los antiguos. El término 'derecho' ha sido alejado de su significado primitivo. En el siglo XIII y aún más tarde, 'derecho' significaba 'obra justa', 'cosa justa', 'acto justo'. En nuestros días significa principalmente 'ley'...

[N]o porque el antiguo término de ley haya sido reemplazado, después de mucho tiempo (sin desaparecer completamente en su vieja acepción), por el nombre metonímico de derecho... se puede reprochar a nadie el definir al derecho como una regla. Es así como entendemos hoy ese término, y bajo riesgo de ser malentendidos, debemos respetar su acepción actual...

Es por ello que cuando Villey escribe '...y hoy la primer tarea de la filosofía del derecho nos parece ser el combatir la reducción positivista del derecho a las fórmulas fijas, la peligrosa asimilación del derecho a las *reglas*, la falsa concepción kelseniana que el derecho existe...', pese a compartir en gran medida su teoría del derecho ...nos vemos movidos a protestar contra un cierto relegamiento a

²² A pesar de que, como veremos, los cultores del "realismo iusnaturalista" insisten en que se trata de la perspectiva del "jurista". Cfr. nota 31 infra y texto que la acompaña.

²³ La expresión es de Graneris, que explica claramente este asunto. Graneris, G., *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, segunda edición, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, pp. 19-23 y 45-47.

²⁴ Véase, por ejemplo, Finnis, J., "The Priority of Persons", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, Fourth Series, J. Horder (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 1-5.

²⁵ Cfr. las expresiones de los profesores "realistas" Massini Correas y Vigo, nota 16 supra, respectivamente.

²⁶ Cfr. Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 256, con cita de trabajos de Kalinowski de 1973.

segundo plano de la ley y contra una sensible modificación, a nuestro parecer injustificada, de la tarea de la filosofía del derecho"²⁷.

En definitiva, la brecha que separa al "realismo"²⁸ iusnaturalista, como se denomina a veces a la primera corriente mencionada²⁹, del iusnaturalismo normativista, en cuanto teorías o reflexiones filosóficas acerca del derecho (natural y positivo), es tan solamente una de nombres y de enfoques o énfasis. El primero *llama* (verbo apropiadísimo cuando de nombres se trata) derecho a la cosa o conducta justa, y sólo secundariamente a las normas; el segundo llama derecho a las normas justas (a la cosa o conducta justa, directamente no la llama³⁰). Al iusnaturalismo realista le interesa el objeto de la justicia y ésta es la perspectiva de análisis que adopta, atribuyéndole el oficio correspondiente al "jurista"³¹; de la ley, en cambio, debe ocuparse principalmente la filosofía política y moral; la ley es sólo secundariamente —analogado secundario— una preocupación del "jurista"³². El iusnaturalismo normativista, el de Finnis, en cambio, pone la lupa sobre los sistemas normativos y sus preocupaciones pasan por desentrañar el recto sentido de ciertas nociones claves para esos sistemas, como las de autoridad, obligación³³, derecho subjetivo y,

²⁷ Kalinowski, G., "Ley y Derecho", en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982 (traducción a cargo de C. I. Massini Correas), pp. 22-26. El pasaje es mucho más extenso y su lectura completa ayuda a entender este debate interno dentro del iusnaturalismo —un debate que, por las razones expresadas más arriba, es relativamente inofensivo y no tiene mayores consecuencias prácticas a la hora de lo que verdaderamente importa que es, en palabras de Orrego, "la lucha por el derecho natural"—.

²⁸ El iusnaturalismo normativista de Finnis *et al.*, cabe aclararlo para evitar confusiones, es realista, en otro sentido relevante y común de la palabra "realismo", que tiene que ver con el objetivismo metafísico y el "cognitivismo" ético. Por supuesto que el "realismo iusnaturalista" también es realista en este sentido. La palabra "realismo" en expresiones como "realismo iusnaturalista" o "realismo jurídico clásico" tiene más que ver con la *res* que está en el centro de la definición tomista de derecho (*ipsa res iusta*). Cfr. Graneris, G., *Contribución tomista...*, *cit.*, pp. 23-26.

²⁹ Véase, por ejemplo, Massini Correas, C.I., *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, *passim*; Graneris, G., *Contribución tomista...*, *cit.*, pp. 23-26.

³⁰ Cfr. Vigo, R.L., *El iusnaturalismo actual*, *cit.*, p. 129 (cfr. la cita de nota 16 supra *in fine*). Cabe aclarar que el iusnaturalismo de Finnis sí llama "rights" a los *derechos*, considerados por el realismo iusnaturalista como otro analogado secundario de "derecho". Pero ésta es otra historia (la historia del derecho subjetivo; y la de los derechos humanos), que prefiero dejar fuera del tablero hoy para no complicar más este discurso argumental.

³¹ Cfr. Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, *cit.*, p. 15.

³² Afirma, por ejemplo, Hervada: "[E]l concepto clave o central no es el de norma o ley, como ocurre si se adopta una perspectiva política (de ordenación de la sociedad). El concepto central de la ciencia jurídica y de la filosofía del derecho es la [sic] de *ius* o derecho, entendido éste desde la perspectiva de la justicia, esto es, no como poder o facultad moral —mucho menos como norma—, sino como lo suyo de cada uno, la cosa que, en una relación jurídica, debe darse a su titular. Es la lógica y correcta conceptualización desde la perspectiva propia del jurista" (*Lecciones*, *cit.*, pp. 82-83).

³³ Finnis llega al punto de decir: "Podemos hablar de derecho [*law*] siempre que podemos hablar de obligación. Más aún, podemos usar la palabra incluso más ampliamente y hablar

también, justicia. Y porque la justicia le interesa, le interesa también averiguar cuáles son las conexiones de las normas positivas con las normas morales naturales, “comprender la relación ... entre las leyes particulares de sociedades particulares y los principios permanentemente relevantes de la razonabilidad práctica”³⁴.

III. EL DESAFÍO DEL RELATIVISMO Y LA LUCHA POR EL DERECHO NATURAL

Aunque seguramente haya quienes piensen distinto, la diferencia dentro del iusnaturalismo a la que vengo de referirme es menor: es una diferencia de nombres, de énfasis, de enfoques, de estilos, de perspectivas, de intereses, de objetos de estudio. Todos los iusnaturalistas embarcados consciente o inconscientemente en este debate interno, tanto los realistas como los normativistas, luchan por el derecho natural, por usar la frase que da título a la conferencia comentada. Pero Cristóbal Orrego va mucho más lejos cuando desarrolla la idea principal y más lograda de su trabajo. Para mi amigo chileno no sólo gente como Finnis y sus colegas iusnaturalistas de orientaciones diversas defienden el derecho natural; “[a] su modo, también luchan por el derecho natural quienes yerran acerca de su contenido, pero creen que es independiente del consenso entre los hombres”³⁵. Entonces, en la batalla que concibe Orrego (como real; y vaya que lo es) hay dos bandos distintos, aunque sólo parcialmente: quienes, como Finnis y otros, afirman que hay cosas buenas independientemente del consenso y, además, aciertan sobre cuáles son en realidad esas cosas buenas, sobre qué es lo bueno (natural); y, por otra parte, aquellos liberales no relativistas a los que alude Orrego, abortistas, algunos de ellos, defensores de la eutanasia otros, y otros del “matrimonio homosexual” (por enumerar sólo algunas de las causas en disputa en esta contienda). Los de este segundo grupo también sustraen ciertas cosas al consenso y, en ese sentido, defienden que hay cosas “buenas” independientemente de aquél; pero yerran acerca de qué sea lo bueno, de qué sean las cosas buenas: por eso favorecen la protección, y a veces la promoción, de conductas verdaderamente malas como el aborto, la eutanasia o ciertas formas de unión sexual.

En sintonía con la propuesta de Orrego parecería que puede hablarse de un iusnaturalismo débil y un iusnaturalismo fuerte. El primero, el de

de derecho(s) [*law(s)*] siempre que podemos hablar de normatividad ...”. Finnis, J., “Natural Law: The Classical Tradition”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, J. Coleman y S. Shapiro (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 1.

³⁴ Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 308.

³⁵ Orrego S., C., “John Finnis. La lucha por el derecho natural”, p. 2.

los abortistas convencidos y sus aliados, se opone al positivismo radical –prefigurado, como muestra Orrego, por los sofistas³⁶–, en cuanto que este tipo de “iusnaturalismo” niega que competa solamente al gobierno del estado definir lo justo. Hay, afirma este iusnaturalismo débil, cosas que *deben* ser de una determinada manera. Este deber pre-existe al gobierno del estado y, en cierto sentido (en sentido moral), se le impone, le viene dado. En esto el iusnaturalismo débil coincide con el iusnaturalismo clásico, el fuerte, el que sostiene Finnis, el que defendía Sócrates contra los sofistas. Pero el iusnaturalismo fuerte va más lejos que el débil, tiene una segunda dimensión, una vuelta de tuerca. Se pronuncia sobre los contenidos, es un iusnaturalismo, podríamos decir, sustantivo. No afirma solamente que hay derechos que están más allá de la deliberación democrática; se pronuncia también sobre cuáles son esos derechos y afirma que hay parámetros objetivos –al menos objetivos en parte– que permiten su identificación. No defiende sólo que hay derechos naturales –como lo hacen también, por ejemplo, quienes postulan un “derecho natural al matrimonio homosexual”³⁷–; dice de ciertos derechos, como el que se acaba de mencionar, que nunca podría afirmarse que son derechos *naturales*. En definitiva, este iusnaturalismo fuerte cruza junto con el débil el umbral del escepticismo y el relativismo que, desde los sofistas y hasta hace algunas décadas, fueron los aliados indisolubles del positivismo³⁸.

³⁶ Orrego, S., C., “John Finnis. La lucha por el derecho natural”, p. 6.

³⁷ Andrew Koppelman, un prominente defensor no relativista de la causa gay, define lo que llama el “bien de la sexualidad”, con terminología que recuerda los “bienes básicos” de Finnis, a un nivel de abstracción tal que le permite afirmar: “Estoy persuadido de que muchas parejas de un mismo sexo que conozco han logrado el preciso tipo de bien humano que yo estoy intentando lograr en mi propio matrimonio heterosexual ...”. Koppelman, A., “Three Arguments for Gay Rights”, 95 *Michigan Law Review* 1636 (1997), p. 1649. Cfr. también, *ibidem*, pp. 1645 (adhiriendo a argumentos de Finnis; no, por supuesto, los argumentos de Finnis contra el “matrimonio homosexual”, que Koppelman, obviamente, no comparte) y 1650 (hablando del “bien de la sexualidad”). Véase, también, más recientemente, del mismo autor, “The Decline and Fall of the Case Against Same-Sex Marriage”, en prensa en *University of St. Thomas Law Journal*.

³⁸ Ya no: hoy es imposible saber qué es el positivismo y, en parte por lo que ya dije (cfr. nota 18 supra), tiene poco sentido usar esta palabra. En su trabajo “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico” (publicado en este mismo volumen), Finnis se excusaba por usar la palabra positivismo: “No tengo la intención de renegar de mi convicción de que las reflexiones sobre el derecho y la teoría jurídica se realizan de una manera óptima si se prescinde de la referencia a categorías académicas o etiquetas inestables y parasíticas como ‘positivismo’...”. Finnis, J., “On the Incoherence of Legal Positivism” 75 *Notre Dame Law Review* 1597 (2000), p. 1597. Tres años más tarde, el autor hoy homenajeado fue mucho más drástico y llegó a pedir disculpas por haberla usado (a la palabrita): “...es un error, desde cualquier punto de vista, hablar de positivismo. He estado intentando no hacer esto por décadas y me arrepiento de haberlo hecho. (Mi excusa por haberlo hecho no vale la pena explorarla aquí.) Es mejor pensar: *el positivismo no existe [there's no such thing as positivism]*”. Finnis, J., “Law and What I Truly Should Decide”, 48 *American Journal of Jurisprudence* 107 (2003), p. 127, énfasis agregado. Por lo demás, algunos auto-denominados positivistas de fin de siglo, como Hart y Raz, son, en algunos aspectos (especialmente los iusfilosóficos: cfr. la nota 18 supra), los

Pero el iusnaturalismo fuerte, con todas las falencias de sus humanos cultores, tiene la *fortuna*, una vez traspasado el umbral aludido, de acertar, de dar en el blanco: de hacer juicios morales correctos, de decir cuáles derechos supuestamente naturales son *verdaderamente* naturales.

¿Tiene sentido llamar "iusnaturalismo" al iusnaturalismo débil, y decir, como dice Orrego, que sus adherentes luchan por el derecho natural? Esta sí que es, a no dudarlo, una cuestión *de nominibus*, de etiquetas. Es más o menos como preguntarse si tiene sentido llamar a las sillas "mesas con respaldo". Con la diferencia de que la posible ambigüedad del término "mesa con respaldo" es irrelevante o en todo caso inofensiva. No parece que ocurra otro tanto con la cuestión que nos ocupa. Aunque es tentador llamar iusnaturalismo a todo lo que se oponga a la variante escéptica y relativista del positivismo —tentador como llamar a Dworkin iusnaturalista, un lugar tan común como feble—, caer en esa tentación lleva consigo de la mano una inevitable confusión, por más que Orrego intente disfrazarla de paradoja³⁹, que también lo es. Cuando ya tienen nombre, más vale llamar a las cosas por el suyo. Ya es bastante, y bastante confuso, que algunos se apropien de la etiqueta "iusnaturalista" para defender causas que la teoría de la ley natural reprueba⁴⁰; o para censurar otras que la razón práctica exime de reproche. Si a eso añadiéramos que los propios iusnaturalistas regaláramos la etiqueta (tan preciada por aquello de lo que es etiqueta: la ley natural) a quienes no lo merecen —si se me permite el uso de este verbo en el contexto épico planteado por el autor comentado—, entonces ya la confusión sería demasiada.

Declino, por tanto, la invitación del profesor Orrego a llamar "lucha por el derecho natural" a algo que no sea lucha por el *verdadero* derecho natural⁴¹; o por el derecho *verdaderamente* natural, el derecho natural por el que lucha Finnis. Aunque, claro está, entiendo las razones de esa invitación y comparto todo el discurso subyacente: por eso subrayé, al comenzar, mi acuerdo general con el texto comentado. En este caso nos separan, a mi amigo y a mí, palabras, no conceptos; términos, no ideas; oraciones, no juicios; o, como diría el maestro, *words, not meanings; statements, not propositions*⁴².

mejores aliados del iusnaturalismo. Toda la obra de Finnis, y especialmente *Ley natural y derechos naturales*, testimonian esta afirmación.

³⁹ Orrego, S., C., "John Finnis. La lucha por el derecho natural", p. 8.

⁴⁰ Este es el caso de Koppelman (aunque no es el único). Cfr. la nota 37 supra.

⁴¹ La invitación aludida en el texto fue adecuadamente matizada por el profesor Orrego en la versión definitiva de su trabajo: Orrego, S., C., "John Finnis. La lucha por el derecho natural", p. 5.

⁴² Cfr. nota 11 supra.

DWORKIN, FINNIS Y LA “ÚNICA RESPUESTA CORRECTA”*

CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS

Doctor en Derecho (Universidad de Mendoza)

Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría del Estado

Universidad de Mendoza

Universidad Nacional de Cuyo

I. LA CUESTIÓN A TRATAR

Uno de los temas más controvertidos en la filosofía del derecho de fines del siglo XX y comienzos del presente, ha sido el que gira alrededor de la afirmación, efectuada principalmente por el iusfilósofo norteamericano Ronald Dworkin en numerosos lugares de sus varias obras, acerca de la posibilidad de hallar, aún en aquellos casos considerados “difíciles” (*hard cases*), una única respuesta correcta para la solución jurídica de los casos controvertidos. Esta afirmación de Dworkin ha generado un extenso debate, en el que han intervenido pensadores pertenecientes tanto al campo positivista como al iusnaturalista¹ –además, por supuesto, del mismo Dworkin–, debate en el que se han planteado una gran cantidad de cuestiones, se han desarrollado ideas de especial interés y se han contrapuesto concepciones enteras acerca del derecho.

En el presente trabajo –elaborado con un propósito específico²– no se tematizará expresamente la doctrina dworkiniana en ese punto y, menos

* Este trabajo es parte del proyecto “El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del neo-constitucionalismo”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España y por los fondos FEDER de la Unión Europea (código BJU2003-05478).

¹ Vide, entre muchos otros: Covell, C., *The Defence of Natural Law. A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshott, F.A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, London, MacMillan, 1999, pp. 145-195.

² Se trata de la conferencia pronunciada por el autor en las *Jornadas en Homenaje a John Finnis*, en el 25° aniversario de la aparición de *Natural Law and Natural Rights*, organizadas por la Universidad Austral de Buenos Aires en junio de 2005.

aún, se intentará un tratamiento de su extensa y compleja teoría jurídica y de los debates que se han suscitado en torno a ella. Otros autores lo han realizado con solvencia, y a ellos corresponde remitirse³. Aquí sólo se estudiarán puntualmente algunas de las críticas formuladas a esa afirmación por el iusfilósofo australiano John Finnis, analizando su alcance y valorando sus virtualidades, para pasar luego a esbozar las líneas básicas de una respuesta personal. En rigor, la pregunta a la que se pretenderá dar respuesta en este ensayo puede ser formulada del siguiente modo: ¿es acertada la crítica dirigida por John Finnis a la doctrina dworkiniana de la posibilidad de una única respuesta correcta?; más específicamente: ¿desde la perspectiva de la “tradición central de occidente”⁴ en la que se inserta Finnis, existe o no existe la posibilidad de una única respuesta correcta en el ámbito del conocimiento práctico?; en definitiva: ¿cuál es en último análisis la respuesta adecuada a esta cuestión planteada tan acuciantemente en nuestros días por Ronald Dworkin?

II. LA FORMULACIÓN DE DWORKIN

El planteo contemporáneo de la cuestión a tratar, es indudablemente tributario de la formulación realizada de este problema por Ronald Dworkin desde sus primeras obras, y puede ser resumido del siguiente modo: el positivismo jurídico sostiene lo que el profesor norteamericano llama “el modelo de reglas” (*the model of rules*), según el cual el derecho de una determinada comunidad política consiste *exclusivamente* en un conjunto de reglas positivas, o mejor, *normas*, identificables por un criterio de validez jurídica, que radica únicamente en su *pedigree*, es decir, en el hecho histórico de haber sido establecidas o reconocidas por las instituciones político-jurídicas de la comunidad. “Conforme a esto –escribe Charles Covell– los juristas positivistas han sostenido que las reglas jurídicas son distinguibles de las normas y convenciones sociales, morales y otras de carácter no-jurídico, por su derivación de, o relación sistemática con,

³ Vide, entre otros: Harris, J.W., *Legal Philosophies*, London, Butterworths, 1980, pp. 172-192; Bongiovanni, G., «La teoría “constitucionalista” del diritto di Ronald Dworkin», en AA.VV., *Filosofì del Diritto Contemporanei*, ed. G. Zanetti, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1999, pp. 247-285; Nino, C.S., “Dworkin and Legal Positivism”, en *Mind*, Vol. 89, N° 356, 1980, pp. 519-543; y Hanson, R., “Objective Decision Making in Lonergan and Dworkin”, en *Boston College Law Review*, N° 44, Boston, 2003, pp. 825-861 y Serna, P., “La Teoría del Derecho Actual. Panorama de un Escenario de Dispersión tras el Agotamiento del Modelo Positivista”, en *Iustitia. Revista Jurídica del Departamento de Derecho*, Monterrey, Tecnológico de Monterrey, 2004, pp. 9-70.

⁴ Sobre esta noción, vide: George, R.P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 19 ss.

cierta regla superior o test, tal como el soberano jurídico de Austin o la regla de reconocimiento de Hart, que constituye el último fundamento de validez jurídica aceptado por esa comunidad"⁵.

Ahora bien, según Dworkin, este criterio de identificación y validación de las normas jurídicas falla decisivamente al no representar de modo adecuado la realidad de los sistemas jurídicos, en especial de los complejos sistemas modernos de derecho. Y esto sucede principalmente por haber descuidado ciertos estándares de adjudicación jurídica, en especial las *directrices políticas* y los *principios morales*, que cumplen una función determinante en la solución de las cuestiones y diferendos jurídicos. "Centraré mi argumentación —escribe Dworkin— en el hecho de que cuando los juristas razonan o disputan acerca de los derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en esos casos difíciles (*hard cases*), donde los problemas que se plantean acerca de estos conceptos parecen más acuciantes, hacen uso de estándares que no funcionan como reglas jurídicas, sino que operan de modo diferente como principios, políticas y otra clase de estándares"⁶.

Si bien el iusfilósofo norteamericano no es especialmente preciso a la hora de definir a los que denomina "casos difíciles", como no lo es tampoco en lo que se refiere a una larga serie de conceptos centrales en su doctrina, es posible inferir de sus afirmaciones más reiteradas que al hablar de *hard cases* se hace referencia a aquellos casos en los cuales la solución jurídica no puede ser derivada directa o unívocamente de una regla positiva determinada; dicho en otras palabras, cuando es posible resolver un caso de diferentes maneras, que resultan incompatibles entre sí, sin enfrentarse por ello con el texto explícito de una norma positiva. "Dworkin —escribe en este punto Covell— se queja de que el descuido de la categoría y función de los principios jurídicos haya llevado a los positivistas a formular una teoría altamente insatisfactoria de la decisión (*adjudication*) en los casos difíciles. La categoría de los casos difíciles, por supuesto, comprende las disputas jurídicas que no son susceptibles de decisión por los tribunales a través de la aplicación de normas formalmente prescritas, y que en consecuencia tienden a evidenciar claros o vacíos en la legislación positiva de una comunidad. Dworkin —concluye Covell— argumenta que los positivistas han construido un modelo de derecho según el cual los casos difíciles se supone han de ser decididos por el ejercicio de una discrecionalidad judicial arbitraria, más que por el respeto de derechos y obligaciones genuinamente jurídicos"⁷.

⁵ Covell, C., *The Defence of Natural Law*, cit., pp. 146-147.

⁶ Dworkin, R., "Is Law a System of Rules?", en AA.VV., *The Philosophy of Law*, ed. R. Dworkin, Oxford, Oxford U.P., 1977, p. 43.

⁷ Covell, C., *The Defence of Natural Law*, cit., pp. 148-149.

Y es casualmente en oposición a esa doctrina positivista de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles que Dworkin construye su doctrina acerca de la posibilidad de una única respuesta correcta. En estos casos, sostiene el jurista norteamericano, la resolución ha de venir a través de la aplicación de algún o algunos principios, que provea el criterio de solución, en última instancia unívoco, en aquellos casos en los que la legislación resulta vaga o ambigua. Los argumentos de Dworkin en defensa de su tesis son numerosos y sumamente alambicados y extensos, aunque pareciera que pueden reducirse a dos principales. El primero es que, en la práctica judicial ordinaria⁸, los jueces no deciden discrecionalmente en los casos difíciles, sino que deciden efectivamente aquello que les aparece como lo más justo, como la alternativa que mejor respeta los principios morales: "Es necesario estar convencido de que, aunque la decisión de cualquier grupo de jueces sea falible y quizá su corrección nunca pueda ser demostrada a satisfacción de todos los demás juristas, sin embargo es mejor dejar en pie esa decisión que asignársela a alguna otra institución, o pedir a los jueces que decidan basándose en fundamentos políticos o de alguna otra manera que no les exija atenerse a su mejor juicio en lo referente a los derechos de las partes"⁹. El segundo argumento, que es el que en mayor medida ha desarrollado Dworkin, consiste en mostrar de diferentes maneras que la tesis contraria conduce a resultados irrazonables, ya que sostener que en un caso difícil puede haber más de una respuesta correcta supone defender que dos o más proposiciones contrarias pueden ser verdaderas al mismo tiempo, o bien que existe una tercera opción posible, lo que resulta claramente incorrecto desde el punto de vista lógico¹⁰.

Dworkin también defiende su teoría de las principales confutaciones positivistas, en especial de las dos siguientes: (i) que la resolución de casos difíciles sobre la base de principios morales significaría consagrar la legislación judicial y, por lo tanto, abolir la división de poderes inherente al sistema democrático; y (ii) que adjudicar derechos que no estén estrictamente previstos anticipadamente por la legislación positiva significaría un reconocimiento retrospectivo de derechos, con la consiguiente violación del principio de la necesaria prioridad temporal del derecho sobre los hechos a juzgar. La respuesta de Dworkin a estas dos objeciones es prácticamente la misma: desde que los principios morales forman —en su teoría— parte integrante del sistema de derecho, son por definición *previos* al caso a resolver y su aplicación no supone, por lo tanto, la creación

⁸ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 399-400.

⁹ *Idem*, pp. 398-399.

¹⁰ *Vide*, especialmente, Dworkin, R., "Is There Really No Right Answer in Hard Cases?", en *A Matter of Principle*, Cambridge-Massachusetts, Harvard U.P., 1985, pp. 119 ss.

de *nuevas* normas por parte de los jueces¹¹. En definitiva, cuando los jueces aplican directamente principios en los casos difíciles, no están sino aplicando una parte fundamental del derecho existente, uno de los elementos constitutivos del sistema jurídico de la comunidad¹².

III. LAS OBJECIONES DE JOHN FINNIS

Esta doctrina dworkiniana ha sido el blanco de numerosas impugnaciones por parte de pensadores positivistas, pero en general no ha resultado objeto de oposiciones desde el ámbito del pensamiento iusnaturalista; es posible que esto sea así, fundamentalmente en razón de que la construcción elaborada por Dworkin ha sido formulada como refutación explícita del positivismo y, además, puede ser calificada *prima facie* como iusnaturalista, en razón principalmente de su defensa de la pertenencia de ciertos principios morales no positivos al sistema de derecho¹³. No obstante lo anterior, la doctrina dworkiniana de la única respuesta correcta ha sido objeto de severas impugnaciones por parte de uno de los representantes centrales del iusnaturalismo contemporáneo: el notable profesor de Oxford, John Finnis¹⁴. Este autor ha desarrollado estas críticas principalmente en dos artículos: (i) el primero, publicado en español con el título de "Derecho Natural y Razonamiento Jurídico", fue traducido por el autor del presente trabajo y apareció en el número 33 la revista española *Persona y Derecho*, correspondiente a 1995; (ii) el segundo, "On Reason and Authority in *Law's Empire*", fue publicado en el número sexto de la revista *Law and Philosophy*, correspondiente al año 1987. En lo que sigue, resumiremos las críticas elaboradas por el profesor Finnis a la doctrina dworkiniana ya presentada, para pasar luego a un

¹¹ Vide: Dworkin, R., "Is Law a System of Rules?", *cit.*, pp. 52 ss.

¹² Harris, J. W., *Legal Philosophies*, *cit.*, p. 186.

¹³ Vide: Vigo, R.L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 186 ss.

¹⁴ Sobre la obras de Finnis, *vide*, entre muchas otras contribuciones: Gahl, R., *Practical Reason in the Foundation of Natural Law according to Grisez, Finnis and Boyle*, Roma, Athenaeum Romanun Sanctae Crucis, 1994; Orrego, C., "Estudio Preliminar", en Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, trad. C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 9-32; AA.VV., *The Revival of Natural Law. Philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-Grisez School*, ed. N. Biggar & R. Black, Aldershot, Ashgate, 2000; Molina, E., *La moral entre la convicción y la utilidad. La evolución de la moral desde la manualística al proporcionalismo y al pensamiento de Grisez-Finnis*, Pamplona, Eunote, 1996; Suárez Villegas, J.C., *¿Hay obligación moral de obedecer al derecho? Con especial referencia a las tesis de J. Finnis*, Madrid, Tecnos, 1996; George, R.P., *In Defense of Natural Law*, Oxford, Oxford U.P., 2001; y Massini Correas, C.I., "The New School of Natural Law. Some Approaches", en *Rechtstheorie*, Nº 30-4, Berlin, 1999, pp. 461-478.

análisis comparativo o dialéctico de la cuestión, en especial a la luz de lo que Robert P. George ha llamado la “tradición central de occidente”.

En el primero de los trabajos citados¹⁵, el profesor de Oxford asume el propósito de esbozar una teoría *completa* del razonamiento jurídico, que supere algunas versiones reduccionistas actuales, como las representadas por el *Critical Legal Studies Movement*¹⁶ y por el denominado “análisis económico del derecho”¹⁷. Para Finnis, que distingue claramente los cuatro órdenes de la realidad discernidos en su momento por Tomás de Aquino: teórico, lógico, práctico y poético¹⁸, “casi toda forma de deformación reduccionista en teoría social (digamos, política) y muchas incomprensiones destructivas en casi todos los aspectos de la teoría jurídica, pueden ser rastreadas como un descuido de las complejidades y ambigüedades creadas por la irreductible distinción entre esos cuatro órdenes, cuya irreductibilidad de unos respecto de los otros, está escondida por el hecho de que cada uno, en cierto modo, incluye a los demás”¹⁹.

Y en lo que se refiere al ámbito del derecho, Finnis escribe que “la distinción particularmente relevante en teoría jurídica es la que existe entre el tercer orden (existencial, moral) y el cuarto orden (cultural, técnico). Pocas elecciones moralmente significativas pueden ser llevadas a cabo sin emplear alguna técnica formada culturalmente; y ninguna técnica cultural puede ser habilitada para uso humano sin alguna elección moralmente significativa”. Y unas páginas más adelante precisa que “el razonamiento y la racionalidad jurídica tienen (...) su carácter distintivo y su peculiar evasividad, porque al servicio de un propósito del tercer orden: el existencial y moral de vivir juntos un justo orden de relaciones imparciales y correctas, existe y se está construyendo un objeto del cuarto orden: el derecho (...). Este objeto cultural –concluye Finnis– construido o (...) establecido por elecciones humanas creativas, es un instrumento, una técnica adoptada para un propósito moral y adoptada porque no hay otra forma disponible de estar de acuerdo, en lapsos significativos de tiempo, acerca de, precisamente, cómo perseguir bien ese proyecto moral”²⁰.

Según Finnis, Dworkin intenta en este punto resolver la tensión central existente entre, (i) el razonamiento jurídico como *técnica* culturalmente especificada para alcanzar respuestas ciertas a los problemas de coordina-

¹⁵ Finnis, J., “Derecho natural y razonamiento jurídico” (en adelante DNRJ), en *Persona y Derecho*, N° 33, Pamplona, 1995, pp. 9-39. Versión original; “Natural Law and Legal Reasoning”, en *Cleveland State Law Review*, N° 38, 1990, pp. 134-157.

¹⁶ DNRJ, p. 12.

¹⁷ DNRJ, pp. 37-38.

¹⁸ Vide en este punto: Finnis, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford U.P., 1998, pp. 20 ss.

¹⁹ DNRJ, p. 19.

²⁰ DNRJ, p. 21.

ción social, y (ii) su carácter de *acto moral* que participa en cuanto tal de la justicia o de la injusticia. Ahora bien, en el razonamiento judicial, "son utilizados dos criterios de juicio (...). Uno de ellos pertenece a lo que he llamado el tercer orden o racionalidad (moral); el otro al cuarto orden (técnico). Esta dimensión es la que Dworkin llama "ajuste" o "adecuación" (*fit*): coherencia con los "materiales" jurídicos existentes, creados por decisiones políticas pasadas, es decir, con la legislación y con la decisión judicial autoritativa (precedente). La otra dimensión, es la que ahora llama "justificación" (en *Taking Rights Seriously*, Dworkin usa otra expresión: "rectitud" o "solidez" (*soundness*), que Finnis considera más adecuada). Y trata de demostrar –concluye Finnis– que una *única* respuesta correcta está disponible en la mayoría de los casos difíciles"²¹.

Luego de este planteamiento del problema en la exposición canónica de Dworkin, Finnis dedica una extensa argumentación para refutar la tesis dworkiniana de la posibilidad de una única respuesta correcta en casos difíciles, aclarando previamente que "se puede negar esta última tesis sin comprometerse con ningún tipo de escepticismo sobre la objetividad de los bienes humanos o sobre los juicios correctos acerca de lo bueno y de lo malo"²². En esta refutación de la tesis propuesta por Dworkin, Finnis se basa en una argumentación central, que expone de un modo quizá excesivamente alambicado y complejo. La argumentación es la siguiente: en los "casos difíciles", es decir, en aquellos que, por definición, existe más de una solución que se *ajusta o adecua* a los materiales normativos disponibles, la búsqueda de una única respuesta correcta es incoherente y sin sentido, en razón de que existe una innegable *incommensurabilidad* entre las razones que abonan en el sentido de una solución determinada; por ello, al no existir un único baremo con el que medir tanto el ajuste como la corrección moral de cada opción posible, no puede hablarse de una solución *mejor* que las restantes; más todavía: si existiera esta opción *mejor*, no sería posible una elección propiamente dicha entre las alternativas disponibles²³.

Escribe Finnis en ese sentido, que "la incommensurabilidad de las dos dimensiones o criterios de Dworkin para el juicio judicial, tiene significativas similitudes con la incommensurabilidad de los bienes (y razones) comprometidos en las opciones alternativas disponibles para la elección moralmente significativa, en cualquier contexto. (...) La incommensurabilidad, la ausencia de cualquier baremo racionalmente identificable para medir, o de una escala para sopesar los bienes y los males en debate,

²¹ DNRJ, pp. 23-24.

²² DNRJ, p. 24.

²³ DNRJ, pp. 25-32.

es mucho más penetrante e intensa de lo que se podría imaginar de la simple descripción dworkiniana del razonamiento jurídico, a lo largo de las dos dimensiones de adecuación o ajuste legal y solidez moral²⁴. Y agrega que “la elección moralmente significativa sería innecesaria y –con una calificación– imposible, si una opción pudiera ser demostrada como *la mejor*, en una sola escala que, como todo razonamiento agregativo, jerarquizara las opciones en un único orden transitivo. Si hubiera una razón (para hacer *x*) que algún método racional de comparación (...) identificara como racionalmente preferible, la razón alternativa (contra hacer *x*) al estar así identificada como racionalmente inferior, cesaría de ser racionalmente atractiva, al menos en esa situación de elección. (...) Allí –concluye– no cabría ninguna elección del tipo que esas teorías morales buscan guiar”²⁵.

Luego de lo apuntado, Finnis concluye su argumentación sosteniendo que “una teoría del derecho natural de la tradición clásica, no pretende que la razón natural pueda identificar la respuesta correcta a las incontables preguntas que surgen para el juez cuando encuentra las fuentes poco claras; (...) esas elecciones y decisiones –finaliza– aun cuando razonables y racionales son, en la mayoría de los casos, no requeridas por la razón. No están precedidas por ningún juicio racional acerca de que esta opción es *la respuesta correcta* o *la mejor solución*”²⁶.

Ahora bien, en el segundo de los trabajos consignados más arriba: *On Reason and Authority in Law's Empire*²⁷, dirigido exclusivamente al análisis del pensamiento de Dworkin en el libro mencionado, Finnis afirma que, según el iusfilósofo norteamericano, “la tarea de la interpretación (...) es hacer a su objeto lo mejor posible (dentro de su género), mostrarlo “en la mejor luz posible”. El objetivo de la ley como integridad, *i.e.* de la actitud interpretativa que constituye la práctica que llamamos derecho, es encontrar en cada situación de disputa civil *la respuesta correcta*, que el derecho de esa sociedad determinada hace disponible “en la mayoría de los casos difíciles” (...) y que es identificada por *la mejor* interpretación o teoría de ese sistema jurídico”²⁸.

Finnis critica nuevamente esta aserción dworkiniana, considerando que “es una característica de la fenomenología de la elección el que, una vez que uno ha elegido, los factores que favorecen la alternativa elegida aparecen como sobrepasando o desequilibrando a aquellos que

²⁴ DNRJ, p. 28.

²⁵ DNRJ, p. 30.

²⁶ DNRJ, pp. 38-39.

²⁷ Finnis, J., “On Reason and Authority in Law's Empire” (en adelante RALE), en *Law and Philosophy*, N° 6, 1987, pp. 357-380.

²⁸ RALE, p. 370.

favorecían la alternativa rechazada. La alternativa elegida aparentará tener una supremacía, una única rectitud. Pero la verdad es que la elección no fue guiada por "la respuesta correcta", sino más bien establecida en los sentimientos, o las disposiciones, del que realizó la elección"²⁹. Y concluye sosteniendo que, "en resumen, existen incontables modos de obrar mal en un caso difícil (...). Un caso es difícil, en el sentido en que interesa a los juristas, cuando existe más de una respuesta correcta, *i.e.*, no incorrecta"³⁰.

IV. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una vez expuesta sucintamente la argumentación finnisiana en contra de la tesis, sostenida especialmente por Ronald Dworkin, acerca de la posibilidad de una *única respuesta correcta* en los casos difíciles, conviene efectuar un análisis de los principales razonamientos desarrollados por John Finnis, para llevar adelante luego un balance crítico de su fuerza racional y, sobre todo, proponer una solución al problema planteado que resulte lo más completa y realista posible.

En este análisis, es preciso en primer lugar dejar en claro la necesidad de sortear, para el correcto planteo de la cuestión, una elemental *falacia* lógica, que radica en incluir una definición en una de las premisas del razonamiento, definición formulada de modo tal que conduzca necesariamente a una única respuesta proporcionada a esa definición, tal como sucede cuando se define al caballo como un animal cuadrúpedo y se intenta luego demostrar, a partir de esa definición, que el caballo tiene cuatro patas. Se trata, en esta oportunidad, de la falacia que ha recibido en la historia de la lógica el nombre de *argumento circular*, que Cohen y Nagel caracterizan del siguiente modo: "consiste—escriben— en introducir en las premisas una proposición que depende de aquella que se discute. Por ejemplo, sería un argumento circular tratar de probar la infalibilidad del Corán mediante la proposición de que fue compuesto por el profeta de Dios (Mahoma), si para establecer la verdad de que Mahoma era el profeta de Dios debemos acudir a la autoridad del Corán"³¹.

Algo similar ocurre claramente si, en el planteo del tema que se está abordando, primero se define a los *casos difíciles* diciendo que "son aquellos en los que no existe una única respuesta correcta", para luego

²⁹ RALE, p. 374.

³⁰ RALE, p. 375.

³¹ Cohen, M. y Nagel, E., *Introducción a la lógica y al método científico*, Tº II, trad. N.A. Míguez, Buenos Aires, Amorrortu, 2000, pp. 217-218. Cfr. Blanché, R., *Le raisonnement*, Paris, PUF, 1973, pp. 242 ss.

sostener victoriosamente, basándose en esa premisa, que en todo *caso difícil* no puede haber una única respuesta correcta³². Se trataría de una muestra inequívoca de argumento circular, ya que se demostraría la verdad de la segunda proposición a partir de una afirmación que ya la supone de antemano, con lo que el razonamiento carecería de toda ilación lógica y, consecuentemente, de cualquier virtualidad justificatoria.

En realidad, parecería que el problema, para conducir a una auténtica solución, habría de ser planteado en los siguientes términos: un *caso difícil* es aquel en el cual la solución jurídica no aparece de modo inmediato, por lo que el entendimiento queda en una situación de duda o perplejidad, haciéndose necesaria una búsqueda o indagación ulterior para encontrar la solución al caso bajo examen. Luego de este replanteo de la cuestión, aparecerá, recién entonces, el problema de saber si, en los casos prácticos: en rigor en todos ellos, *difíciles* o *fáciles*, existe la posibilidad de más de una solución correcta y, de ser las cosas así, cómo escoger entre ellas de un modo racionalmente justificado.

Dicho en otras palabras, para que la cuestión que se está tratando sea una auténtica cuestión filosófica y no un mero discurrir circular sobre afirmaciones ya supuestas desde el inicio, es necesario un replanteo o planteo más preciso de sus términos principales, en especial de la noción de *caso difícil*. Esta última noción habrá de referirse exclusivamente, para resultar relevante, a aquellos casos jurídicos en los que, sea por la complejidad de la situación, sea por la ambigüedad o vaguedad de los textos legales *prima facie* aplicables, sea por la gravedad de las consecuencias que implica cada posibilidad de solución, resulta especialmente dificultoso escoger entre las diferentes alternativas de solución sobre las que versa el análisis deliberativo³³ de los magistrados judiciales.

V. SOBRE EL ÚLTIMO JUICIO PRÁCTICO Y SU DETERMINACIÓN

Para encarar entonces la cuestión central de este estudio, es necesario ante todo dar por aceptadas algunas afirmaciones, sin las cuales toda la argumentación carecerá de los supuestos filosóficos necesarios para resultar concluyente. Estas son las siguientes: (i) la resolución de las cuestiones prácticas, en especial las morales y las jurídicas, son asunto propio y principal *de la razón* o *el entendimiento* y no exclusivas del sentimiento

³² Esta pareciera ser la estrategia de Finnis en algunos pasajes de los trabajos citados, como v.gr. en RALE, p. 375, líneas 15-16.

³³ Cfr. Sacheri, C.A., "Aspectos lógicos del discurso deliberativo", en *Etos*, N° 1, Buenos Aires, 1971, pp. 175-191.

y la emoción, como lo sostienen palmariamente las diferentes versiones del *emotivismo*³⁴; (ii) en consecuencia, el proceso de conocimiento –y de valoración y dirección– de las realidades prácticas incluye un modo especial de juicios, los *juicios prácticos*, y de razonamiento, los *razonamientos prácticos*³⁵, que tienen características particulares, pero que, desde el punto de vista formal, no difieren del resto de los razonamientos; (iii) como consecuencia de la existencia de juicios prácticos, existe también la posibilidad en ellos de una *verdad práctica*, cuya noción no es idéntica sino analógica con la noción de verdad que corresponde al conocimiento especulativo³⁶; (iv) en el conocimiento racional-práctico existen diferentes planos, diferenciables por los diferentes grados de universalidad y practicidad de cada uno de ellos; estos planos son al menos tres: el *principlial*, o de los primeros principios éticos; el *normativo*, o de las reglas generales de la acción; y el *fronético* o *prudencial*, de la dirección concreta, *i.e.*, máximamente determinada, de la conducta humana³⁷; (v) existen también al menos dos diferentes niveles en la consideración de las cosas prácticas: ante todo, el nivel *normativo*, que se refiere directamente a la regulación o valoración ética o jurídica de la conducta humana, y, en segundo lugar, el nivel *metanormativo*, que se refiere a los conocimientos y directivas propios del nivel normativo, estudiándolos desde una perspectiva lógica, metodológica o lingüística³⁸; conviene dejar sentado aquí, que las consideraciones y argumentaciones que siguen se moverán preponderantemente en el nivel ético-normativo del conocimiento práctico y no en el nivel metaético.

Luego de estas necesarias precisiones, corresponde abordar, aunque sea sucintamente, el tema de la denominada "corrección" o "incorrección" de las proposiciones prácticas, cuestión de especial importancia para la solución de la aporía que se intenta ahora resolver. En este sentido, cabe recordar, a modo de introducción, una afirmación del eticista analítico

³⁴ Cfr. Canto-Sperber, M., *La philosophie morale britannique*, París, PUF, 1994, pp. 41 ss. ; Darwall, S., "Moore to Stevenson", en AA.VV., *Ethics in the History of Western Philosophy*, ed. R.J. Cavalier, London, MacMillan, 1987, pp. 366 ss. y Santos Camacho, M., *Ética y filosofía analítica*, Pamplona, EUNSA, 1975, pp. 269 ss.

³⁵ Cfr. AA.VV., *Practical Reasoning*, ed. J. Raz, Oxford, Oxford U.P., 1978.

³⁶ Cfr. Inciarte, F., "Theoretische und praktische Wahrheit", en AA.VV., *Rehabilitierung der praktischen Philosophie. Band II: Rezeption, Argumentation, Diskussion*, ed. M. Riedel, Freiburg, Verlag Rombach, 1974, pp. 155-170; una versión diferente de este artículo puede verse en: "Practical Truth", en AA.VV., *Persona. Verità e Morale*, Roma, 1986, pp. 201-215. Del primer artículo existe traducción castellana: "Sobre la verdad práctica", en Inciarte, F., *El Reto del Positivismo Lógico*, Madrid, Rialp, 1974, pp. 159-187.

³⁷ Cfr. Soaje Ramos, G., "La verdad práctico-moral desde Aristóteles al Aquinate (Una consideración gnoseo-epistemológica)", en *Ethos*, N° 23-25, Buenos Aires, 1997, pp. 274 ss. Asimismo: Massini Correas, C.I., "Ensayo de síntesis acerca de la distinción especulativo-práctico y su estructuración metodológica", en *Sapientia*, N° LI-200, Buenos Aires, 1996, pp. 429-451.

³⁸ Cfr. Haack, S., *Filosofía de las lógicas*, trad. A. Antón, Madrid, Cátedra, 1982, pp. 21-23.

William K. Frankena, quien precisa que, “con algunos de nuestros juicios morales decimos que una determinada acción o clase de acciones es moralmente *correcta*, incorrecta, mandada o debida, que se debe o no se debe realizar. En otros casos no hablamos de acciones o clases de acciones, sino de personas, motivos, propósitos, rasgos de carácter y otras cosas parecidas, y decimos de ellos que son moralmente *buenos*, malos, virtuosos, viciosos, responsables, repreciables, despreciables, etc.”³⁹.

En realidad, esta distinción, en el ámbito de la ética normativa, del criterio de *corrección* respecto del criterio de la *bondad*, es algo propio de las éticas modernas que, a la inversa de lo que ocurre en las éticas clásico-realistas centradas en la *virtud* y en su objeto: el *bien humano*, se concentraron en la regulación de las *acciones* humanas a través de la noción de *deber*⁴⁰. “El concepto (moderno, CIMC) de libertad de indiferencia –afirma Giuseppe Abbà– no sólo conduce a concebir a la vida moral de un modo *puntiforme*, sino que tiene consecuencias también sobre el modo de concebir las exigencias morales. Si la voluntad humana es indiferentemente libre, la regla del bien será totalmente externa y asumirá la forma de una ley establecida por una voluntad superior, la cual no puede influir sobre la voluntad del inferior sino por medio de la *obligación*. (...) las exigencias del ejercicio de las virtudes y de la vida buena, que son el objeto principal de la ética tomista, quedan aquí completamente abandonadas”⁴¹. Como consecuencia de lo anterior, la noción central de las éticas modernas pasó a ser la de *corrección* (o incorrección) de los actos humanos considerados individualmente, corrección que se obtiene por medio de su adecuación a una norma superior a través del cumplimiento del *deber*, dejando de lado u olvidando la ordenación primordial al *bien* por medio del ejercicio de las *virtudes morales*⁴².

Esta mutación tuvo especial relevancia en el caso de las éticas utilitaristas y consecuencialistas, en las cuales se prescinde deliberadamente del objeto y de la intención del sujeto y se centra el criterio de corrección de las acciones en los *resultados/estados de cosas producidas* que se presentan como buenos. “Ni que decir tiene –escribe Rohnheimer– que esta distinción (...) separa a la acción del contexto de la praxis, esto es, no la considera como objeto de una voluntad, sino más bien como un suceso que produce otros sucesos concretos (consecuencias, estados del

³⁹ Cit. en Rohnheimer, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. J.C. Mardomingo, Madrid, Rialp, 2000, p. 137 (Cursivas añadidas).

⁴⁰ Cfr. Abbà, G., *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1996, pp. 64 ss. Cfr. asimismo: Abbà, G., *Felicidad, vida buena y virtud*, trad. J.J. García Norro, Barcelona, EUNSA, 1992, *passim*.

⁴¹ Abbà, G., *Quale impostazione...*, p. 87.

⁴² Cfr. Anscombe, G.E.M., “La filosofía moral moderna”, en *La filosofía analítica y la espiritualidad del hombre*, trad. C. Martín y J.M. Torralba, Pamplona, EUNSA, 2005, pp. 93-122.

mundo, de la sociedad, de las personas afectadas por la acción), o como un suceso del que se puede juzgar que está en correspondencia, o no, con mandatos o deberes"⁴³. Y esto sucede, según este mismo autor, en razón de que las éticas consecuencialistas adoptan una perspectiva llamada "de la tercera persona", como de un observador imparcial externo, a la inversa de la concepción clásica de la moral, que la concibe desde la perspectiva de la primera persona, *i.e.*, desde el punto de vista del sujeto de la praxis ética y de las correspondientes virtudes morales.

Si se aplican ahora estas nociones a la cuestión de la posibilidad de una "única respuesta correcta" en los casos judiciales, resulta necesario, en primer lugar, distinguir la cuestión de la *corrección* de una solución jurídica de aquella de su *justicia*, que no es sino la contracción de la bondad al ámbito de lo jurídico⁴⁴. Está claro que la *corrección* se refiere en este caso a la mera adecuación o no de la conducta al material normativo disponible y es evidente también que siempre existe la posibilidad de cumplir con el precepto de una norma de diversos modos, especialmente en el nivel de las situaciones concretas. En efecto, aún un precepto tan determinado como el que manda al depositario devolver el depósito, puede cumplirse de día, de noche, por medio de un apoderado, en horas de la mañana o de la tarde, de buena o de mala gana, etc. Estas posibilidades de cumplimiento diverso se acrecientan en aquellos casos en los que, en un primer momento, no aparece inequívoco el sentido de una norma y ella parece dar lugar a más de un curso de acción alternativo, tal como sucede en los *casos difíciles*. Dicho en otras palabras: en las situaciones jurídicas que pueden considerarse *difíciles*, aparecen toda una serie de cursos de acción alternativos y muchas veces incompatibles que pueden considerarse, al menos *prima facie*, como *correctos*, *i.e.*, adecuados o conmensurados a las normas.

Otra cosa sucede si se adopta, en el abordaje del problema, la perspectiva no ya de la *corrección*, sino de la *justicia*, *i.e.*, de la solución justa en el caso concreto. En este sentido, es necesario precisar que la cuestión de la solución justa no se presenta fundamentalmente ni en el plano *principal*, ni en el *normativo*, sino en el *fronético*⁴⁵, *i.e.*, en el de las conductas máximamente determinadas que, por su concreción, son singulares o individuales. Dicho en otras palabras: si bien es posible que

⁴³ Rohnheimer, M., *La perspectiva...*, p. 138.

⁴⁴ Cfr. Kalinowski, G., "Lex et ius (A propos d'une définition du droit de Michel Villey)", en *Archives de Philosophie du Droit*, N° 8, Paris, 1963, pp.285-291. Asimismo: Kalinowski, G., "Sur l'emploi métonimique du terme "ius" par Thomas d'Aquin et sur la muabilité du droit naturel selon Aristote", en *Archives de Philosophie du Droit*, N° XVIII, Paris, 1973, pp. 331-339.

⁴⁵ El término "fronético" se ha tomado de Ricoeur, P., *Le Juste*, Paris, Esprit, 1995, *passim*.

exista, en los niveles de mayor o menor generalidad o abstracción, más de una respuesta *correcta*, no es factible que exista, en el nivel *fronético*, más de una respuesta *justa*, aun en los casos jurídicos difíciles. Y esto es así porque en el caso del bien concreto –y de su determinación en el ámbito jurídico, lo justo concreto⁴⁶– se da algo así como un *maximum*, una cumbre de determinación, que es el resultado de una síntesis de todas las causas⁴⁷ que mueven a la realización del acto justo. Se trata por lo tanto de que, desde esta perspectiva intrínsecamente práctica, la solución de una cuestión jurídica no puede consistir sino en la adopción de la *mejor*; *i.e.*, la más justa solución posible del caso concreto.

Pero también es claro que, para que sea posible esta determinación-elección de la mejor respuesta al caso a resolver, es necesaria la concurrencia activa de la voluntad en el acto de juzgamiento y, en especial, de mandato, ya que es sabido que la razón sola se ordena *ad oposita*, *i.e.*, a percibir la multiplicidad de las vías de acción habilitadas en cada caso, en cambio la voluntad –constitutivamente dotada de una *naturaleza*⁴⁸– se ordena *ad unum*, al bien concreto operable en cada situación determinada⁴⁹. Es por ello que, para que la razón llegue a dirigir y mandar una acción humana concreta, resulta necesaria la concurrencia de una serie de actos de la voluntad y del entendimiento, que van desde lo más universal a lo máximamente singular y concreto, y acerca de cuya estructura existe una fuerte controversia entre los autores⁵⁰. John Finnis ha terciado en esta disputa con un artículo publicado con el título de “Object and Intention in Moral Judgements According to Aquinas” y publicado en el número 55-1 de *The Thomist*⁵¹, y cuya doctrina ha sido esquematizada posteriormente en su libro *Aquinas*⁵². Lamentablemente no es posible ensayar aquí un esclarecimiento de este debate, ya que sería necesario efectuar un estudio pormenorizado de la exposición que en este punto realiza el Aquinate, que dista mucho de ser clara, y cotejar luego esta exposición con el esquema canónico escolástico y con el propuesto por Finnis, lo que exigiría un espacio mucho mayor del que aquí se dispone. Por ello, se limitará el tratamiento a los últimos tramos de la estructura de la acción

⁴⁶ Cfr. Lamas, F., “Justo concreto y politicidad del derecho”, en *Ethos*, N° 2/3, Buenos Aires, 1975, pp. 205-222.

⁴⁷ Cfr. Simon, Y., *Practical Knowledge*, New York, Fordham U.P., 1991, pp. 5-9.

⁴⁸ Cfr. Alvira, T., *Naturaleza y Libertad*, Pamplona, EUNSA, 1985, pp. 39 ss.

⁴⁹ González, A.M., *Moral, razón y naturaleza*, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 178 ss.

⁵⁰ *Vide*, la concepción canónica escolástica en: Pieper, J., “La realidad y el bien”, en *El descubrimiento de la realidad*, trad. R. Cercós, Madrid, Rialp, 1974, pp. 53-63.

⁵¹ Finnis, J., “Object and Intention in Moral Judgments According to Aquinas”, en *The Thomist*, N° 55-1, Washington, 1991, pp. 1-27.

⁵² Finnis, J., *Aquinas*, *cit.*, pp. 62-71.

humana, que son los que más interesan en este lugar, dejando para otra oportunidad el tratamiento más prolijo y extenso de la problemática⁵³.

Ahora bien, es suficientemente bien sabido que, frente a una cuestión práctica cualquiera, que requiere una resolución en un sentido inequívoco, la tradición central de occidente ha defendido siempre el carácter fundamentalmente racional de esa resolución, frente a las alternativas *emotivistas* y, en general, *irracionalistas*, para las cuales la decisión de las cuestiones prácticas resulta ser de resorte exclusivo de la sensibilidad (*emotivismo*), o bien de la mera voluntad (*voluntarismo, decisionismo*)⁵⁴. Pero no obstante esta defensa del cometido inexcusable de la razón en el campo de la praxis, también se reconoce en esa tradición que la determinación y concreción de los juicios directivos acerca de la praxis humana se realizan con el concurso de la voluntad, que mueve a la razón en el sentido de una regulación cada vez más concreta de la conducta. En especial, frente a un caso particular cualquiera, que exige una resolución en el sentido del logro de alguna determinación del bien humano, que en el ámbito del derecho se concreta en la realización de la justicia, la razón delibera (*deliberatio*) ante todo acerca de cuáles son las posibles alternativas de solución, analiza cada una de ellas en su naturaleza y circunstancias, para decidir luego, movida la razón por la voluntad ordenada al bien, cuál es la solución que parece como más justa en el caso concreto. Esta resolución es el objeto del denominado último juicio práctico (*iudicium electionis*), el cual es seguido por la elección, por parte de la voluntad (*intentio*), de esa alternativa como la mejor y por la consiguiente dirección de la razón (*imperium*) a la voluntad para la realización efectiva de la opción elegida (*usus*).

Aquí queda claro que el proceso de decisión práctica no puede concluir sino en la opción de aquella alternativa que resulta la *mejor* en el caso concreto, *i.e.*, la que de modo más acabado, en el caso del derecho de la manera *más justa*, resuelve en particular el problema planteado. Y esta alternativa ha de ser única, ya que de lo contrario no sería posible alcanzar una decisión acerca del obrar, de cualquier tipo que esta sea. Escribe a este respecto Antonio Millán Puelles, que "sin que el agente moral (...) elija en cada caso la materia del imperativo ético concreto, éste no puede surgir o, dicho con otros términos, es inviable ya en su propia génesis"⁵⁵. Dicho de otro modo, si no existiera en concreto una

⁵³ Un abordaje completo y detallado de la problemática se encuentra en el libro de Sellés Dauder, J.F., *Conocer y amar. Estudio de los objetos y operaciones del entendimiento y de la voluntad según Tomás de Aquino*, 2ª edición, Pamplona, EUNSA, 2000, 516 pp.

⁵⁴ Cfr. Fagothey, A., *Ética*, trad. C.G. Ottenwaelder, México, Interamericana, 1973, pp. 5-11.

⁵⁵ Millán Puelles, A., *La libre afirmación de nuestro ser. Una fundamentación de la ética realista*, Madrid, Rialp, 1994, p. 547.

alternativa *mejor*, *i.e.*, más adecuada a la concreta determinación del bien humano, la voluntad no podría intender su puesta en la existencia y mover entonces las potencias operativas a su realización.

Pero es claro que esta determinación *ad unum*, a una solución concreta considerada la mejor, sólo puede llevarse adelante con el concurso de la voluntad, que quiere o *intende* un determinado curso de acción, *v.gr.*, ordenar al depositario la devolución del algo depositado; pero a su vez, esa intención de la voluntad lo será hacia la solución justa si esa misma voluntad está perfeccionada por la virtud de la justicia, que es la que mueve el querer hacia la solución más adecuada al bien humano en materia jurídica. “La elección –escribe Tomás de Aquino– es lo principal de la virtud”⁵⁶, ya que es ella quien mueve a la razón a imperar la solución más justa en cada situación determinada⁵⁷.

En definitiva, aparece como manifiesto que, dada la sinergia propia de la acción humana singular, *i.e.*, considerada en el nivel *fronético*, ésta sólo puede llevarse delante de modo determinado, en la medida en que la razón perciba una solución práctica como la *mejor* y la voluntad la *intenda* o elija como objeto de su querer. De no ser así las cosas, la alternativa que se presentaría no puede ser sino la siguiente: (i) la opción irracionalista o voluntarista, según la cual la elección de una acción singular sería cometido de la mera emoción o de una voluntad desvinculada constitutivamente de la razón; y (ii) la opción racionalmente inaceptable de la irremediable indeterminación de la voluntad, con la consiguiente imposibilidad de adoptar decisión alguna en el orden práctico, con la resultante parálisis de toda acción humana posible.

VI. LA “RESPUESTA MÁS JUSTA” Y SUS IMPUGNACIONES

De todo lo desarrollado sucintamente hasta aquí, es posible concluir que, si se adopta la perspectiva ética de la racionalidad práctica en primera persona, donde la conducta del sujeto se ordena a los bienes humanos a través del ejercicio de las virtudes, la solución de las cuestiones jurídicas ha de conducir necesariamente a la elección de la mejor solución o la solución más justa, aún teniendo en cuenta la poca certidumbre y la contingencia propias del ámbito de la praxis⁵⁸. Por el contrario, si se adopta la alternativa moderna de la *corrección/incorrección* de los actos singu-

⁵⁶ Tomás de Aquino, *Sententia Libri Ethicorum*, II, 7, N° 322.

⁵⁷ Cfr. Ramírez, S.M., *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1978, pp. 160-198 y los muy numerosos textos de Tomás de Aquino allí citados.

⁵⁸ Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, I, 3, 1194 b 11 ss.

lares⁵⁹, resulta muy difícil sostener la posibilidad de una única respuesta correcta en los casos jurídicos, ya que en la gran mayoría de ellos existen diversos modos alternativos e incompatibles de resolverlos, sin apartarse en cualquiera de ellos de lo establecido en los preceptos legales.

De más está decir que la alternativa moderna de la *corrección/in-corrección* es enormemente más estrecha y menos explicativa que la clásico-realista estructurada sobre los bienes humanos y las virtudes que les están intrínsecamente ordenadas. Esta última, por su parte, no sólo proporciona una explicación más completa de la acción humana, sino que ofrece unos análisis de su estructura y elementos que aparecen como mucho más adecuados a la experiencia en materias prácticas⁶⁰. Por lo tanto, pareciera que la cuestión, planteada en clave moderna, de la "única respuesta correcta", debería ser sustituida con provecho por la clásica de la "solución más justa" de los casos prácticos en general y de los judiciales en especial. Además, esta perspectiva resulta ser más coherente y armónica con la estructura general del pensamiento clásico-realista, que es eminentemente perfeccionista, práctico y de virtudes, y que ofrece una interpretación de la conducta humana más acorde con los datos centrales del modo humano de existir y de actuar.

Ahora bien, esta opinión acerca de la posibilidad de resolver del modo más justo las cuestiones judiciales, aún las más difíciles, puede ser objeto de numerosas impugnaciones u objeciones, algunas de las cuales se tratarán a continuación, antes de encarar las correspondientes conclusiones. La primera de ellas puede plantearse del siguiente modo: la propuesta de una "solución más justa" de los casos judiciales, termina sosteniendo que la determinación última de la conducta humana concreta tiene carácter *apetitivo*, ya que radica en la voluntad informada por las virtudes, que realiza la elección previa al mandato singular de la razón; ahora bien: si las cosas son así, ¿dónde queda la dirección *racional* de la acción humana, que es una de las tesis centrales del pensamiento clásico-realista en esta materia?

En realidad, esta objeción ya fue planteada por Tomás de Aquino, quien, en su relevante *Comentario a la Ética Nicomaquea*, afirmaba que "es manifiesto que la rectitud del apetito respecto del fin es la medida de la verdad en la razón práctica: y según esto se determina la verdad de la razón práctica, según la concordia con el apetito recto. Pero esta misma rectitud de la razón práctica es la regla de la rectitud del apetito sobre

⁵⁹ Cfr. Massini Correas, C.I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, *passim*.

⁶⁰ Cfr., Brock, S.L., *Action and Conduct. Thomas Aquinas and the Theory of Action*, Edinburgh, T&T Clark, 1998, pp. 137 ss. Hay traducción castellana: Brock, S.L., *Acción y conducta. Tomás de Aquino y la teoría de la acción*, trad. D. Chiner, Barcelona, Herder, 2000.

los medios: y por lo tanto según esto se dice recto al apetito, porque prosigue lo que le señala la verdadera razón⁶¹. Dicho en otras palabras, si bien es la voluntad virtuosa la que determina en última instancia la rectitud del imperativo práctico, esta voluntad es virtuosa en la medida en que ha sido conmensurada o informada por la razón práctica, con lo que resulta que, en última instancia, es la razón o el entendimiento quien establece la bondad o justicia de cada acción concreta. "Para el recto juicio –escribe nuevamente el Aquinate– se requieren dos cosas. Una es la misma virtud que profiere el juicio: y así el juicio es acto de la razón, pues decir o definir algo es acto de la razón. Otra es la disposición del que juzga, de donde le viene la idoneidad para juzgar rectamente: y así en lo referente a la justicia, el juicio procede de la justicia, lo mismo que en lo referente a la fortaleza, procede de la fortaleza. Por consiguiente, el juicio es ciertamente acto de la justicia en cuanto que inclina a juzgar rectamente; pero es acto de la prudencia (*i.e.*, racional) en cuanto que ella es la que profiere el juicio"⁶². De este modo, es posible sostener que la determinación de la mejor respuesta tiene carácter racional, aunque esta racionalidad se ejerza a través de la voluntad informada por las virtudes.

La segunda objeción que puede hacerse a esta propuesta, es la desarrollada por Finnis acerca de la imposibilidad de alcanzar *la mejor* solución a raíz de la inconmensurabilidad de las alternativas en debate, *i.e.*, de la ausencia de un baremo único e indiscutible para decidir entre ellas. Ahora bien, pareciera que esa objeción tiene fuerza en los niveles *principal* y *normativo*; efectivamente, no es posible establecer abstractamente la superioridad de un bien humano básico sobre otro⁶³ y, en el nivel normativo, es posible elegir de modo más o menos razonable entre diversas opciones de regulación de una institución jurídica, genéricamente considerada. Todo esto, recalca Finnis acertadamente, siempre que alguna de esas soluciones no atente directamente contra un bien humano básico, en cuyo caso debe ser descartada por irracional y, en caso del derecho, como gravemente injusta⁶⁴.

Pero si de los niveles *principal* y *normativo*, que se articulan en el nivel de una mayor o menor generalidad y de una practicidad menguada, se pasa al nivel *fronético* o *prudencial*, en el que la concreción y, como

⁶¹ Tomás de Aquino, *Sententia Libri Ethicorum*, VI, 6, N° 1131. Cfr. Melina, L., *La conoscenza morale. Linee di riflessione sul Commento di san Tommaso all'Etica Nicomachea*, Roma, Città Nuova Editrice, 1987, pp. 199 ss.

⁶² Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, a. 1, ad. 1.

⁶³ Cfr. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 118 ss.

⁶⁴ Cfr. Seoane, J.A., "La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación", en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade Da Coruña*, N° 6, La Coruña, 2002, pp. 761-790.

consecuencia, la practicidad son máximas, este argumento necesita ser replanteado. En efecto, en este último nivel de consideración, cuyo objeto es la dirección máximamente determinada de la acción, la solución no puede ser sino *única*, ya que de lo contrario no podría ser efectivamente directiva de la acción humana concreta. Pero además, existe un baremo capaz de medir la pertinencia u oportunidad de los diferentes valores en juego: su relevancia en el caso individual para la realización efectiva de la más armónica y completa posible concreción de los bienes humanos. Si esta opción no fuera posible –ya se lo ha consignado– no habría propiamente elección, y la voluntad permanecería indeterminada, incapaz de querer e *intender* alguna de las alternativas consideradas y analizadas por la razón durante el proceso deliberativo. Dicho en otras palabras: la sinergia propia de la acción humana práctica exige la elección e *intención* de una opción entre las posibles, y ésta no puede ser sino la que se considera mejor en concreto por la actividad concurrente de la voluntad y, en definitiva, de la razón práctica.

VII. SOBRE VERDAD Y ETICIDAD

La tercera de las posibles objeciones a considerar aquí se refiere a que resultaría inadecuado hablar en el caso de las soluciones jurídicas de la *verdad* o *falsedad* de las respuestas, ya que ello conduciría a minusvalorar y erosionar la autoridad del legislador, al atribuir esa verdad exclusivamente al nivel *fronético*, que es el propio de las decisiones judiciales. Desde esta perspectiva, resultaría más adecuado hablar sólo de *corrección* o *incorrección* de las respuestas judiciales a los casos concretos, de modo de preservar el espacio conveniente para la función legislativa, sin subalternarla a la tarea judicial⁶⁵.

En este punto, corresponde efectuar dos breves observaciones: la primera de ellas se refiere a que, dado el carácter *analógico* de la noción de verdad, y en particular de la de *verdad práctica*⁶⁶, ésta se da de modo semejante en cada uno de los tres planos principales del conocimiento práctico: *principial*, *normativo* y *fronético* y, por lo tanto, puede hablarse propiamente tanto de una verdad de las normas jurídicas, que se presenta con un cierto nivel de generalidad, cuanto de una verdad propia del plano *fronético*, que es el más radicalmente práctico y en el que culmina

⁶⁵ Esta observación fue formulada al autor por el prof. Pedro Serna, en el transcurso de un seminario realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, en febrero de 2005.

⁶⁶ Vide: Soaje Ramos, G., "La verdad práctico-moral...", *cit.*, pp. 280-281.

el complejo movimiento del conocer práctico. Es claro en este esquema que la verdad del plano *normativo* necesita ser completada, en cuanto a su practicidad, por la verdad del conocimiento prudencial, ya que de lo contrario no podría dirigirse eficazmente la conducta práctica, que es siempre singular y concreta⁶⁷. Pero esto no significa que la verdad en el plano *normativo* no tenga una función inexcusable en la regulación genérica de la conducta humana, y que esta generalidad de la regulación normativa no cumpla una papel inexcusable en lo que se refiere a la previsibilidad y certeza de la regulación jurídica⁶⁸. Dicho brevemente: tanto la verdad *normativa* como la *fronética* tienen funciones complementarias e irreductibles que cumplir en la empresa de la regulación de la conducta hacia el bien humano, pero es claro que la plenitud de la dirección práctica del obrar humano ha de darse en el plano de sus determinaciones más concretas o máximamente singulares, que son las propias del plano *fronético* de conocimiento⁶⁹ y las que tienen a su cargo los órganos judiciales de decisión.

La última de las posibles impugnaciones que se considerarán en este apartado es aquella que puede formularse sucintamente del siguiente modo: todo lo que se ha expuesto acerca del proceso de génesis y dirección racional de la conducta humana aparece como adecuado si es referido al razonamiento y a la verdad estrictamente *morales*, pero no resulta pertinente si se aplica al razonamiento o conocimiento propiamente *jurídico*, ya que se está en presencia, en este último caso, de un orden de pensamiento y actividad de carácter *técnico*, que también puede denominarse *cultural*, y que, por lo tanto, ha de ser analizado y regulado con otros criterios distintos de los que corresponden al orden *ético*.

Esta observación puede ser respondida de siguiente modo: es de estricta verdad que en el ámbito de lo jurídico existe una dimensión técnica o cultural, perteneciente al cuarto de los órdenes de la realidad distinguidos por Tomás de Aquino⁷⁰. Ahora bien, como lo reconoce el mismo Finnis en un texto citado más arriba, en el caso del derecho se trata de una dimensión del *cuarto orden* que está constitutivamente "al servicio" de, o bien es "un instrumento" adaptado a, un propósito del *tercer orden* u orden *ético*⁷¹. Pero como es una doctrina constante y reiterada del Aquinate la que afirma que en el orden práctico los fines cumplen el

⁶⁷ Cfr. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, VI, 1142 a 24 ss. Cfr. Yarza, I., *La racionalidad en la ética de Aristóteles. Un estudio sobre Ética a Nicómaco I*, Pamplona, EUNSA, 2002, p. 27.

⁶⁸ Cfr. Fuller, L., *The Morality of Law*, New Haven & London, Yale U.P., 1969, pp. 49 ss.

⁶⁹ Cfr. Soaje Ramos, G., "Razón práctica, libertad y normatividad. La filosofía moral tomasiana", en *Dialogo di Filosofia*, N° 8, Roma, Herder-Università Lateranense, 1991, p. 112.

⁷⁰ Tomás de Aquino, *Sententia Libri Ethicorum*, I, 1, N° 1.

⁷¹ DNRJ, p. 21.

papel de los principios y que lo que está ordenado instrumentalmente a un tipo de realidad, pertenece esencialmente al tipo de realidad al que se ordena, resulta claro que los elementos técnico-culturales del derecho pertenecen eminentemente al tercer orden u orden ético. Y es razonable que así sea, toda vez que ningún bien humano puede realizarse sin un mayor o menor concurso de un elemento técnico cultural; piénsese nada más en las técnicas ascéticas desarrolladas en el *Kempis*, o en los diversos mecanismos institucionales y comunitarios de los que necesariamente ha de valerse la política para alcanzar su fin de bien común⁷². De este modo, es posible sostener que todas las realidades técnico-jurídicas tienen un modo de conocimiento análogo al que es propio de las realidades éticas; pero además, esas dimensiones técnicas del derecho se estructuran en un marco de una actividad constitutivamente práctica, o práctico-ética, y por lo tanto cumplen sólo un papel instrumental al servicio de fines éticos y se enmarcan en el contexto de una conducta y de un saber de carácter eminentemente ético.

Esto es así especialmente en el ámbito del derecho, toda vez que la *materia* propia de su regulación es la conducta humana exterior y en alteridad, y la *forma* que le corresponde es la rectitud en *materia* de justicia⁷³. Por su parte, la justicia, entendida ahora como *virtud* ética, es la que tiene por objeto esa conducta recta, y la que, en cuanto tal virtud, perfecciona en el sentido ético al sujeto que la actualiza. Y todo ello adquiere su sentido decisivo por la ordenación del derecho al bien común de la sociedad completa, fin ético por antonomasia, ya que se constituye por las diferentes dimensiones del bien humano en cuanto constituidas y participadas en común y que puede denominarse también, aunque en un nuevo sentido, *justicia*⁷⁴. De aquí se sigue que la actividad y el conocimiento jurídicos revisten un carácter radicalmente ético, que se sirve instrumentalmente de toda una serie de objetos culturales: instituciones, sistemas de normas, organizaciones burocráticas, conjuntos de procedimientos, etc., intrínsecamente subordinados a la realización efectiva de un fin ético por medio de una actividad que, por ordenarse a ese fin, adquiere carácter práctico-moral. Es por ello que Finnis debe concluir en este punto que "esta orientación al aislamiento de lo jurídico respecto del razonamiento moral no puede jamás ser completa"⁷⁵.

⁷² Cfr. Sepich, J.R., *Introducción a la Filosofía*, Buenos Aires, CCC, 1942, pp. 241-247 y 546 ss.

⁷³ Cfr. Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho -I- El Derecho y los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 39-43.

⁷⁴ Cfr. Finnis, J., *Nature and Natural Law in Contemporary Philosophical and Theological Debates: Some Observations*, Oxford, 2002, *pro manuscripto*, p. 9.

⁷⁵ DNRJ, p. 37.

VIII. CONCLUSIONES

A la hora de extraer de los anteriores desarrollos las correspondientes conclusiones, conviene comenzar poniendo de relieve la especial intuición y agudeza manifestadas por Ronald Dworkin en sus prolíficos análisis del pensamiento jurídico contemporáneo. En efecto, este autor ha sabido percibir como pocos las insuficiencias del positivismo jurídico, la primera de las cuales radica en su radical incapacidad de explicar, de modo completo y ajustado a la experiencia, la índole propia de la actividad de los magistrados judiciales. La segunda, que es la que aquí más interesa, ha sido la de marcar las insuficiencias de la explicación positivista para aquellos casos judiciales que presentan, al menos *prima facie*, varias posibilidades alternativas de solución. Dworkin percibe claramente que la remisión a la mera emoción o a la pura y simple decisión voluntaria, racionalmente inmotivada, implican la inclusión en el derecho de una cuota de irracionalidad y subjetividad que no condicen con las exigencias fundamentales de la realidad jurídica.

Pero no obstante lo anterior, las propuestas positivas que efectúa el pensador norteamericano pecan muchas veces de insuficiencia y siempre de falta de claridad; la causa de estas debilidades parecería radicar en la incompleta, a la vez que parcial, formación filosófica de este autor. Efectivamente, del análisis de sus obras principales surge claramente que en la formación filosófica de Dworkin se entremezclan, no demasiado orgánicamente, elementos de la filosofía analítica y otros de la ideología liberal norteamericana, con algunos toques de kantismo, a los que se han agregado más recientemente algunas aportaciones de la hermenéutica filosófica⁷⁶. Como se percibe inmediatamente, en este marco de pensamiento quedan demasiadas cosas afuera, en particular las líneas fundamentales de la tradición central de occidente, que el autor no parece haber estudiado ni siquiera someramente. Aquí radica, al menos de modo aparente, la raíz de las aporías que plantean muchas de sus soluciones, en especial la que propone para los casos difíciles; aquí Dworkin intuye correctamente que las diferentes alternativas de solución en esos casos no pueden resolverse ni (i) en una abstención del juicio particular, ni (ii) en la mera arbitrariedad e irracionalidad del decisionismo o del emotivismo que propugnan los positivistas. Y propone entonces una remisión a principios éticos, como alternativa de solución racional a la cuestión de los casos difíciles. Pero, probablemente por la debilidad de su bagaje

⁷⁶ Cfr. Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge-Mass., Harvard U.P., 1987 (Hay traducción castellana de C. Ferrari: *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992).

filosófico, no alcanza a proponer una explicación consistente, racionalmente sólida y suficientemente sistemática.

John Finnis, por su parte, ataca esta explicación en sus inconsistencias pero, al menos en una primera consideración, parece quedar prisionero de los términos en los que Dworkin ha planteado la cuestión. En efecto, Finnis impugna principalmente en este contexto a las propuestas de carácter utilitarista y consecuencialista, que utilizan un modelo de carácter *técnico* para la solución de las alternativas prácticas. Y es en este marco que ataca la posibilidad de una conmensuración de las razones alternativas, alegando que ella es propia de los razonamientos técnicos, que cuando "identifican a una opción como la única correcta, es decir, como dominante, lo hacen demostrando que ella ofrece *todo lo que las otras opciones ofrecen y algo más*; ella es incalificadamente mejor. Las otras opciones, entonces, carecen de atractivo racional"⁷⁷. Finnis piensa, justificadamente, que este modelo de razonamiento no corresponde al razonamiento práctico-ético, pero termina remitiendo la elección final de la alternativa a seguir al "sentimiento" o bien a las "decisiones"⁷⁸ de la comunidad, afirmación que, por más que se la matice, parece pertenecer más bien al marco conceptual emotivista o decisionista, que no es claramente el de la "tradicción central de occidente".

Pareciera, por lo tanto, que la búsqueda de una solución que, a la vez, (i) se enmarque en el contexto de la "tradicción central de occidente" y (ii) ofrezca una alternativa razonable al problema de la opción entre las diferentes alternativas que se abren a la decisión práctica en buena parte de los casos jurídicos, debe intentar salir del contexto de ideas en las que la cuestión se ha planteado, *i.e.*, en la polémica, típicamente moderna, positivista/dworkiniana, e indagar y desarrollar la explicación propuesta por la perspectiva práctica de la ética de las virtudes y de los bienes⁷⁹. Desde esta perspectiva, en efecto, resulta posible arribar a un encuadramiento del problema que desemboca en una alternativa de decisión *racional* a la vez que *valorativa*, *cognitiva* a la vez que *apetitiva*, y que conduce a elecciones éticas concretas, a la vez que enmarcadas en una estructura de principios universales y de normas generales. Todo ello abandonando, para superarlas, todas las alternativas emotivistas, decisionistas y utilitaristas, que son las que han conducido a la irresolubilidad del problema de la mejor respuesta jurídica en los denominados "casos difíciles".

⁷⁷ DNRJ, p. 31.

⁷⁸ DNRJ, p. 35.

⁷⁹ Cfr. Bastons i Prat, M., *La inteligencia práctica. La filosofía de la acción en Aristóteles*, Barcelona, Prohom Ediciones, 2003, *passim*.

**RESPUESTAS CORRECTAS, JUSTAS Y LA PERSISTENCIA
DEL ENCANTO DEL LEGALISMO. COMENTARIO
A “DWORKIN, FINNIS Y LA ‘ÚNICA RESPUESTA
CORRECTA’” DEL PROF. CARLOS IGNACIO MASSINI C.***

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ
Magister Juris (Universidad de Oxford)
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción

El derecho no es un marco, es un horizonte...

ADRIANO IRALA BURGOS¹

I. INTRODUCCIÓN

En su erudita, elegante y provocadora conferencia intitulada “*Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta*”, el profesor Carlos Ignacio Massini ha sabido extraer de un debate especializado y técnico de la teoría del derecho (el de la existencia o inexistencia de respuestas correctas a casos difíciles), una crítica que hace al auto-entendimiento de la filosofía moral misma a partir de la Ilustración: el abandono de lo “bueno” como criterio orientador de la ética y su reemplazo por teorías cuasi-legalistas de la moral, centrada en las acciones o deberes “correctos” o “incorrectos”².

* El presente artículo es una versión ampliada y anotada de los comentarios brindados por el autor en la Universidad Austral en Buenos Aires, el 10 de junio de 2005, en las *Jornadas Homenaje a los 25 Años de la Publicación de Natural Law and Natural Rights de John Finnis*. Quiero agradecer en primer lugar al Prof. Massini por su generosidad intelectual y por haberme dado la oportunidad de aprender y departir con una figura de su trayectoria y capacidad. Agradezco asimismo los agudos comentarios efectuados por Héctor Sabelli y Diego Moreno a versiones anteriores de este trabajo, que salvaron al autor de caer en varios errores. Agradezco también a los entusiastas alumnos de la Universidad Austral, cuyo trabajo fue vital para que las Jornadas sean un éxito. Y, *last but not least*, a mis compañeros en el derrotero *finnisiano* y organizadores de las Jornadas, Santiago Legarre y Cristóbal Orrego: mi gratitud por su invitación, hospitalidad y, sobre todo, por su amistad.

¹ Adriano Irala Burgos, filósofo (y Maestro) paraguayo.

² En otras palabras, el vuelo del “priority of the good over the right” al “priority of the right over the good”. Dos referencias precisas en este sentido son la monografía de E. Anscombe “Modern Moral Philosophy”, en Anscombe, *Collected Philosophical Papers iii*, Blackwell, Oxford, 1981, y la obra de A. MacIntyre, especialmente, *After Virtue*, Notre Dame Press, 1984; particularmente interesante (aunque con una perspectiva igualmente crítica de las

Esto es suficiente testimonio de la gran capacidad intelectual y el dominio completo de la filosofía moral, política y jurídica –de la “filosofía de los asuntos humanos”, al decir del Estagirita³– que tiene el Prof. Massini, dominio por otra parte conocido por todos. En muchos sentidos, el trabajo de Massini es un auténtico *tour de force*, ya que nos obliga a analizar, a partir de la problemática aparentemente parroquiana (para los iusfilósofos al menos) de la “*right answer thesis*”, a un fenómeno moral mucho mayor y de trascendencia que caracteriza a nuestras sociedades: la dieta cada día más rígida que se impone a los debates sobre bienes/valores morales y su reemplazo por teorías éticas “procedimentalistas” que son, por así decirlo, anoréxicas en cuanto a sus referencias al “bien humano”⁴.

Por supuesto que de un comentarista se espera algo más que lo que en este caso es debido, de lo que en este caso es *justo*: reconocer la calidad y fuerza de los argumentos de Massini. Siguiendo una tradición académica, haré observaciones críticas (va de suyo, *cordial y respetuosamente* críticas) al trabajo de Massini. Debo adelantarse, desde ya, que mis críticas no responden a un mero afán de “entretenimiento académico”, sino más bien a que discrepo de lo que entiendo son las dos consecuencias principales que surgen si el argumento de Massini es correcto: (i) que Finnis cae en una peligrosa trampa hacia el emotivismo o decisionismo ético en su debate con Dworkin sobre las respuestas correctas; y (ii) que, al mismo tiempo, Finnis queda lejos (al menos en esta cuestión) de la “tradicción central de occidente”⁵.

Ambas cosas, estoy (casi absolutamente) seguro, él negaría tajantemente.

Asimismo, me quedan muchas dudas sobre si el enfoque de la “respuesta más justa” que propone Massini es en sí adecuado. Me parece que el mensaje general o subyacente de que el derecho siempre puede dar la respuesta “más justa” no tiene las mejores consecuencias para mantener una actitud moral crítica con la ley, un puntal fundamental para poder

teorías clásicas aristotélicas centradas en el bien) es la obra del recientemente fallecido Sir Bernard Williams, *Ethics and the limits of philosophy*, Harv. Univ. Press, Cambridge, 1984.

³ Que, como lo ha defendido en reiteradas oportunidades el Prof. John Finnis, es la perspectiva correcta para analizar todos los problemas relacionados a estas ramas humanas; por ej. vid. “Revolutions and Continuity of Law”, en A.W.B. Simpson (ed), *Oxford Essays in Jurisprudence, 2nd Series*, OUP, Oxford, 1973; o más recientemente, “Natural Law - The Classic Tradition”, en Coleman y Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of the Philosophy of Law*, OUP, Oxford, 2002.

⁴ Dos *loci classici* son J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996; J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia Univ. Press, 1993.

⁵ Término que, cómo recuerda el Prof. Massini es utilizado por Robert P. George, pero en realidad fue proclamado por un opositor a dicha tradición, Isaiah Berlin. Ver George, *Making Men Moral*, OUP, Oxford, 1993, pág. 19.

estudiar, comprender y reprender al derecho positivo⁶. Intuyo en la tesis de la respuesta “más justa” de Massini (lo mismo ocurre con la “única-mente correcta” de Dworkin), cierto resabio de lo que se ha llamado el “encanto del legalismo”, o la creencia de que los jueces siempre pueden encontrar una respuesta que es objetivamente la mejor –una respuesta que es superior a todas⁷. El encanto del legalismo tiene un antiguo *pedigree* en la teoría del derecho, y sin dudas Dworkin es el representante más notorio en los últimos tiempos. Me parece que justamente uno de los méritos de la obra finnisiana radica justamente en su resistencia a sucumbir al encanto del legalismo, y al mismo tiempo, de evitar caer en su *alter ego*, la visión cínica realista (“*law is what officials do*”) o conspiraticia de los “critical legal scholars” (“*law is politics*”) del fenómeno jurídico. Así, el “iusnaturalismo” de Finnis logra un equilibrio a mi modo de ver ideal: tiene por un lado una visión optimista y robustamente anti-escéptica del derecho, pero, por el otro, lo hace sin caer en el encanto del legalismo ni en el error de creer que toda cuestión moral/jurídica tiene una respuesta que es la superior, la mejor.

En consecuencia, pretendo en estos comentarios hacer –si bien reconozco que estoy lejos de estar calificado para ello– una defensa del Prof. Finnis en estas cuestiones, y en especial de su visión de que *no toda cuestión tiene una respuesta únicamente correcta* (o “más justa”). Asumiré su “defensa pública”, por así decirlo. Pero no me detendré ahí. Pasaré a examinar la tesis massiniana de la respuesta “más justa” y expresaré también mis dudas y críticas respecto de su propuesta.

Para ello, voy a seguir la siguiente hoja de ruta. (i) Primero, intentaré descifrar algo que parece más bien difícil: ¿qué es lo que Dworkin quiere decir cuando habla de casos difíciles y respuestas únicamente correctas? (ii) Posteriormente, volveré a recordar someramente los términos de la crítica de Finnis a la tesis de Dworkin –especialmente, a la luz de su última posición (modificatoria de las anteriores) realizada en un importante trabajo, “Commensuration and Public Reason”⁸. (iii) En tercer lugar, analizaré brevemente los argumentos del Prof. Massini a favor de su

⁶ Mérito primordial de la iusfilosofía hartiana, apuntada y recomendada por Robert P. George: “Hart insistió –correctamente, a mi modo de ver– en la necesidad de alguna separación conceptual del derecho y la moral para preservar la posibilidad de la crítica moral del derecho”, concluyendo con Finnis en el sentido que esto fue establecido sin esfuerzo por Tomás de Aquino al separar a la ley positiva de los otros órdenes normativos. Ver George, *The Clash of Orthodoxies*, ISI Books, pág. 224.

⁷ Expresión utilizada por Timothy Endicott en su excelente obra *Vagueness in Law*, OUP, Oxford, 1999, específicamente, en contra de la obsesión de Dworkin por encontrar respuestas únicamente correctas en el derecho.

⁸ Publicado en Chang (ed), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, HUP, Cambridge, Mass, 1997. El mismo se halla dentro del grupo de trabajos a ser traducidos por el presente autor.

sugestiva tesis de la “respuesta más justa”. Y, finalmente, (iv) efectuaré algunas observaciones con respecto de esta tesis, principalmente, las objeciones que me parecen más relevantes a la misma. Ello me llevará a abrazar –con John Finnis– una visión modesta del poder de la razón para resolver las cuestiones más difíciles de la moral (y el derecho), y al mismo tiempo, a no sucumbir al persistente encanto del legalismo. Expresaré, por último, algunas reservas y dudas sobre si el planteamiento mismo de encontrar una respuesta “correcta” o “justa” tiene sentido, dado su elevado nivel de abstracción y lo poco interesante que resulta en la *praxis* jurídica verdadera.

II. DESCIFRANDO LA RESPUESTA CORRECTA DE DWORKIN

Antes de entrar a analizar la crítica de Finnis a Dworkin, me parece necesario descifrar –esa es la palabra– qué exactamente es lo que quiere decir el filósofo americano con su tesis de la “única respuesta correcta”. Es bien sabido que la intención de Ronald Dworkin (proclamada explícitamente por él mismo) era la de atacar a toda costa a la “teoría del derecho dominante”, pues ello le permitía lograr simultáneamente dos cosas: demostrar en primer lugar, sus insuperables dotes dialécticas⁹, y a la vez, ganarse un nombre en la filosofía del derecho¹⁰. Hoy sabemos que logró ambas cosas¹¹. Pero también sabemos que para hacerlo siempre construyó lo que se dice en inglés “*straw men*” u “hombres de paja”, especialmente del “positivismo jurídico” (o “convencionalismo”, en *Law's Empire*)¹². Una de estas distorsiones dworkinianas radica en una de sus primeras críticas al positivismo¹³: así, cuando Hart afirma que en los casos difíciles el juez tiene “discreción” y que es un “legislador intersticio”,

⁹ Reconocidas incluso por una de sus *betes noires* preferidas, el Juez Richard Posner, en “The Problematics of Moral Theory”, Holmes Lecture, Harvard Law Review, 1998.

¹⁰ De acuerdo, Paul Ricoeur, *Lo Justo*, pág. 159: “¿Por qué entonces batallar con el encarnizamiento y la sutileza que exhibe Dworkin contra la tesis *no answer? Para oponerse a la teoría positivista del derecho, que es el blanco permanente de Dworkin*”.

¹¹ Como dice A. Calsamiglia, “la obra de Dworkin ha generado una polémica sin precedentes... probablemente es la primera vez que los trabajos de un filósofo del derecho despiertan el interés y la crítica de constitucionalistas, sociólogos, filósofos, economistas, politólogos, estudiosos de la ética, etc. Sin duda tiene muchos más detractores que defensores. Un mérito incuestionable es provocar la discusión más allá de su límites gremiales y llegar al público masivo”. Calsamiglia, “Dworkin y el Enfoque de la Integridad”, en *Ronald Dworkin, Estudios en su Homenaje*, Squella (ed), Univ. Valparaíso, Chile, 1993, pág. 45.

¹² Todos los positivistas se han quejado de ello (vid. especialmente Hart, *Postscript*); para dos versiones más imparciales de la misma crítica, ver Finnis, “On Reason and Authority in *Law's Empire*”, y J. W. Harris, *Legal Philosophies*, Butterworths, pág. 195.

¹³ Dworkin, “The Model of Rules”, *Taking Rights Seriously*, Harv. Univ. Press, 1977.

Dworkin apunta que el positivista en realidad da “libre licencia”, o un “cheque en blanco” al juez para hacer lo que le plazca.

Así opuesta la objeción de Dworkin, es difícil encontrar a alguien (serio¹⁴) que sostenga esta tesis¹⁵.

Pero más allá de esta observación, lo que me gustaría dejar en claro es que al sustentar la tesis de la “respuesta correcta” el interés principal de Dworkin era más hacer una “crítica” a la teoría dominante antes que otra cosa. Y, otra cosa que me parece fundamental aquí es que *toda la discusión de la respuesta correcta que ha ocupado a buena parte de los filósofos del derecho desde entonces se ha basado en un interés específico de Dworkin, y no en una preocupación de la mejor tradición iusfilosófica*. Me parece que este punto es trascendental y debe ser repetido una y otra vez.

Por otro lado, la crítica era insuficiente, pues Dworkin estaba atacando a una posición que no existía. Esto obligó a Dworkin a modificar su posición y hacer de su planteo original uno de los ejes de su teoría jurídica. Así deben interpretarse los ensayos posteriores “Hard Cases” y “No Right Answer?”¹⁶, en los cuáles la postura deja de ser meramente una crítica al positivismo y pasa a ser un elemento primordial en la cosmovisión jurídica dworkiniana.

Como es su costumbre, Dworkin nunca define con consistencia qué entiende por un “caso difícil”, ni por “respuesta correcta”, por lo que concuerdo plenamente aquí con la crítica que le hace Massini en este sentido¹⁷. La ambigüedad de Dworkin nos deja en consecuencia en el

¹⁴ Si encontraremos a “critical legal scholars” haciendo este tipo de declamaciones; por todos ver M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard Univ. Press, 1990; el esclarecedor ensayo de L. Solum, “Legal Indeterminacy”, en Patterson (ed.), *Blackwell Companion Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996; y J. Finniss, “On the ‘Critical Legal Studies Movement’”, Eekelar y Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence - 3rd Series*, OUP, 1987.

¹⁵ Explícitamente, Hart ha dicho que “en cualquier caso difícil, principios distintos apoyando analogías en discusión pueden presentarse a sí mismos y el juez tendrá que elegir entre ellos, fiándose como un legislador *concienzudo* en su sentido de qué es mejor y no en algún orden de prioridades establecido entre principios ya prescriptos para él por la ley” (énfasis agregado); H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Oxford, 1983, pág. 7.

¹⁶ Publicadas la primera en *Harvard Law Review*, 1975, y la segunda en la obra colectiva, Hacker y Raz (eds), *Law, Morality and Society*, OUP, Oxford, 1977.

¹⁷ Michael Moore, por su parte, encuentra cinco (!) “ambigüedades” de Dworkin con respecto a la tesis de respuestas correctas; así, Dworkin es ambiguo respecto de “(1) el grado al cual está comprometido con la tesis de que cada caso tiene una respuesta correcta, (2) el grado al cual está comprometido a que existe un buen argumento positivo a favor de la tesis, y no sólo ausencia de argumentos en contra de la misma; (3) cual es la tesis positiva de la respuesta correcta; (4) el sentido que pretende dar a la “respuesta correcta”, dado su desprecio a las nociones realistas (como la correspondencia) y (5) el sentido en el que la respuesta puede o no puede ser “demostrada” como la correcta”. Moore, *Educating Oneself in Public*, OUP, Oxford, 2000, pág. 266-7.

terreno de la conjetura, pero debemos atenderla, especialmente debido a que el Prof. Massini lanza a Finnis la formidable objeción de que parte de su estrategia es una "petición de principios". En particular, al definir Finnis al caso difícil como el que "tiene más de una respuesta correcta", y no al que tiene muchas equivocadas y una sola correcta, Massini entiende que Finnis cae en una falacia argumentativa. ¿Es ello justo?

No estoy tan de acuerdo. Si bien Dworkin nunca define uniformemente al "caso difícil", me parece sintomático que en el caso en el que discute con mayor vehemencia su tesis —el caso *McLoughlin*—, existe no sólo una o dos o tres respuestas correctas (o posibles), sino seis. Es decir, el caso paradigmático de la literatura dworkiniana *madura* —en el que desarrolla su tesis del derecho como *integridad*— es un caso difícil precisamente porque existen seis respuestas posibles, cada una de ellas con sus méritos y deméritos (y deberíamos agregar, ninguna de las cuales puede ser descartada *prima facie* como absurda)¹⁸.

Por otra parte, conviene recordar que el "biógrafo intelectual" y apologeta de Dworkin, Stephen Guest, al analizar la tesitura dworkiniana, explícitamente se refiere a los casos difíciles como los que tienen más de una solución. Así, dice Guest que "los casos difíciles son difíciles sólo porque existen argumentos *genuinamente* competitivos sobre cuál es la mejor interpretación del derecho"¹⁹.

Por ello, concuerdo con Finnis (y Guest) en que los casos *genuinamente* difíciles son aquellos en los que hay *más de una respuesta correcta*²⁰. Esta postura, repetimos, se ajusta a la explicación del caso *McLoughlin* que hace Dworkin. Para salvar a Finnis de la falacia en la cual incurriría, debo mencionar que sostener dicha tesis no implica *ipso facto* sostener que "como los casos difíciles son los que tienen más de una respuesta correcta, en todo caso difícil no puede haber una única respuesta correcta" (como sugiere Massini). Más bien, lo que se está queriendo significar es precisamente que cuando hay más de dos respuestas correctas, no hay una suerte de procedimiento racional —similar al que Rawls buscó toda su vida, desde su primer artículo "Outline for a Decision Procedure in Ethics", y al cual Dworkin también siempre tuvo en mente implícitamente (como cuando decide el caso *McLoughlin* desechando dialécticamente las respuestas hasta llegar a la "más correcta"— que pueda determinar cuál de

¹⁸ En puridad, la respuesta (1) es descartada por Dworkin, pues no pasa el umbral del "ajuste" o "*fit*" con los materiales legales vigentes en Inglaterra en ese momento.

¹⁹ S. Guest, *Ronald Dworkin*, EUP, Edimburgo, 1992, pág. 212.

²⁰ Es más, si bien la lectura dworkiniana nunca es "definitiva" (dadas las frecuentes repeticiones y/o contradicciones de Dworkin), hay un pasaje en *Law's Empire* en donde parece acordar con Finnis en la caracterización de un caso difícil: "los casos difíciles surgen, para cualquier juez, cuando el requisito de umbral (del ajuste) no discrimina entre dos o más interpretaciones de un texto legal o una serie de casos". Dworkin, *Law's Empire*, pág. 255-6.

estas dos (o tres, o cuatro...) es la "más correcta". Lo que Finnis quiere decir aquí es que en estos casos la respuesta correcta no es la *única*, elegida por un procedimiento racional. No se podrá decir que la elegida fue correcta y las demás incorrectas, sino que las otras también eran correctas pero sencillamente no fueron *elegidas*²¹. Esta tesis finnisiana ensalza el lugar de la *libre elección* en la ética y su carácter *perdurable* en el carácter de las personas²². Además, llama la atención que el propio Massini señale en una parte de su trabajo, precisamente cuando critica a Finnis por su petición de principios, que los casos difíciles son aquellos en los que por la complejidad, o vaguedad o ambigüedad o por la gravedad del caso, "resulta especialmente dificultoso escoger *entre las diferentes alternativas de solución* sobre las que versa el análisis deliberativo de los magistrados judiciales"²³; para mí, aquí concuerda con Finnis en la caracterización de los casos difíciles como aquellos que tienen más de una opción razonable. Cuestión distinta es determinar si, como dice Finnis, en estos casos la razón no puede en forma absoluta fijar la única respuesta correcta, o como dice el Prof. Massini, la razón práctica puede determinar la "más" (*ergo*, la única) justa. La postura dworkiniana (o rawlsiana) es que precisamente existe esta suerte de "procedimiento racional"; Finnis precisa y, correctamente, lo niega.

Volviendo ahora al análisis dworkiniano de la "única respuesta correcta", el mismo se complica si vemos el tercer paso de su evolución, que acontece en *Law's Empire*. A primera vista, parecería ser que el caso difícil (y su resolución), ha dejado de ser lo trascendental para la teoría madura de Dworkin. Así lo entiende, por ejemplo, Jules Coleman, quien señala que "Dworkin ha abandonado la única respuesta correcta y la ha reemplazado en *Law's Empire* con una teoría política de la autoridad legítima que depende en que las comunidades asociativas exhiban virtudes e ideales políticos y no en la existencia de respuestas correctas a disputas jurídicas"²⁴. Sin embargo, a pesar de esta opinión, tanto en *Law's Empire* como en escritos posteriores, se encuentra uno con el hecho que Dworkin sigue defendiendo abiertamente la tesis de la única respuesta correcta²⁵.

²¹ Finnis ha explicado, por ejemplo, en "Natural Law and Legal Reasoning", pág. 145, como en forma bastante razonable, para quien ha efectuado la elección, la misma parece como "la correcta" (tiene una suerte de supremacía) con posterioridad al *hecho de la elección*.

²² Bien desarrollada en *Fundamentals of Ethics*, Georgetown Univ. Press, 1983, págs. 137 y sgts.

²³ Massini, "Dworkin, Finnis y la Única Respuesta Correcta".

²⁴ J. Coleman, "Truth and Objectivity in Law", 1 *Legal Theory*, págs. 49-50.

²⁵ Así, en la monografía "On Gaps in Law", en Amselek y MacCormick (eds.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh Univ. Press, Edimburgo, 1991, pág. 84.

Una luz sobre lo que entiende Dworkin por respuesta correcta es, quizás, la que arroja al final de *Law's Empire*:

¿He dicho acaso que es el derecho? La mejor respuesta es: hasta cierto punto. No he diseñado un algoritmo para el tribunal. Ningún mago de la electrónica podría designar de mis argumentos un programa de computadora que provea un veredicto que todos aceptarían una vez que los hechos del caso y el texto de todas las leyes y precedentes sean puestos en la memoria de la computadora²⁶.

Lo que Dworkin hace en *Law's Empire* más que proveer un algoritmo, es establecer un (ambicioso) mecanismo de razonamiento jurídico, que incluye sus conocidas categorías de "fit" y "justification" (o "ajuste" y "justificación"), desarrolladas *in extenso* en dicha obra. Así:

Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de la integridad decidirán casos difíciles tratando de encontrar... la mejor interpretación constructiva de la estructura política y doctrina jurídica de la comunidad.... Es útil, desde la óptica analítica, distinguir distintas dimensiones o aspectos de cualquier teoría. La misma incluirá convicciones acerca de tanto el "ajuste" como la "justificación"²⁷.

En fin, ¿en qué radica entonces, ante tantas interpretaciones plausibles, la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin? Para fijar un mínimo de acuerdo sobre el tema, propongo elegir tres proposiciones²⁸:

- (i) en los casos difíciles o de "penumbra", el juez debe fallar concienzudamente, exponer las razones de su fallo y no sus preferencias personales (en contra de la "discreción fuerte positivista");
- (ii) los conceptos jurídicos son dispositivos y el sistema radica en la tesis de la *bivalencia*, razón por la cual en (casi) toda controversia hay una respuesta jurídica correcta, y
- (iii) no se trata de encontrar una solución que a todos les parezca correcta, sino más bien, de encontrar la forma correcta de alcanzar dichas decisiones; en otras palabras, no del "qué" sino del "cómo". Por otra parte, esto supone que el derecho *siempre ofrece al juzgador las razones sustantivas para llegar a la mejor solución mediante este método de razonamiento; ergo, a la respuesta "correcta"*.

²⁶ Dworkin, *Law's Empire*, pág. 412.

²⁷ *Idem.*, pág. 255.

²⁸ Puede verse, en general para las distintas posibilidades de interpretación de Dworkin, la excelente obra del recientemente fallecido profesor de Oxford Jim Harris, *Legal Philosophies*, Butterworths, pág. 206-7.

Esta última tesis de Dworkin (la iii) –y esto hay que decirlo ya y con cierta vehemencia–, se basa en su idea de que no sólo en el derecho hay respuestas únicamente correctas, sino también en la moral (o ética). Como se ha dicho, “en la base de la argumentación de Dworkin –como él mismo lo reconoce– se encuentra la suposición de que existe una sola respuesta correcta a cuestiones de moralidad pública”²⁹. Y, parecidamente, ha afirmado Kent Greenawalt, “dada la visión de Dworkin de que el juicio moral infecta al juicio jurídico, él mismo sólo puede mantener su tesis de que las cuestiones jurídicas tienen una respuesta correcta si afirma que las cuestiones morales también la tienen”³⁰. La teoría ética de Dworkin, es lo que se llama comúnmente “constructivista” (una elaboración sofisticada del “equilibrio reflexivo” rawlsiano³¹). La misma es extremadamente compleja³² –y por lo demás, ha sido debidamente estudiada (y demolida) por el Prof. Massini en una reciente obra sobre el procedimentalismo– razón por la cual me eximo de entrar en mayores comentarios respecto de la misma. Lo único que me gustaría dejar en claro es que para Dworkin, toda verdad moral es una cuestión de “argumento”, razón por la cual el “mejor” argumento será siempre la respuesta “correcta”. El estilo de Dworkin es por ello siempre dialéctico y polémico, y para él no está en la verdad quién se acerca a una “verdad objetiva”, sino quién en el marco de un debate brinde el mejor argumento³³. Los valores no existen; deben ser “construidos”. Dworkin, como ha dicho Guest, sostiene que existe un “deber de construir” la respuesta para cada caso moral que se plantee³⁴.

²⁹ Ver Montero Iglesias, “¿De la discreción judicial a la respuesta correcta?”, en *Ronald Dworkin, Estudios en su Homenaje*, Squella (ed.), Univ. de Valparaíso, 1993, pág. 251.

³⁰ K. Greenawalt, “Legal Positivism: Too Thin and Too Rich”, George (ed.), *The Autonomy of Law*, OUP, Oxford, 1996, pág. 26.

³¹ Ver J. Rawls, *A Theory of Justice*, Revised Edition, OUP, Oxford, 1999, muy especialmente las págs. 40-46 y 506 a 514.

³² La elaboración más profusa de Dworkin es su capítulo “Justice and Rights”, en *Taking Rights Seriously*, Harvard Univ. Press, 1978; una recensión a la obra de Rawls, publicada originalmente en *Yale Law Journal*, 1973.

³³ Mírese, si no se cree, el final de varios de los capítulos de *A Matter of Principle*, que terminan típicamente con una provocación retórica o argumentativa.

³⁴ Guest, *Ronald Dworkin*, pág. 149. Continúa Guest diciendo que la posición de Dworkin es un medio entre los dos extremos de “realidad moral pre-existente” y la “subjetividad total de los valores”. “La verdad de las proposiciones de la moral surge de la importancia de la moral, del compromiso que debemos tener cuando afirmamos proposiciones sobre como, moralmente, debemos actuar. Si las proposiciones morales (y las jurídicas) deben ser “objetivas”, es en este sentido que deben ser interpretadas. Esto parecería ser irremediablemente subjetivista. Pero el argumento no fuerza esta conclusión. La exigencia de que las convicciones e intuiciones morales deben ser coherentes es un “check”... Es la exigencia de publicidad (del tipo de pregunta, “¿de dónde viene esa proposición?”) si bien más compleja que la correspondencia con una “realidad” moral independiente”.

Este constructivismo moral de Dworkin, sugiero, es radicalmente ajeno a la tradición iusnaturalista. Además, creo que es radicalmente ajeno al iusnaturalismo (al menos al "clásico"³⁵) la posición moral de que en la ética todas las cuestiones tienen una "única respuesta" correcta. Pero quizás me estoy ya adelantando a la crítica que haré en su momento al Prof. Massini, por lo que aquí sólo quiero dejar constancia de este hecho que me parece capital para entender la postura de Dworkin.

III. LOS PASOS DE FINNIS PARA REFUTAR A DWORKIN

Las tres proposiciones arriba señaladas ((i) a (iii) *vide supra*) sobre la tesis de la respuesta correcta dworkiniana son contestadas directa o indirectamente por Finnis³⁶. Aquí me ocuparé sólo de la tercera proposición —el derecho (y la moral) siempre dan o pueden dar las respuestas sustantivas correctas. En este sentido, la refutación de Finnis al método de Dworkin para resolver casos judiciales ha tenido básicamente tres pasos; cómo el Prof. Massini se ha concentrado en uno de ellos (el segundo), me parece pertinente que me ocupe siquiera someramente de los otros dos.

(I) EL PRIMER PASO: *LEY NATURAL Y DERECHOS NATURALES*:

En *Ley natural y derechos naturales*, Finnis no confronta directamente a la tesis adjudicatoria de Dworkin. Ello es comprensible. En primer lugar, *LNDN* sigue en grandes líneas el canon impuesto por Hart (descripción

³⁵ No así para otras teorías autoproclamadas "iusnaturalistas"; como por ejemplo, M. Moore, *Educating Oneself in Public*, pág. 247.

³⁶ Sucintamente, pueden enumerarse las contestaciones de Finnis a las ideas (i) y (ii). En cuanto al (i), es obvio que Finnis siempre ha mantenido que el juez tiene la responsabilidad moral de desarrollar el derecho concienzudamente. Una afirmación explícita (entre muchísimas), la encontramos en su artículo "The Truth in Legal Positivism", en Robert P. George, *The Autonomy of Law*, OUP, Oxford, 1996: "La identificación del deber legal que uno tiene como juez o como otro sujeto del derecho exige en oportunidades recurrir a argumentos morales, y es siempre una cuestión de responsabilidad moral (tanto en la identificación como en la ejecución) que deriva, de alguna manera u otra, del peso de los principios y normas morales sobre el derecho positivo de la comunidad". Esto, por otra parte, es compatible con la afirmación de que "no todos los casos tienen una respuesta únicamente correcta". Como explica Endicott, "un deber de decidir un caso es una *razón para dar una decisión*, pero no es una razón para concluir que el derecho exige una decisión en particular". Endicott, *Vagueness in Law*, pág. 167. En cuanto al punto (ii), Finnis ha afirmado repetidamente que la "bivalencia" es una cuestión "técnica" y no estructural u ontológica del sistema jurídico, y la misma debe ser interpretada como tal; es decir, no debe confundirse este "aparato meramente técnico" con la estructura misma del derecho. El mismo es un instrumento para enfrentar la complejidad de los asuntos y la necesidad de resultados inequívocos en la sociedad. Ver en general NLNR, pág. 280; lo mismo puede decirse del argumento de la "plenitud hermética del derecho".

del derecho como institución, aunque por supuesto con las observaciones claves de Finnis elaboradas en el Capítulo 1 de la obra referidas al binomio evaluación/decripción), y como el propio Finnis en una extensa nota al primer capítulo de la obra dejaba en claro, la filosofía de Dworkin más bien se ocupaba de “cómo deben fallar los jueces”, y no en una descripción del fenómeno jurídico³⁷.

Independientemente de ello, puede decirse que *indirectamente* Finnis sienta las bases de lo que sería su crítica a la tesis de “única respuesta correcta” de Dworkin. (O al menos, nos parece, da las bases para que cualquiera lo haga.) ¿Cuáles son estas bases?

Sucintamente, son las siguientes:

- Inconmensurabilidad y pre-moralidad de los bienes humanos.
- La sub-determinación racional de gran parte de las exigencias “positivas” de la moral y de la justicia.
- La importancia de la libre elección en resolver cuestiones difíciles en la moral.
- El carácter mayoritariamente “técnico” del derecho, “derivado” de la ley natural a través de la “determinación”.
- El carácter “abierto” (*open-ended*) del razonamiento práctico.

Repetimos: en ningún lugar Finnis refuta a Dworkin directamente con respecto a la tesis de la respuesta únicamente correcta, sólo sienta las bases de una filosofía que sí puede hacerlo.

(II) EL SEGUNDO PASO: EL ARGUMENTO DE LA INCONMENSURABILIDAD ENTRE EL “AJUSTE” Y LA “JUSTIFICACIÓN”:

El segundo paso –el cual ha sido ya descrito y explicado con claridad por Massini– fue la estrategia desplegada por Finnis en sendos artículos: “On Reason and Authority in *Law’s Empire*” y “Natural Law and Legal Reasoning”.

El argumento *contra dworkinism* es prácticamente idéntico en ambos textos, y ya ha sido resumido con claridad por Massini. En primer lugar, Dworkin confunde dos “órdenes” de la realidad, como los órdenes “técnico” (*poiesis*) y “moral” (*praxis*), situando al razonamiento jurídico, que es eminentemente *técnico*, en el nivel *moral*. Si bien el derecho es creado con el objetivo de servir al orden “moral”, una vez creado el mismo es un “objeto cultural vasto y complejo”. Por ello, el razonamiento jurídico ad-

³⁷ Ver J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, con el valioso Estudio Preliminar de Cristóbal Orrego, pág. 54.

quiere un carácter técnico, “de medios a fines”, siendo el fin en particular el de la resolución de disputas identificando a una parte como la correcta y a otra como la incorrecta. De ahí, explica Finnis, que el derecho tenga sus aparatos peculiares: conceptos, definiciones, reglas específicas que ponen “líneas claras” para hacer que cuestiones difíciles de la vida real sean relativamente fáciles en el derecho³⁸. El razonamiento jurídico es para Finnis mayormente “técnico”; para Dworkin, es eminentemente “moral”³⁹.

En segundo lugar, Finnis argumenta que existe una inconmensurabilidad inherente entre las dos dimensiones de “ajuste” y “justificación”, y esta inconmensurabilidad hace que la propuesta de Dworkin sea un “sin sentido” (o disparate) desde el punto de vista racional. La dimensión de “ajuste” (coherencia con los materiales jurídicos existentes) pertenece al orden “técnico”, mientras que la dimensión de “justificación” (corrección moral inherente) opera en el orden “moral”. Como no hay una balanza o baremo único para “mensurar” o “medir” ambas dimensiones, estamos ante un caso paradigmático de inconmensurabilidad. La propuesta de Dworkin de baremar el “ajuste” con la “justificación” para llegar a la “mejor” solución no es racional; es como comparar el calor con la belleza estética de una novela, o una naranja con una ópera (o, dice Finnis, decir que una novela es la “más inglesa y la más profunda”)⁴⁰.

Si el argumento de la inconmensurabilidad es válido, pues entonces no puede afirmarse que exista una única respuesta jurídica en los casos difíciles. Pero todavía más: no puede ni siquiera decirse que el método de Dworkin es racional, pues propone un mecanismo que no tiene sentido y se hace inapetecible para la razón.

(III) EL TERCER PASO: ABANDONO DEL SEGUNDO PASO Y APELACIÓN AL PRINCIPIO MORAL DE EQUIDAD (*FAIRNESS*) Y LA INCONMENSURABILIDAD:

Existe un tercer paso, muy importante, en la relación Dworkin/Finnis/única respuesta correcta. El mismo fue dado por Finnis en un artículo de 1998, “Commensuration and Public Reason”, en donde este autor reformula en líneas generales las implicaciones de la inconmensurabilidad sobre el derecho y la moral en general⁴¹.

³⁸ J. Finnis, “Natural Law and Legal Reasoning”, págs. 140 y sgts.

³⁹ A pesar de que en forma un tanto contradictoria, una de sus defensas de la “right answer” se basa totalmente en una cuestión técnica: la bivalencia jurídica.

⁴⁰ Dejo a un lado lo que sería el tercer argumento finnisiano: que la existencia de respuestas incalificadamente mejores significa la denegación de la libre elección moralmente significativa. Ver J. Finnis, “Natural Law and Legal Reasoning”, págs. 146 y sgts.

⁴¹ Ver Chang (ed), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Este artículo igualmente se encuentra en la colección que el presente comentarista está traduciendo al español.

Este artículo tiene dos características principales: (i) por un lado, el abandono explícito de Finnis (y reconocimiento de su error, sin dudas testimonio a su honestidad intelectual) de su crítica a Dworkin basada en la inconmensurabilidad entre el "ajuste" y la "justificación", y (ii) por el otro, la reafirmación de Finnis que ni en el derecho (ni en la moral) existen en todos los casos respuestas únicamente correctas.

En suma: Finnis abandona su crítica anterior, pero sigue sosteniendo que la postura dworkiniana es errónea.

¿En qué consistió el error de Finnis, del cual se retractó? Básicamente, en considerar que el "ajuste" y la "justificación" no tenían una escala común, una métrica común. Como afirma nuestro homenajeado, la dimensión de "ajuste" puede ser entendida en dos formas: en primer lugar, como una cuestión generalmente de aplicar los criterios técnicos de validez jurídica, por lo que se trata de una cuestión meramente artificial, del orden de la *techne*. En este sentido, dice Finnis, "el orden cultural-técnico carece de medida común con el moral"⁴².

Pero, al mismo tiempo reconoce Finnis (apuntando algo que Massini deja entrever en su conferencia, al enfrentar el argumento ofrecido por el Prof. Serna⁴³), el "ajuste" o "*fit*" tiene igualmente una dimensión moral. Como afirma Finnis,

el "ajuste" y toda la técnica de creación y ubicación de reglas a la cual se refiere sinópticamente el término "ajuste", se encuentra en servicio del bien común de la comunidad. En verdad, la técnica fue instituida y es mantenida en aras a un fin moralmente exigido, el bien común alcanzable por una cooperación equitativa y pacífica que respeta plenamente los derechos de todos los miembros de la comunidad... En última instancia, encontrar y ubicar reglas no es un mero juego o técnica, sino un acto moralmente significativo el cual, como otras elecciones para actuar, será sólo plenamente razonable si se encuentra en línea con la realización humana integral. *Por lo que existe una medida común a ambas dimensiones: la corrección o solidez (soundness) moral*⁴⁴.

En consecuencia, la crítica anterior de Finnis ha salido ya de la película. Todos los casos difíciles pueden ser medidos sobre la base de un baremo común: su adecuación moral. ¿Quiere decir ello que Finnis acepta ahora la tesis de las respuestas únicamente correctas de Dworkin? La respuesta a este interrogante es *no*. Para seguir negando la existencia de respuestas únicamente correctas, Finnis utiliza un argumento en "Commensuration and Public Reason", el cual expondré a continuación.

⁴² J. Finnis, "Commensuration and Public Reason", pág. 231.

⁴³ Ver Massini, "Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta", sobre verdad y eticidad.

⁴⁴ *Idem*.

El argumento de Finnis tiene que ver con su teoría del razonamiento práctico. Es sabido que para Finnis, la moral puede ser resumida como "la razonabilidad liberada de las cadenas de la emoción", por lo que todo acto motivado en *emociones o sentimientos* del sujeto no es, *strictu sensu*, "moral". En los casos difíciles, afirma Finnis, entran en juego las *emociones* (por ej. del juez), razón por la cual no puede ser un acto "racional", y mucho menos, tener una única respuesta correcta desde el punto de vista moral. ¿Por qué entran en juego las emociones? Por qué para Finnis, en los casos difíciles entra plenamente en juego lo que se conoce como la "Regla de Oro" o "principio de equidad (*fairness*)". Como dice nuestro homenajeado:

Si bien la equidad (*fairness*) es una norma racional que exige que uno trascienda todas las emociones racionalmente no-integradas, la aplicación concreta de la misma en la vida personal presupone una suerte de conmensuración de los beneficios y cargas que la razón se muestra impotente de conmensurar. Pues, para aplicar la Regla de Oro, uno debe saber cuáles son las cargas que considera como *demasiado grandes* para ser aceptadas. Y, este conocimiento, al ser una conmensuración pre-moral, no puede ser una conmensuración a través de la razón... Esta no es una conmensuración objetiva y racional de bienes y males. Pero una vez establecida... esta conmensuración a través de emociones permite a uno que mida sus opciones a través de un *standard* racional y objetivo de imparcialidad interpersonal⁴⁵.

A continuación, Finnis explica cómo la mayoría de las decisiones de una comunidad son efectuadas análogamente a través de *decisiones* que no son enteramente determinadas por la razón sino que implican de alguna manera una conmensuración pre-moral:

En la vida de una comunidad, la conmensuración preliminar de factores inconmensurables se logra no por juicios racionalmente determinados sino por *decisiones*... Y estas también deben seguir el marco establecido por el principio maestro de la moral... ¿Es justo imponer a los demás el riesgo inherente a conducir un vehículo a más de 15 km/h? Si lo es, en nuestra comunidad, pues nuestra comunidad ha *decidido* por costumbre y ley que esos riesgos y daños *no son demasiado grandes*. ¿Tenemos una crítica racional de una comunidad que ha decidido limitar el tráfico vial a 15 km/h... o de una decisión de no tener la institución del *trust*, o de los *constructive trusts*? No, no tenemos una crítica racional de tal comunidad. En suma, la decisión de permitir que el tráfico vial proceda a más de 15 km/h... o de definir al *trust* como lo hace el derecho inglés es una decisión racionalmente sub-determinada⁴⁶.

⁴⁵ CPR, pág. 227. Aclarando que esta "conmensuración pre-moral" debe ser realizada a través del *spoudaios* aristotélico, del *fronético* como diría el Prof. Massini.

⁴⁶ CPR, pág. 228.

Sin embargo, y al igual que en el caso de la Regla de Oro, esta decisión aparentemente arbitraria (*decisionista, emotivista*) tiene una medida racional, la imparcialidad:

Si tenemos, sin embargo, una crítica racional de alguien que conduce a 80 km/h pero que, al ser embestido por alguien que conducía a 50 km/h, se queja de que esa velocidad, per se, es negligente. O de alguien que está deseoso de recibir los beneficios (por ej. las exenciones tributarias) de un *trust*, pero que no está dispuesto a aceptar la distinción entre un *trust* y un contrato en un supuesto de insolvencia. Y, en general, tenemos una crítica racional de aquellos que aceptan los beneficios de una que otra decisión comunal pero que rechazan las cargas correlativas cuando recaen sobre su persona o sobre aquellos en los cuales tiene algún tipo de interés⁴⁷.

Cosa parecida ocurre, según Finnis, en los casos difíciles. Si bien ya no acepta la inconmensurabilidad de las dimensiones de “ajuste” e “inconmensurabilidad”, Finnis confuta a Dworkin diciendo que “sigue siendo cierto que la relación de la importancia moral de distintos grados de ajuste y corrección moral será comúnmente una cuestión de equidad (*fairness*)”⁴⁸. Y, como se sigue de la argumentación del oxoniense que toda cuestión de equidad se halla determinada más por *emociones* que por *razones* —pues hay que determinar *cuáles son las cargas que existen*—, la elección sigue siendo no racional, por lo que no puede afirmarse que la razón nos da una respuesta correcta a todo caso difícil. Así, “la conmensuración aquí debe ser llevada a cabo mediante el discernimiento de las emociones de uno mismo. No es la razón, ya sea moral o técnica, la que fija a cada juez la postura que debe tomar en las cuestiones estratégicas que otorgan los casos difíciles...”⁴⁹.

¿Significa esto que en los casos difíciles la razón se muestra impotente, que caemos en un decisionismo fácil, y peor, en el imperio de la arbitrariedad del derecho? No. Finnis, coherente con su cosmovisión ética⁵⁰,

⁴⁷ *Idem*. Así, la Regla de Oro explica (en forma parecida al argumento de Hart en su artículo “Are There Any Natural Rights?”, reimpresso en Waldron (ed), *Theories of Rights*, OUP, Oxford, 1986, la obligación de obedecer el derecho de una comunidad.

⁴⁸ *Idem* pág. 231.

⁴⁹ *Idem* 232.

⁵⁰ Expresada, por ejemplo, en “Natural Law and Legal Reasoning”, pág. 147-8: “¿Cuál, podría uno preguntarse, es el fundamento para regular mis elecciones de acuerdo a la razón-*en-contra* antes que por la razón-*para*? Para repetir, dicho fundamento no puede ser afirmado sin referencia alguna a los rasgos del mundo en que vivimos, que es el contexto fundamental de todas las elecciones humanas. Opciones para las cuales existen razones *para* mi elección son infinitas en número. Pero, como el ser humano es finito, sencillamente no puede hacer todo, ni tampoco puede elegir todas las opciones para las cuales existen razones. Pero sí puede abstenerse de hacer cualquier cosa; puede respetar toda razón-*en-contra* sería. Por tanto, un deber incondicional o absoluto afirmativo (deber *de hacer*...) impondría una carga imposible y sería irracional; pero los absolutos morales negativos (deberes de *no hacer*...),

entiende que si bien la razón por sí misma no tiene la fuerza para resolver *positivamente* estos casos, sí sirve como una suerte de “descalificadora negativa” de las decisiones que *bajo ningún punto de vista se pueden tomar*. Este argumento es casi idéntico al que utiliza Finnis para refutar el ejemplo del joven francés citado por Sartre en contra de la moral tradicionalmente concebida. Así, concluye Finnis: “En estos casos difíciles, la razón no hace nada más (y nada menos) que... descalificar a innumerables “soluciones” como contrarias a la razón, y por ende equivocadas, pero sin identificar a ninguna como la *únicamente* correcta”⁵¹. Repetimos: no es que haya aquí carta blanca para cualquier solución. Las consideraciones morales (los bienes humanos básicos, los principios y normas morales) serán siempre “cartas de triunfo” sobre las no-morales (por ej. un supuesto de violación de derechos humanos o absolutos morales), pero si ambas son no-morales (en el sentido fuerte del término), entonces la razón será impotente como *baremo de la respuesta únicamente correcta*⁵².

IV. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE FINNIS

Puede decirse, a la luz de lo que hemos venido resumiendo más arriba, que a pesar de haber modificado su posición, Finnis sigue manteniendo que la razón no puede otorgar una solución únicamente correcta para todos los casos difíciles. Muy por el contrario, para el profesor de Oxford, este tipo de planteamientos distorsiona la realidad moral humana. Como tal, están mal enfocados. La moral —entendida como la razonabilidad plena, libre de cadenas—, sólo puede imponer deberes morales negativos absolutos, no deberes positivos absolutos, pues ello supondría imponer a los seres humanos una “carga imposible e irracional”.

Para Finnis, tanto en la vida del individuo como en la de la comunidad, un gran número de circunstancias no obedecen a *exigencias estrictas*

si son sostenidos correctamente y con atención a la distinción entre intención y sus efectos secundarios, pueden ser adheridos siempre y en toda circunstancia por todos”.

⁵¹ *Idem* anterior.

⁵² Una conclusión similar es la que sostiene Atienza: “si la razón no es capaz de contestar —o, al menos, no en todos los casos o en forma completa— a la cuestión de que debemos hacer... parecería entonces que para la resolución de esos problemas necesitamos contar con algo más que con la razón. Y ese algo más seguramente no pueda ser otra cosa que las emociones, las pasiones. Los jueces... en casos difíciles... no tendrían que estar adornados únicamente de lo que podemos llamar virtudes de la racionalidad práctica, sino que deberían poseer también otras cualidades —la lista la tomo de MacCormick—, como buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión o valentía. En definitiva, una teoría de la razón práctica tendría que ser completada con una teoría de las pasiones... En definitiva, lo emocional pudiera ser no sólo un elemento a añadir a lo racional, sino un componente de la propia racionalidad”. M. Atienza, *Tras la Justicia*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, págs. 139-141.

de la moral sino más bien a decisiones pre-morales que involucran una conmensuración que la razón es impotente de hacer. Si a ello se suma el hecho de que en la mayoría de los casos difíciles se plantean cuestiones de “equidad” (*fairness*) que requieren por definición la utilización de las *emociones* de los sujetos, se refuerza la tesis de que no puede darse una única respuesta *racional* a los casos difíciles en el derecho⁵³. Esto, finalmente, no significa que las respuestas deben por tanto ser irracionales ni mucho menos; la racionalidad práctica juega aquí un papel fundamental, al “descalificar” absolutamente soluciones inmorales (como las que atenten contra un bien básico, o un principio moral fundamental).

Esta tesitura, para Finnis, está plenamente en línea con la “tradición central de occidente”, como él mismo lo afirma (y a contrario de lo que le imputa Massini):

Una teoría de la ley natural en la tradición clásica no pretende que la razón natural pueda identificar la única respuesta correcta a las innumerables cuestiones que surgen ante el juez cuando las fuentes son poco claras... En la visión clásica, expresada por Tomás de Aquino con una clara deuda a Aristóteles, existen muchas maneras de equivocarse y de hacer el mal; pero en muchas –quizás casi todas– de las situaciones de la vida personal y social existen muchas opciones correctas (i.e. no-equivocadas) incompatibles⁵⁴.

V. EL PROF. MASSINI Y LA RESPUESTA “MÁS JUSTA”

Para Massini, al entrar Finnis al debate de la respuesta únicamente correcta tal cual lo concibió Dworkin, ha quedado prisionero de los términos impuestos por éste. Ello lo lleva a (i) alejarse peligrosamente de la “tradición central”, por un lado, y (ii) a abrazar peligrosamente un “emotivismo” o “decisionismo” ético. Ello, según Massini, se debe a un *lapsus calami* de Finnis: haber concebido al problema desde la óptica de respuestas “correctas/incorrectas”, cuando lo que corresponde, dentro de la tradición iusnaturalista adecuada, es considerarlo como un problema de respuestas “justas/injustas”. Y todavía más; para resolver los casos difíciles se debe utilizar el criterio *fronético*, es decir, la *phronesis* aristotélica, la *prudencia* tomista, o, para recurrir a la terminología finnisiana, la “razonabilidad práctica”. Cuando se resuelve un caso de acuerdo a esta

⁵³ Finnis siempre ha mantenido que una teoría moral adecuada no puede ser comprendida sólo en términos racionales, sino también deben considerarse a las pasiones y emociones. En *Aquinas* insiste repetidamente que esta es igualmente la postura del Aquinate. Finnis, *Aquinas*, Oxford, 1998, pág. 75.

⁵⁴ NLLR, pág. 151-2.

virtud clásica, afirma Massini, la perspectiva es mucho más fructífera e interesante.

De paso, Massini señala que pasar de concebir la solución de “justa” a la “correcta” es propio del paso en falso dado con el tránsito a la modernidad, que pasó de una ética de lo “bueno” a una de los “deberes” (de Aristóteles a Kant). Como ha dicho García-Huidobro siguiendo a Abbá, “la moral moderna es una moral de deberes y se expresa en reglas imperativas. La ética clásica en cambio, parece ser una ética de la felicidad, y su criterio de acción no lo constituye un conjunto de normas sino un paradigma: la conducta del hombre maduro en razonabilidad práctica”⁵⁵.

No voy a decir aquí nada con respecto a la transformación de la moral, pues sería ir mucho más allá de mi objetivo aquí. Lo único que me gustaría es recordar las palabras del profesor Miguel Rodilla de la Universidad de Salamanca, quien en un análisis de Finnis ha sostenido en forma provocativa que el gran problema de su filosofía moral es que “vacila incesantemente entre una ética del bien y una ética del deber”⁵⁶. De ser esta tensión verdadera, ella explicaría en parte la crítica que le hace el Prof. Massini.

Pero sí me gustaría decir que Finnis en varias oportunidades –por ejemplo, en *Fundamentals of Ethics*– ha afirmado que esta clasificación en éticas “de deber” y éticas de “lo bueno” es quizás demasiado esquemática y que no describe bajo ningún punto de vista su teoría ética. Así, esta bifurcación –es decir, la distinción entre éticas “deontológicas” y “teleológicas”– le parece a Finnis demasiado simple (y equivocada). Para el maestro oxoniense, esta clasificación no acomoda a las éticas platónicas, aristotélicas y tomistas, pues todas tienen su carácter deontológico, expresado en normas particulares y generales, y, al mismo tiempo, estas normas sólo pueden ser comprendidas sobre la base de los bienes que las mismas persiguen y protegen. En síntesis, no tiene dudas de que ciertas cuestiones morales son definitivamente *normas, principios, o deberes (etc.)* –notablemente, los absolutos morales negativos– pero por otra parte que ellos sólo tienen sentido en cuanto a una concepción de la vida buena del ser humano⁵⁷.

De ser correcta esta postura –y yo creo que tiene sólidos fundamentos– me parece que gran parte de las ideas de Massini no son del todo adecuadas.

⁵⁵ García-Huidobro, J. *Razón práctica y derecho natural*, EDEVAL, Valparaíso, 1993, pág. 68.

⁵⁶ Palabras pronunciadas en el Salón de Grados, Univ. Salamanca, el 3 de junio de 2005.

⁵⁷ Finnis, *Fundamentals of Ethics*, pág. 84. Ver también Cristóbal Orrego, *Estudio Preliminar*, pág. 25, nota 37, y pág. 26.

En cualquier caso, voy a dejar de lado esto *ad arguendo*, y pasaré a entrar ya al análisis de la postura del Prof. Massini sobre la respuesta "más justa".

Aquí, me gustaría primero distinguir tres formas de interpretar su posición, las cuales varían en intensidad en algunos pasajes de su artículo, incluso en forma en ocasiones contradictoria.

Así:

- (i) *La tesis "débil" de la respuesta más justa*: La primera, que llamaré la tesis "débil", sería la indicación a los jueces de que en todo caso que se les presenta en sus despachos, deben utilizar la virtud *fronética* de la prudencia o "razonabilidad práctica" para llegar a decisiones justas.
- (ii) *La tesis "fuerte" de la respuesta más justa*: La segunda interpretación, que llamaré la tesis "fuerte" no se limita a decir que los jueces deben utilizar el paradigma de la virtud de la razonabilidad práctica para decidir casos difíciles, sino que además, sostiene que *en todo caso difícil es posible encontrar la respuesta "más justa"*.
- (iii) *La tesis de la respuesta más justa como "motivadora de la acción humana"*: la tercera interpretación de la respuesta más justa parece ser más bien una propuesta de la motivación de la acción humana. Ello es especialmente notable cuando Massini se refiere a las dos posibilidades que se mencionan (o abstención del juicio particular o decisionismo) sin atender a la tercera vía (la decisión *fronética* más justa); la idea se ve capturada en la frase que en estos casos la "alternativa ha de ser única, ya que de lo contrario no sería posible alcanzar una decisión acerca del obrar, de cualquier tipo que esta sea"⁵⁸.

Me parece que en diversos pasajes, el Prof. Massini va de una tesis a otra, sin apuntar que la distinción en cada una de las tres posibles tesis es *radicalmente importante*. Estas distinciones, en consecuencia, me parecen más que saludables desde el punto de vista analítico, sobre todo pues mi parecer varía grandemente según una u otra interpretación.

Brevemente voy a atender dos de estas interpretaciones, para pasar luego a analizar la tesis "fuerte", pues es la que me parece más interesante.

LA INTERPRETACIÓN DE LA TESIS COMO "DÉBIL" (I):

Si la tesis del Prof. Massini se interpreta desde el punto de vista débil, me parece que muy pocos tendrían algo que objetar a la misma. Un juez mínimamente decente recurrirá siempre –o al menos, intentará hacerlo– a

⁵⁸ Massini, "Dworkin, Finnis y la "única respuesta correcta".

la sabiduría práctica para resolver un caso. En esta postura, estoy seguro, no hay discrepancias importantes entre Finnis y Massini.

LA INTERPRETACIÓN DE LA TESIS COMO DETERMINANTE DE LA VOLUNTAD (III):

En otros pasajes, como he dicho, el Prof. Massini da a entender que la única forma de llevar a cabo una decisión práctica es si hay una respuesta mejor (i.e., la más justa). Así, señala entre otras cosas que "si no existiera en concreto una alternativa *mejor*, i.e., más adecuada a la concreta determinación del bien humano, la voluntad no podría *entender* su puesta en existencia y mover entonces las potencias operativas a su realización... esta determinación a una solución concreta considerada la mejor, sólo puede llevarse adelante con el concurso de la voluntad, que quiere o *intende* un determinado curso de acción... esa intención de la voluntad lo será hacia la solución más justa si esa misma voluntad está perfeccionada por la virtud de la justicia, que es la que mueve el querer hacia la solución más adecuada al bien humano en materia jurídica"⁵⁹.

Es obvio que estamos ante uno de los temas más complejos de la filosofía de la acción humana; un tratamiento completo es el (también señalado por Massini) que hace Finnis en *Aquinas*⁶⁰. Por ello, sólo me limitaré a tres breves comentarios.

En primer lugar, si efectivamente existe una "respuesta mejor (i.e., única)", entonces me pregunto: ¿qué pasó con el libre albedrío? ¿En dónde queda la libre elección? Y es que si hay una respuesta única mejor, entonces la razón debe elegirla siempre, y todo el problema de la libre elección desaparece de escena. Como dice Finnis, en estos casos "la elección moralmente significativa sería innecesaria y con una calificación imposible", ya que la razón sería "incalificadamente superior... y racionalmente sin oposición... no quedaría una *elección* del tipo que las teorías morales buscan guiar"⁶¹.

En segundo lugar, si se dice que lo arriba dicho es falso (i.e., que siempre hay más de una opción, sólo que una puede aparecer como superior), entonces me parece que podría haber una confusión, bien apuntada por Finnis, sobre la fenomenología propia de la elección en un caso difícil:

Después de que uno ha elegido, los factores que favorecerían la opción elegida generalmente parecerán pesar o tildar la balanza más que aquellos que favorecerían las opciones alternativas rechazadas. La opción elegida -hacer x, adoptar la regla

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Finnis, *Aquinas*, págs. 62-71.

⁶¹ Finnis, "Natural Law and Legal Reasoning", pág. 146.

o interpretación y— comúnmente parecerá (a la persona que ha elegido, si no a los demás espectadores) como poseedora de una supremacía —de una corrección—, única. Pero este sentido de supremacía, de corrección de una opción (la elegida), no alterará la verdad que la elección no fue determinada racionalmente, i.e. no fue guiada por una identificación de una opción o respuesta como “la correcta”. (Y esto no significa que la elección haya sido irracional; fue hecha entre opciones racionalmente atractivas)⁶².

Por último, me parece que lo justo *per se* no puede servir como motivador de acción; sólo el bien humano (básico) puede servir en última instancia como una genuina *razón para actuar*⁶³. Por ello, creo que la fórmula “solución más justa” *es en cierto sentido vacua, ya que siempre se remitirá por necesidad a una referencia a los bienes humanos*. Y, cuando llegamos al estadio de los bienes humanos, *ex definitione* habrán situaciones en las que no habrá una respuesta única, o mejor. Esto lo argumentaremos más abajo⁶⁴.

VI. LA TESIS “FUERTE” DE LA DECISIÓN MÁS JUSTA Y SUS PROBLEMAS

He atendido hasta aquí dos de las posibles interpretaciones de la tesis “más justa”. Ahora me dispondré a cuestionar la interpretación de la tesis “fuerte”, es decir, aquella según la cual en todo caso difícil existe una respuesta que puede ser calificada como la “más justa”. Entiendo que existen problemas para sostener tal afirmación. En lo que sigue, intentaré explicar por qué creo que ello es así.

PRIMERO: ¿ESTÁN DWORKIN Y MASSINI DE ACUERDO?

Quiero atender una objeción que haría que la tesis del Prof. Massini se disuelva en la dworkiniana. Esta objeción iría en el orden de las siguientes líneas: “la diferencia entre la respuesta “correcta” y “justa” no es demasiado importante, y además, pueden utilizarse intercambiamente ambos términos como sinónimos a todos los efectos prácticos. Además, cuando Dworkin habla de respuestas correctas, entiende a las mismas como las más justas, equitativas, etc.”.

⁶² *Idem* anterior. Asimismo se expresa un pensador ajeno a la tradición central, pero que ha observado esto con clarividencia; ver Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, OUP, Oxford, 1986, pág. 339 y sgts.

⁶³ Esto, por supuesto, es el núcleo del pensamiento Grisez-Finnis.

⁶⁴ *Infra*, “la moral y el derecho son horizontes”. Tampoco es posible enfrentar a los así denominados “dilemas morales” en los cuales ambas decisiones suponen un mal. Ver Raz, *The Morality of Freedom*, págs. 357 y sgts.

No debe olvidarse, por un lado, que la palabra “right” en inglés es la más cercana a “derecho”, y que “derecho” puede ser entendido estrictamente como lo “justo”⁶⁵. De esa forma se minimizarían las diferencias posibles entre “correcto” y “justo” y la tesis fuerte massiniana seguiría el mismo camino que su antecesor, la respuesta “correcta”. Me gustaría recordar, por ejemplo, que un iusfilósofo más que versado en idiomas, el Prof. Vernengo, ha traducido en una crítica a Dworkin los términos de esta forma: “Si acepto, que existen sistemas jurídicos mejores (o peores) que otros, y que todo caso admite una *solución correcta (o justa)* (sic, énfasis añadido)”⁶⁶. Es decir, utiliza a ambos términos como sinónimos, bajando el nivel de la diferenciación que es clave para la argumentación de Massini.

Esta posible interpretación se fortalecería, además, por el hecho que en diversos pasajes claves de *Law's Empire* Dworkin se refiere repetidamente a las respuestas correctas en términos de “justicia”, “equidad”, etc.⁶⁷. En ocasiones, para Dworkin la respuesta “correcta” es la “más justa”. Así, pueden encontrarse varios pasajes en los que en *Law's Empire* Dworkin indistintamente se refiere a lo justo, al debido proceso, a la equidad, etc.: “el juicio político (del juez)... reflejará no sólo sus opiniones sobre la *justicia y la equidad*, sino también sus convicciones de alto-nivel sobre cómo estos ideales deben ser comprometidos cuando compiten uno con el otro”. O: “la respuesta de Hércules dependerá de sus convicciones de las dos virtudes constitutivas de la moralidad política: la justicia y la equidad”; o nuevamente, “de acuerdo con el derecho como integridad, las proposiciones del derecho son verdad si siguen de principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la comunidad”⁶⁸.

De acuerdo con esta interpretación, la respuesta correcta sería similar a la más justa, equitativa, etc., por lo que el planteamiento de Massini no terminaría resolviendo el problema, sino más bien, disolviéndose en alguna de las posibles interpretaciones de la teoría dworkiniana.

Sin embargo, no quiero ahondar demasiado en esta objeción, por dos razones: si es acertada, debo terminar aquí mi crítica. Pero, en segundo lugar, me parece que en cualquier caso lo que es “justo” para Dworkin

⁶⁵ Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 1994.

⁶⁶ Vernengo, R. “El Derecho como Interpretación e Integridad”, en Squella (ed), *Dworkin, Estudios en su Homenaje*, pág. 35.

⁶⁷ Esto ha llevado a Joseph Raz a afirmar que Dworkin no es un coherentista jurídico como se cree, pues el derecho es la interpretación *más justa, mejor, etc.* y no la más coherente. Ver el ensayo de Raz, “The Relevance of Coherence”, en *Ethics in the Public Domain*, OUP, Oxford, 1994.

⁶⁸ Dworkin, *Law's Empire*, pág. 256, 231, y 225.

no es lo que el Prof. Massini entiende precisamente por justo, por lo que puede seguirse el tren argumentativo.

SEGUNDO: LA VAGUEDAD INERRADICABLE DEL DERECHO

En segundo lugar, la tesis de la solución “más justa” no puede, a mi modo de ver, explicar satisfactoriamente el fenómeno de la vaguedad intrínseca e inerradicable del *derecho* (y no meramente del lenguaje). Es interesante recurrir aquí a la obra de Timothy Endicott, y especialmente a la paradoja de los “sorites”⁶⁹ (*sorites paradox*), pues ella demuestra que un juez consistente no podrá llegar en todos los casos a la solución “más justa” sin caer en algún momento en una arbitrariedad, en una injusticia no justificable.

Trataré de explicar en la forma más breve posible el concepto de la paradoja. Como el lenguaje es generalmente vago (“*textura-abierta*”), existen conceptos que se aplican con cierta tolerancia. El ejemplo de Endicott es decir que una persona es “calva”. Si carece de pelos, podemos decir sin certeza que es “calva”. Ahora bien, ¿qué pasa si vamos agregando uno a uno pelos hasta llegar a 150,000?

Por ejemplo:

X_0 es calvo

Si X_0 es calvo, entonces X_1 es calvo.

X_1 es calvo.

Si X_1 es calvo, entonces X_2 es calvo.

X_2 es calvo.

Y así sucesivamente, hasta llegar sucesivamente a la afirmación que $X_{150,000}$ es “calvo”. Como dice Endicott, esta conclusión es paradójica: la conclusión es falsa, pero parece haber sido llegada mediante un razonamiento válido (la aplicación repetida de un *modus ponens*), de premisas que son verdaderas⁷⁰.

Esta paradoja de las “sorites” es trasladada por Endicott al campo del razonamiento judicial, para demostrar que es imposible decir que en todos los casos la decisión del juez puede ser la “correcta” (y, por extensión, la más justa)⁷¹. El argumento de Endicott es que la vaguedad

⁶⁹ Sorites: raciocinio compuesto de muchas proposiciones encadenadas, de modo que el predicado de la antecedente pasa a ser sujeto de la siguiente, hasta que en la conclusión se une el sujeto de la primera con el predicado de la última. Diccionario de la Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición.

⁷⁰ Endicott, *Vagueness in Law*, pág. 32.

⁷¹ *Idem*, pág. 57 y Capítulo VIII.

del derecho hace que sea *necesario* que existan casos en los que no se puede distinguir de una solución y otra sobre la base de un principio, como que es la “más justa”. Para ello, propone el ejemplo de “Los un millón de conciertos musicales”. Existe en Inglaterra una ordenanza que permite a la policía suspender un concierto siempre y cuando el volumen sea “muy alto” y pueda causar un “disturbio serio” a los demás vecinos. Endicott nos pide que imaginemos una noche en que se celebran simultáneamente un millón de conciertos en una localidad. La dificultad radica en que el primer concierto fue llevado a cabo con música a un volumen ensordecedor, mientras que el último fue llevado adelante con un sonido apenas perceptible al oído. Así, cada organizador de concierto tocaba la música a un volumen imperceptiblemente más bajo que el anterior: de lo ensordecedor a lo imperceptible. En consecuencia, si el decrecimiento del volumen es trivial, parece no existir una línea que pueda ser trazada con justicia. Entre dos sucesivos acusados, no habrá una diferencia que pueda ser perceptible (a no ser con instrumentos científicos de avanzada). La decisión de encontrar a un organizador como violador de la ordenanza y al siguiente no, parece ser arbitraria, si no existe un límite claro para la expresión “disturbio serio”. Como dice Endicott, un juez debe siempre poder justificar *razonablemente* sus resoluciones, y, “¿cómo puede un juez justificar el trato diferente en cada (uno de estos casos)? Si los casos iguales deben ser tratados en forma similar, el trato jurídico de los dos casos no debe ser materialmente distinto cuando no existe una diferencia material entre ellos”⁷².

El ejemplo puede ser multiplicado. Piénsese en la aplicación del concepto de “pena o castigo excesivamente cruel” (“*cruel and unusual punishment*”). Veinticuatro horas de confinamiento solitario es cruel. Veintitrés horas, cincuenta y nueve minutos es cruel. Veintitrés horas, cincuenta y ocho minutos es cruel... Y así hasta llegar a la respuesta (claramente errónea) de que “un minuto es un castigo cruel”⁷³. Esta nueva paradoja significa que la vaguedad del lenguaje y el derecho hace imposible que pueda justificarse *racionalmente* la diferencia entre una y otra decisión, al punto que no pueda decirse que una solución sea más “justa” que la otra.

La implicancia de estos argumentos (que son en realidad mucho más complejos) es la siguiente: existen casos (muchos) en los que ni todos los recursos de la argumentación jurídica llevarán a una respuesta únicamente correcta, o más justa. La diferencia mínima entre una hipótesis

⁷² *Idem*, pág. 58.

⁷³ Otros ejemplos paradigmáticos (del derecho privado), son los de la buena fe en la ejecución de obligaciones contractuales o la culpa como estándar de conducta; la vaguedad aquí no tiene límites.

y otra hace imposible la aplicación del principio de “tratar igualmente los casos iguales”.

Esto, de más está decir, no significa que el juez en estos casos deba tirar la toalla. Debe ejercer la tesis “débil” de la respuesta más justa: actuar prudentemente. Pero sí significa que hay casos en los que no puede decirse razonablemente que exista una respuesta correcta o más justa.

TERCERO: LA MORAL Y EL DERECHO SON “HORIZONTES ABIERTOS”

Todas las objeciones que se han hecho arriba me parecen ceder en importancia ante lo que me parece la objeción fundamental a la posición del Prof. Massini. La objeción es la siguiente: tanto la moral, como el derecho, *son fundamentalmente áreas de razonamiento práctico abiertos (“open-ended”)*; son, en las palabras del Prof. Irala Burgos citadas al inicio de este trabajo, “un horizonte antes que un marco”.

Esto tiene una consecuencia clave en la distinción hecha por Finnis en *Aquinas* (y en todas sus demás obras) entre la “moral negativa” y la “positiva”; mientras que en la primera hay (pocas) reglas o principios absolutos e inexcusable, en la segunda no hay límites para lo que positivamente pueda hacerse. En puridad, este carácter abierto del razonamiento práctico tiene su corolario en la “realidad” de la libre elección del ser humano, en el sentido de que hay casos en los que hay *más de una respuesta no-irrazonable*, por lo que no hay nada que no sea la *elección* misma la que decida la cuestión. Y ello no es caer en un *decisionismo*, sino aceptar la realidad de la moral y condición humana.

Un ejemplo de la interdependencia radical que existe entre las normas positivas y las negativas de la moral bien explicado por Finnis es el matrimonio. Las normas negativas de fidelidad prohíben, en forma absoluta, al adulterio. Ahora bien, en cuanto a las normas positivas o afirmativas, las mismas son inacabables, pues se fundan en la cooperación leal y creativa de llevar adelante todos los asuntos del hogar, la crianza de los hijos, etc. Esto exige el “ejercicio constante del juicio, de la inventividad, la alerta a las necesidades y ventajas, disciplina y relajación y todo tipo de virtudes morales”⁷⁴.

Por otro lado, esto tiene otro corolario: en algunos supuestos, hay respuestas morales únicamente correctas (o justas); pero en la mayoría de los casos, *no puede hablarse de que la razón tenga la fuerza o capacidad para decidir que una respuesta sea la únicamente correcta o la más justa*. Sostener lo contrario sería caer en un “optimismo moral racional” extremo. Me parece, además, que Finnis está en lo cierto al

⁷⁴ Finnis, *Aquinas*, pág. 169.

decir que esta postura *no es la de la tradición central de occidente*; por el contrario, esta tradición ha reconocido siempre la imposibilidad de la razón para dar respuestas *únicamente* correctas (o justas) en todos los casos posibles e imaginables.

Lo mismo ocurre, a mi modo de ver, con la justicia, que no es sino un aspecto de la *razonabilidad práctica*, vale decir, de la moral. Como una especie del *genus*, posee la misma fenomenología. (Por supuesto que esto presupone que la justicia no es una "cosa", o como dice Finnis, un "estado de cosas", sino una verdadera exigencia de la razonabilidad práctica, una verdadera norma moral)⁷⁵.

A continuación, voy a hacer unas observaciones más al respecto:

1... Dada la inconmensurabilidad de los bienes humanos (básicos), *por necesidad existirán, en la mayoría de los casos, muchas respuestas razonables pero incompatibles*.

Existirán, asimismo, un número limitado de respuestas *irrazonables* que no pueden ser realizadas bajo ningún punto de vista. Son, por supuesto, los absolutos morales negativos o inexcusables.

En estos casos, como sugiere John Finnis, lo único que la razón puede decidir válidamente es *cuáles alternativas no pueden ser seguidas bajo ningún punto de vista*; pero carece de potencia definitoria en cuanto a *cuál de las posibles soluciones razonables es la que debe ser elegida*.

El caso paradigmático es el (extremadamente ilustrativo) de la refutación de Sartre que hace Finnis en *Ley natural y derechos naturales* del joven francés⁷⁶.

Por otro lado, debe reconocerse aquí que el Prof. Massini acepta la tesis de la inconmensurabilidad, pero para que ella no tire por la borda su argumentación, la limita al nivel *principal*, no aplicándose al *fronético*. Así, si bien en principio los bienes no pueden ser mezclados y conjugados (pues son irreducibles), en el acto particular sí se podría hacer esto ("la realización efectiva de la más armónica y completa posible concreción de los bienes humanos"). Pero esto, por supuesto, no es así. O al menos, si aceptamos (como lo hace Massini), la tesis finnisiana de la inconmensurabilidad. La inconmensurabilidad se aplica tanto en el nivel principal como en el fronético; ya que de lo contrario admitiríamos que en casos concretos *sí* se pueden conmensurar los bienes aunque en teoría ello no pueda hacerse. Esto, por supuesto, va en contra de la tesis de Finnis, para quien la inconmensurabilidad se aplica a las "acciones personales de uno", es decir, a los casos determinados⁷⁷.

2... En los casos de inconmensurabilidad de bienes, las decisiones a tomar serán siempre hasta cierto grado "arbitrarias". Arbitraria aquí debe ser entendido como resultado de la libre elección humana, no como sinónimo de "vale todo". En estos

⁷⁵ Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, pág. 204.

⁷⁶ Ver J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, pág. 205, el joven que duda entre quedar a cuidar a su madre anciana o ir a la guerra.

⁷⁷ Así, J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, pág. 141.

casos, la decisión será realizada como explica Finnis sobre la base de una serie de “conmensuraciones” en las cuales uno aplicará los conocimientos y discernimientos propios de su vida, su experiencia, etc. También, en esos casos, no será la razón *por sí* la que resuelva la situación, sino más bien una mezcla de la razón con las emociones del sujeto⁷⁸. Pero una vez elegida, la misma fijará –al igual que el caso de la comunidad que decide tener un *trust* o una teoría de la causa de las obligaciones contractuales– un parámetro racional y objetivo de imparcialidad similar a la Regla de Oro.

3... Lo que se ha afirmado hasta aquí respecto a cuestiones morales no estrictamente relacionadas con la justicia (pues: hay deberes morales que no tienen que ver con la justicia) *puede también ser extendido al ámbito propio de la justicia*.

Es decir, la justicia es igualmente un horizonte y no un marco algorítmico en el cual estén claramente determinadas las “mejores” soluciones *ex ante*.

En muchos de los casos de decidir cuál solución es la justa –la exigida por la razón para fomentar el bien común– habrá una indeterminación análoga a la de la incommensurabilidad de los bienes. Como explica Finnis, “aquí tiene una paliación importante el famoso dicho de Aristóteles, a menudo usado más de la cuenta, en cuanto a no exigir demasiada precisión al determinar las exigencias de la razonabilidad práctica”⁷⁹.

En la mayoría de los casos, se darán dos o más soluciones que pueden ser calificadas como justas. Por ello, se deberán determinar sobre la base de los hechos del caso diversas cuestiones, muchas de las cuales involucrarán el trabajo de las emociones y discernimientos del juzgador. En este sentido, la razón sólo podrá decir “tales soluciones son descalificadas por irrazonables” pero nada más; el resto quedará al ejercicio de una decisión concienzuda del juez.

Así, por ejemplo, en el caso de la Sra. McLoughlin, entiendo que al menos dos soluciones de las propuestas por Dworkin son *justas o razonables*. Por ello, decir que una de ellas era la “más justa” me parece un acto casi arbitrario –¿dónde trazar la línea?– y no un acto de decisión moral racional *per se*. Recordemos que no existe aquí el “procedimiento racional constructivista” del tipo del que buscan Rawls y Dworkin. Insisto aquí, pues la objeción me parece importante: ¿cómo determinar la solución “más” justa? ¿Más justa con relación a qué? ¿Qué cualidad debe tener la solución para ser la “más justa”? ¿No estamos más bien ante una idea tan general que es imposible concretizarla en todos los casos? Y, ¿no es cierto, como dice Finnis, que ante esta situación el juzgador necesariamente hará una valoración emocional del caso –“historicista” o “relativo-al-contexto”, si se quiere–, lo que hará que la solución esté siempre racionalmente *sub-determinada*?

⁷⁸ Repetimos aquí: Finnis siempre ha mantenido que una teoría moral adecuada no puede ser comprendida sólo en términos racionales, sino también deben considerarse a las pasiones y emociones. En *Aquinas* insiste repetidamente que esta es igualmente la postura del Aquinate. Finnis, *Aquinas*, pág. 75.

⁷⁹ J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, pág. 204. Ver asimismo Aristóteles, *Nic. Ethics*, I, 3: 1094b12-14.

Creo que la respuesta es que sí.

Este análisis, por otra parte, es plenamente compatible con la idea que el razonamiento moral es "abierto", y que en la mayoría de los casos las decisiones humanas están racionalmente *sub-determinadas* (lo cual no quiere decir que sean arbitrarias).

En suma, entiendo que en los casos difíciles, como afirma Finnis, el juez tiene "un rol creativo"⁸⁰ similar (pero no idéntico) al de una legislatura, por lo que se hacen plenamente análogos los argumentos de la inconmensurabilidad del juicio práctico. En ambos supuestos, hay un gran número de decisiones que están racionalmente *sub-determinadas*, y por ello, el gran actor aquí es la *elección* razonable, respetando los absolutos morales y otros principios como la Regla de Oro, el Principio Paulino, etc.

Esta visión "modesta" de la razón en cuestiones morales me parece la correcta, y además, me parece que hace imposible decir que habrá siempre una solución que es *únicamente* mejor, o más justa, o más idónea, etc.

CUARTO: LA ENCRUCIJADA INNECESARIA DE MASSINI Y LA FALTA DE PRUEBA DE LA RESPUESTA "MÁS JUSTA"

De lo que se ha expresado más arriba se deduce que la encrucijada propuesta por Massini —que la solución puede ser sólo (i) o una abstención del juicio particular o (ii) la mera arbitrariedad del decisionismo (iii) o una respuesta "mejor" (única)— es innecesaria. Pues: no es cierto que éstas sean las únicas posibilidades. Muy por el contrario. Existe una posibilidad que Massini no menciona, y es que en algunos casos existe una respuesta única, pero en otros, el horizonte está "sub-determinado". La razón no es omnipotente. Hay un margen amplio para la actuación de la creatividad humana en cuanto a los deberes positivos, si bien siempre controlados por los absolutos morales negativos.

Por otra parte, la posición de Massini parecería ser prisionera del error de Dworkin en insistir en que en la moral (i.e., las exigencias de la justicia) todas las cuestiones tendrán siempre una única respuesta (la mejor, o la correcta). Esto, insisto, no me parece acertado y no refleja la fenomenología de la elección humana.

Por último, me parece sugestivo que en defensa de su tesis el Prof. Massini no utilice un caso alguno para demostrar que se pueda llegar a la respuesta "más justa". El caso que *sí* menciona no me parece ilustrativo

⁸⁰ *Idem*, pág. 313.

en absoluto –i.e., el deber del depositario de devolver la cosa– ya que es un caso fácil. Lo que se requiere para la defensa de la tesis fuerte de la solución “más justa” es proponer un caso con más de una alternativa razonable, y luego un método que permita determinar con *exactitud* que una de las soluciones es la más justa. No creo que ello pueda hacerse. Y, mientras no vea la demostración, no creo que se deba aceptar la tesis.

QUINTO: EL ENCANTO DEL LEGALISMO

Finalmente: ¿existe en la posición “fuerte” de la respuesta más justa un resabio del “encanto del legalismo”; vale decir, esa obsesión de afirmar que el derecho siempre –por una necesidad casi ontológica– puede dar una respuesta correcta, o justa, o verdadera, a todos los casos que se presenten ante un juez?⁸¹

Me parece que sí, y por ello, me parece una proposición no aconsejable.

Por un lado, afirmar la tesis “débil” de la respuesta más justa es plenamente aceptable, como he sugerido, y para nada cae en el encanto del legalismo.

Pero la tesis fuerte, a mi parecer, pasa esta línea, y se subyuga al encanto del legalismo. ¿Por qué?

Es que, como afirma el Prof. Jim Harris, en el fondo del debate sobre la respuesta correcta se encuentran cuestiones controversiales de filosofía política y constitucional, y que pueden ser resumidas en la siguiente bivalencia: o los jueces en realidad dan lugar a sus convicciones morales en los casos difíciles (*ergo*, legislan) o no lo hacen⁸².

Creo que sucumbir al encanto del legalismo es una posibilidad más que atractiva, ya que es mucho más fácil decir “el juez efectivamente está resolviendo un caso en forma racional, conforme a la ley o la justicia”, que decir, “en algunos casos todo vale”. Pero quizás la mejor respuesta sea aquí algo intermedio: aceptar que en algunos casos ni el derecho ni la razón pueden dar la mejor solución, sin por ello renunciar a buscar justicia. En otras palabras, usar a *la tesis fuerte sólo como un ideal inalcanzable—un desideratum— en la práctica, mientras abrazamos siempre la tesis débil como premisa de trabajo.*

Lo que está en juego al afirmarse que en todos (o casi todos) los casos los jueces pueden llegar a la solución “correcta” o la “más justa” es dar una visión idealizada del derecho que sencillamente no cuaja con la realidad.

⁸¹ El término es de Endicott, ob. cit., pág. 182 y sgts. en donde por otra parte señala como Finnis escapa correctamente dicho “encanto”.

⁸² J. Harris, *Legal Philosophies*, pág. 209.

Me parece que dados los múltiples ejemplos que nos da la cultura jurídica contemporánea —estoy pensando, por citar un ejemplo de muchos, en el derecho constitucional americano de los últimos treinta años—, el rol de los jueces ha estado más bien lejos de la “respuesta correcta” o “la más justa”. El encanto del legalismo más bien esconde esta realidad y, por ello, me parece nocivo.

Y es que me sigue pareciendo que dos intuiciones que tengo bien enraizadas desde hace bastante tiempo continúan siendo verdades de sentido común. En primer lugar, que el impresionante y (en ocasiones) efectivo ropaje de Dworkin a la “única respuesta correcta” —en realidad, toda la teoría dworkiniana del derecho— no está sino al servicio de la justificación de determinadas decisiones judiciales de los Estados Unidos de América (las cuales precisamente no se caracterizan por su “justicia” desde el punto de vista de la tradición central; v.gr. “Casey” o “Roe”). Esto ya nos debería dar que pensar cuando traducimos en forma demasiado rápida una discusión bien delimitada políticamente de un país a otros. Y también nos debería llevar a pensar si esto de buscar la “respuesta correcta” o la “más justa” es una empresa saludable. Yo creo que no, y que la cuestión se plantea en una forma tan abstracta que la misma sencillamente no parece interesante. Es por ello que ningún pensador de la tradición central se ocupó profusamente del tema, siendo un *outsider* como Dworkin el que fijó la agenda en este sentido. ¿Conviene seguir gastando tantas energías en un tema introducido con un objetivo particular y por un *outsider* que está en el fondo buscando justificar una práctica jurídica de su país?

Desde esta perspectiva, me pregunto si la obsesión por encontrar una respuesta correcta o más justa no es exagerada, si no está desenfocada.

En segundo lugar, que la lección más importante que debemos aprender de una teoría del derecho del estilo hartiano⁸³ no es ni la noción técnica de la regla del reconocimiento, ni la tesis (absurda) de la separación total entre la moral del derecho, sino más bien una posición de cautela respecto a ideas extremadamente legalistas que muchas veces nublan u oscurecen nuestra visión del fenómeno jurídico. En este sentido, debemos adoptar una postura que permita siempre mantener a nuestra razón “fría” y tener la “actitud reflexiva” necesaria para la evaluación y descripción del derecho; para poder efectuar, al decir de Robert P. George, una “crítica moral del derecho”⁸⁴.

⁸³ Como ejemplo de la posibilidad de aprender del positivismo me remito al excelente ensayo de P. Serna, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en Rabbi-Baldi (ed), *Las razones del derecho natural*, Abaco, 2000.

⁸⁴ Y aquí estoy pensando sobre todo en Hart, Finnis, Raz, y George, entre otros; vide supra nota 6.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En fin, espero que si algo debe de haber quedado claro de lo que se ha afirmado es la riqueza de cuestiones que plantea el trabajo excelente y esclarecedor del Prof. Massini. Todos debemos agradecerle por su esfuerzo y su erudita contribución (y por cierto, por todas las contribuciones que ha venido realizando en su admirable carrera académica). Pero también espero que se haya entendido por qué no estoy de acuerdo con mucho de lo que ha dicho. En primer lugar, tengo mis serias dudas sobre si el debate sobre una cuestión traída al tapete iusfilosófico por un *outsider* como Dworkin amerite tanta atención como la que se le ha prestado. ¿Qué problema puede resolverse a un nivel de discusión tan abstracto? ¿El caso difícil es de derecho penal, o civil, o constitucional, con las peculiaridades de cada rama? O, más específicamente: ¿es un caso de daños y perjuicios, de una cláusula penal, de una aplicación retroactiva de la ley, de derechos humanos? Y así sucesivamente.

Por otro lado, considero que al sostener una visión “modesta” del poder de la razón en resolver cuestiones de moral “positiva” (en contraposición a los absolutos morales inexceptionables o “negativos”), Finnis no se ha alejado de la tradición central del occidente ni ha abrazado un emotivismo moral; todo lo contrario, al hacerlo, se ha aliado con la mejor doctrina “centralista”, por así decirlo. Y, por otra parte, el abrazar una visión modesta del poder de la razón en los casos difíciles –sin por ello renunciar a poner severos límites a la discreción judicial– le permite a Finnis escapar del “encanto del legalismo” y mantener la claridad que se exige del intelecto para enfrentar y comprender un mundo cada vez más complejo, y lastimosamente, cada vez más *injusto*.

EL PENSAMIENTO DE JOHN FINNIS Y EL DIÁLOGO ENTRE EL IUSNATURALISMO Y LA TRADICIÓN ANALÍTICA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO*

PEDRO SERNA

*Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)
Profesor de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universidad de A Coruña*

I. PREMISA

La valoración y el eventual homenaje subsiguiente que cabe hacer de un autor y de su obra cuando ha dedicado su vida a los problemas de la filosofía práctica pueden atender a diferentes puntos de vista. Uno de ellos podrían ser sus méritos morales, es decir, el valor de las ideas defendidas y el mérito de esa defensa; otro lo podrían constituir sus méritos intelectuales, es decir, su trabajo académico o teórico no en relación con las causas que defendió o su valentía en defenderlas, sino por referencia a valores estrictamente científicos, como la aportación de argumentos válidos y originales que arrojen luz sobre un problema o conjunto de problemas, o que pongan de relieve aspectos hasta ese momento inadvertidos o mal resueltos. Puede incluso considerarse la obra de un autor desde un tercer punto de vista, el representado por la influencia que ejerce o ha ejercido sobre otros o sobre sectores más o menos amplios de la comunidad científica y aun de la vida pública.

Estas distinciones son importantes, pues podría suceder que en ciertos casos la adopción de un determinado punto de vista conduzca a una valoración positiva y a un merecido homenaje, mientras que la adopción de otro no lleve al mismo resultado. Por ejemplo, en el caso de Norberto

* Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación "El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del neo-constitucionalismo", financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de España, ahora Educación y Ciencia, y por los fondos FEDER de la Unión Europea (código BJU2003-05478), del que soy investigador principal.

Bobbio pocos dudarán de su enorme influencia política y académica o de sus méritos personales; pero es muy posible que no todos los que reconozcan esos méritos y se muestren incluso dispuestos a tributarle un sincero homenaje en lo relativo a esos aspectos, estén a su vez de acuerdo en reconocer la valía, la coherencia o la originalidad de sus aportaciones teóricas.

En el caso de John Finnis pienso que las tres valoraciones y homenajes resultan legítimos y procedentes. Ayer se habló aquí de la lucha por el Derecho natural y de la guerra desatada entre quienes defienden el Derecho natural verdadero y los escépticos o relativistas. Se discutió incluso sobre si debe considerarse aliados en esa guerra a quienes defienden una versión falsa del Derecho natural. Todo este género de consideraciones resulta no sólo legítimo, sino conveniente. Sin embargo, mi intervención de esta mañana evitará por completo estos aspectos y se centrará exclusivamente en los méritos que he denominado intelectuales o teóricos. Más exactamente, la tesis que intentaré justificar es que la obra de John Finnis tiene como principal mérito teórico el haber puesto en diálogo la teoría clásica del Derecho natural y la filosofía analítica contemporánea, haciendo ver a los analíticos en forma comprensible para ellos el desenfoque de algunas de sus críticas al iusnaturalismo; explorando algunos caminos que conducen desde la filosofía contemporánea a la tradición de la ley natural; y mostrando a los iusnaturalistas la verdad de algunas tesis puestas de relieve por la tradición positivista, y la posibilidad de aceptarlas sin renunciar a lo esencial de su tradición de pensamiento.

Para calibrar adecuadamente el alcance y la relevancia de este mérito teórico es necesario partir del contexto intelectual de la tradición iusnaturalista y de lo que podríamos denominar las inevitables relaciones genealógicas del pensamiento de Finnis. A ambas cuestiones me referiré a continuación.

II. EL RENACER DEL IUSNATURALISMO TRAS LA II GUERRA MUNDIAL: DIFICULTADES, LUCES Y SOMBRAS

Cada vez que en la Historia de Occidente han tenido lugar sucesos o acontecimientos que han subvertido los cimientos mismos del orden político y social o la paz entre las comunidades o las naciones, la Humanidad ha dirigido la mirada hacia los fundamentos de dicho orden y de dicha paz, es decir, al Derecho natural. Creo que es posible afirmar sin que ello suponga un excesivo atrevimiento que el Derecho natural es el "lugar" hacia el que se mira para iniciar y justificar revoluciones, como recuerda Habermas a propósito de las norteamericana y francesa de finales del

siglo XVIII¹; y también el “lugar” hacia el que se vuelve cuando el orden social se descompone por efecto de acontecimientos y procesos más ajenos a la voluntad colectiva². Esto último es justamente lo que sucedió en Occidente tras la experiencia de los años 30 en Alemania e Italia, y la posterior Guerra que finalizó hace ahora 60 años³.

Sin embargo, buena parte de las versiones del iusnaturalismo que conforman este último renacer han tenido una vigencia breve o muy restringida a determinados ambientes, que desde fuera ofrecen un perfil de sectas o guetos intelectuales. Dar cuenta de las causas o razones de lo efímero de este episodio exigiría detenernos ahora en consideraciones que exceden nuestro tiempo disponible. Por lo demás, se trata de un trabajo ya desarrollado por algunos de nuestros colegas. Por citar sólo algunos ejemplos, Arthur Kaufmann ha sugerido que la dificultad principal para la rehabilitación del iusnaturalismo frente a las deficiencias teóricas y prácticas del positivismo jurídico es la conciencia clara de la dimensión histórica del Derecho⁴, tantas veces olvidada por los teóricos de un Derecho natural desvinculado de la Historia⁵. Por su parte, Joaquín García-Huidobro, en un excelente trabajo de síntesis, ha enunciado hasta un total de 16 factores o condicionantes que dificultan la viabilidad para adherir hoy a posiciones iusnaturalistas⁶. Y Carlos Ignacio Massini ha insistido en que no cualquier presentación de la teoría del Derecho natural puede hacer frente adecuadamente a los cometidos que la vida actual requiere de ella. Concretamente, no sirven en nuestro mundo los planteamientos que el profesor de Mendoza denomina integristas, caracterizados por su rechazo en bloque de todo el pensamiento moderno y contemporáneo, y por su

¹ Cfr. J. Habermas, “Derecho Natural y Revolución”, en *Teoría y Praxis*, Buenos Aires, Sur, 1966, p. 57.

² En este sentido, Rommen acuñó la conocida expresión “eterno retorno del Derecho natural”. Cfr. H. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrecht*, München, J. Kösel, 1947.

³ Cfr., entre otros, H. Rommen, *cit.*, passim; J. Hervada, *Historia de la ciencia del Derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1987, p. 324; A. Kaufmann, “El renacimiento del Derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”, en R. Rabbi-Baldi Cabanillas (coordinador), *Las razones del Derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, pp. 223-254.

⁴ Cfr. A. Kaufmann, “El renacimiento del Derecho natural...”, *cit.*, p. 230.

⁵ Sobre las diferencias entre las distintas corrientes iusnaturalistas respecto de su capacidad para acoger la dimensión histórica del Derecho me he ocupado en P. Serna, “Modernidad, postmodernidad y Derecho natural. Un iusnaturalismo posible”, *Persona y Derecho* 20 (1989), pp. 175-176. Una solución sistemática desde sus propios presupuestos teóricos, en J. Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, 7ª ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 98-104. Un estudio amplio, riguroso y detallado desde el punto de vista histórico, en M. Rodríguez Molinero, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1973, passim; Cfr. asimismo el clásico ensayo de L. Strauss, *Natural Right and History*, Chicago & Londres, The University of Chicago Press, 1965, passim.

⁶ Cfr. J. García-Huidobro, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, 2002, pp. 114-120.

pretensión de limitarse a repetir el pensamiento de Tomás de Aquino sobre el Derecho natural⁷, reproduciendo sin novedad alguna hasta los últimos detalles de unas formas de presentación que en muchas ocasiones ni siquiera representan una fiel exposición de ese pensamiento, sino más bien una elaboración llevada a cabo por cierto sector de la Escolástica posterior. Coincido asimismo con Massini en que tampoco conduce muy lejos el iusnaturalismo que él llama "progresista", y que yo preferiría denominar vergonzante, en la medida en que trata de sustituir una ontología de la realidad, es decir, una ontología de corte metafísico, por una ontología y epistemología de corte constructivista⁸. Por mi parte, hace ya nueve años, precisamente en un congreso internacional organizado por esta Universidad, insistí en que el único camino filosóficamente aceptable para una teoría contemporánea del Derecho natural consiste en partir de la experiencia, del Derecho real, del Derecho tal y como se nos presenta en los actuales órdenes jurídicos, evitando tomar como punto de partida ciertas doctrinas acerca de los fundamentos, como la de la ley eterna, para construir a partir de ellas sistemas que transitan deductivamente desde el conocimiento divino a la ley natural, para desembocar finalmente en el Derecho o ley humana⁹. Esta propuesta no supone, a mi modo de ver, nada diferente de lo que en su momento hicieron Aristóteles y Tomás de Aquino, pero sí se aleja bastante de las inservibles exposiciones de buena parte de sus seguidores escolásticos de los siglos XIX y XX.

A la luz de lo anterior resulta posible comprender la importancia y el valor de la elaboración de la doctrina del Derecho natural llevada a cabo por John Finnis. Ciertamente, la suya no constituye la única aportación valiosa: los estudiosos mencionan otras. Así, Hervada subraya la aportación de Villey¹⁰; Massini destaca las figuras de Georges Kalinowski, Sergio Cotta y Finnis¹¹; Vigo enumera una larga lista, pero selecciona para su estudio en profundidad el pensamiento de Villey y Finnis¹²; García Huidobro va más allá, y señala los que denomina cuatro intentos iusnaturalistas de especial interés: la Antígona de Sófocles, el pensamiento de Aristóteles, la

⁷ Cfr. C. I. Masini Correas, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 27-28.

⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 29-30. Massini cita como exponente de esta posición a Stout, pero son bastantes más los que podrían encuadrarse en esta actitud, con diferencias considerables a su vez entre unos y otros.

⁹ Cfr. esta y otras consideraciones en P. Serna, "Sobre las respuestas al positivismo", en R. Rabbi-Baldi Cabanillas (coord.), *Las razones del Derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, cit., especialmente pp. 80-86. La publicación original de este trabajo, en *Persona y Derecho* 37 (1997).

¹⁰ Cfr. J. Hervada, *Historia de la ciencia del Derecho natural*, cit., p. 329.

¹¹ Cfr. C. I. Masini Correas, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, cit., p. 31.

¹² Cfr. R. L. Vigo, *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, pp. 9-10.

obra de Tomás de Aquino y la de John Finnis, aunque deja claro que con esto no pretende equiparar en importancia histórica al profesor australiano con los tres hitos anteriores¹³. Por mi parte, y debido a razones que ahora no es posible exponer ni siquiera de manera sucinta, me considero más próximo a la selección de aportaciones contemporáneas relevantes sugerida en algún lugar por el Prof. Cristóbal Orrego, quien menciona a Messner, Villey, Finnis y Hervada¹⁴. Más concretamente, considero que las presentaciones globales de los dos últimos están destinadas a perdurar en el siglo que acaba de comenzar. Sobre el pensamiento de Hervada acaba de aparecer una interesante y cuidada selección de estudios que vale la pena leer con detenimiento¹⁵.

III. TRADICIÓN Y ORIGINALIDAD EN EL PENSAMIENTO DE JOHN FINNIS

Por lo que respecta a Finnis, pienso que algunas circunstancias de su trayectoria vital e intelectual han sido decisivas para hacer posible su valiosa aportación al pensamiento iusnaturalista contemporáneo.

En primer lugar hay que mencionar que se trata de un pensador formado en la tradición analítica, bajo la influencia de quien fue su tutor durante su doctorado oxoniense, Herbert L. A. Hart. Como el propio Finnis relata en el prefacio a *Natural Law and Natural Rights*, “[t]odo autor tiene su medio ambiente. Este libro tiene raíces en una tradición moderna que puede denominarse ‘teoría analítica del derecho’ (*‘analytical jurisprudence’*), y mi propio interés en esa tradición precede en el tiempo al momento en que comencé a sospechar que podría haber algo más que superstición y oscuridad en las teorías de la ley natural”¹⁶.

En segundo lugar, hay que insistir en que Finnis es un autor procedente del campo de los estudios jurídicos, que profundiza cada vez más en la Filosofía, pero partiendo del Derecho, es decir, que no baja desde las alturas hacia lo concreto, sino al revés. Este dato se puede constatar

¹³ Cfr. J. García-Huidobro, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, cit., pp. 126-130. La matización, en p. 130.

¹⁴ Cfr. C. Orrego Sánchez, “La *Introducción crítica al derecho natural* y la renovación del iusnaturalismo clásico”, en P. Rivas (ed.), *Natura, Ius, Ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, ARA Editores, 2005, p. 58.

¹⁵ Cfr. P. Rivas (ed.), *Natura, Ius, Ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, cit., passim. Un ensayo de comparación entre el pensamiento de Finnis y el de Hervada, en S. Legarre, “El concepto de Derecho en John Finnis”, *Persona y Derecho* 40 (1999), pp. 84-87.

¹⁶ Cfr. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, edición castellana de C. Orrego S., y traducción de C. Orrego con la colaboración de R. Madrid, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 34. Se citará siempre por esta excelente edición, en adelante LNDN.

fácilmente reparando en la secuencia de sus obras principales y pasando revista al contenido de las mismas: *Natural Law and Natural Rights* (1980), *Fundamentals of Ethics* (1983), *Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (1987), *Moral Absolutes: Tradition, Revision and Truth* (1991) y *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (1998).

A mi modo de ver, las dos circunstancias mencionadas (formación jurídica y extracción analítica), confieren rasgos específicos al discurso articulado por Finnis en *Natural Law and Natural Rights*: en concreto, permiten explicar el abandono del punto de vista metafísico-deductivo que caracteriza a muchas exposiciones escolásticas y neo-escolásticas de la doctrina de la ley natural. El abandono de ese punto de vista se opera en virtud del influjo de la tradición analítica; y el del enfoque deductivista, por efecto de la misma influencia, reforzada en este punto por su condición de jurista, que llega al Derecho natural siguiendo el camino inverso, a partir de problemas reales de la ciencia y de la teoría jurídica, en lugar de descender de las alturas de la Teología para ofrecer una teoría del Derecho en la que de modo inevitable resultará muy difícil reconocer la realidad de los órdenes jurídicos históricos.

De igual modo, estos rasgos específicos son los que hacen posible el diálogo con el pensamiento no-iusnaturalista, al menos con un sector importante de él. El abandono del discurso metafísico-deductivo permite la adopción de un punto de vista práctico que elimina no pocos obstáculos para avanzar en la dirección mencionada, como intentaré mostrar después.

Señalado esto, no conviene perder de vista que una valoración equilibrada del mérito teórico de Finnis exige considerar el grado de su originalidad. Al respecto, me interesa desarrollar dos consideraciones que juzgo importantes.

La primera de ellas es que Finnis no es en modo alguno un pionero solitario en esta tarea. Mucho antes que él, y en el plano de la Filosofía general, una serie de destacados académicos habían avanzado mucho en esa dirección. Para justificar esta afirmación bastará con mencionar aquí a los filósofos analíticos que superaron la influencia del positivismo lógico siguiendo el giro impreso a dicha tradición por obra del pensamiento de Gottlob Frege y del denominado segundo Wittgenstein, y su análisis del lenguaje ordinario. Como ha dejado escrito lúcidamente Alejandro Llano, tras el *Tractatus* sólo eran posibles tres salidas o actitudes: "1ª, la pura y simple declaración del *final de la filosofía*; 2ª, el intento de proseguir la secuencia de la filosofía trascendental desde una nueva instancia, aún más radical; 3ª, la reposición de una ontología realista, como resultado de la autoneutralización de la crítica"¹⁷. Pues bien, el paso del análisis del

¹⁷ A. Llano, *Metafísica y lenguaje*, Pamplona, Eunsa, 1984, p. 50.

lenguaje al realismo filosófico se fue operando durante los años 50, 60 y 70 del siglo XX por obra de autores como Peter Geach, Elisabeth Anscombe, Michael Dummett, Ernst Tugendhat, Gilbert Ryle, Fernando Inciarte o Ignacio Angelelli, por citar sólo a algunos de los más destacados¹⁸. Estos autores, con un grado diverso de participación, completaron la tercera de las salidas o actitudes mencionadas por Llano –la única razonable, como muestra este autor¹⁹– que se abrían para el pensamiento filosófico tras la transformación de la metafísica en filosofía trascendental y la transformación de esta última en filosofía analítica. Si se toma en cuenta este contexto, netamente anglosajón y en buena medida oxoniense, se comprenderá que la orientación de Hart hacia la filosofía analítica que se advierte en aspectos básicos de *The Concept of Law* (1961) y su acercamiento a doctrinas clásicas, como la de la analogía, no constituyen en absoluto una novedad, salvo por el hecho de que el profesor de Oxford es quien proyecta en primer lugar esta orientación sobre el análisis específicamente jurídico. En ningún caso puede pensarse que se trata de una novedad aislada. Pues bien, si se admite lo que acabo de afirmar, se deberá admitir también que la puesta en diálogo de la tradición analítica con el pensamiento realista clásico llevada a cabo por Finnis (a través de doctrinas como el punto de vista interno, la analogía, la perspectiva de la razón práctica, la superación del esencialismo conceptualista y representacionista en la comprensión de la naturaleza humana, etc.) son –sin querer restarle mérito– el precipitado, o una manifestación más, de un movimiento muy amplio que ya duraba años cuando él arribó a Oxford para cursar su doctorado y leer a los clásicos antiguos y medievales con el consejo y aliento de Hart²⁰. Indudablemente, la ventaja de Finnis respecto de Hart habría de consistir, con el tiempo, en su mayor hondura intelectual, y tal vez en su talante personal, que le permitieron ser plenamente coherente en aspectos donde el maestro no profundizó excesivamente en el conocimiento de las fuentes y se limitó a seguir a medias la senda marcada por los vientos dominantes del momento (me refiero ahora al uso de la analogía y a la adopción del punto de vista interno en el análisis de las prácticas sociales)²¹.

¹⁸ Cfr., para todo esto, A. Llano, *Metafísica y lenguaje*, cit., pp. 50-119.

¹⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 50-64.

²⁰ Tomo este último dato (el aliento de Hart en la lectura de los clásicos) de S. Legarre, "El iusnaturalismo positivista de John Finnis", 1998-*El Derecho* 179-1202.

²¹ Ciertamente, Hart se había formado en las humanidades clásicas durante sus estudios universitarios, pero no consta su especial dedicación al pensamiento aristotélico ni mucho menos su conocimiento de la obra de Tomás de Aquino y el resto de los filósofos y teólogos que desarrollaron la tradición iusnaturalista. Más aún, Hart admite que su conocimiento de la tradición iusnaturalista pre-moderna es indirecto y dependiente. Cfr. C. Orrego Sánchez, *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997, p. 358 y las referencias allí citadas. En la biografía publicada recientemente por N. Lacey, *A Life of H. L. A.*

La segunda de las consideraciones que deseo presentar esta mañana ante ustedes es la siguiente: en mi opinión, no se ha estudiado aún de forma concluyente el grado de originalidad de la transformación del discurso sobre el Derecho natural desarrollada por Finnis en algunos puntos concretos. Por una parte, no se ha definido de manera enteramente satisfactoria la dependencia de Finnis respecto del pensamiento de Germain Grisez: aunque existen diferencias en algunos de sus planteamientos, en muchos otros la coincidencia es sustancial. Así, si hemos de creer a Russell Shaw, el propio Grisez habría comentado lo siguiente sobre la denominada *New Natural Law Theory*: "Bastante gente se refiere a ella como la teoría Grisez-Finnis. Básicamente, es la teoría Grisez-Boyle del verano de 1978"²². Por otra parte, se ha discutido hasta qué punto el pensamiento de Grisez sigue al de Tomás de Aquino o se aparta de él en aspectos básicos. Así, Ralph McInerny sostiene que, si bien Tomás de Aquino y Grisez comparten algo tan esencial como es la importancia de los principios y de los puntos de partida²³, las diferencias entre ambos se tornan radicales en lo que se refiere a su concepción del fin último de la acción humana, de la noción de bien y del primer principio de la razón práctica. A juicio de McInerny, la radical diferencia entre el pensamiento

Hart. *The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2004, parece quedar claro que sí fue mayor su interés por el pensamiento de Platón desde su época de estudiante universitario (cfr. pp. 27-28), y como *fellow* (cfr. p. 114), llegando incluso a proyectar un libro sobre él (cfr. p. 142). A Aristóteles sólo parece haberle dedicado alguna atención durante su etapa de estudiante, y a Tomás de Aquino durante el año que pasó en Harvard, en el curso 1956-1957, donde al parecer lo leyó junto con otros autores, como Rawls, Bentham y, de nuevo, Platón (cfr. p. 192). Por lo que se refiere a los pensadores analíticos del momento, parece que quien más influyó en Hart fue J. L. Austin. A G. Ryle lo conoció durante la guerra, cuando ambos prestaban servicios en el MI5, y fue a partir de sus discusiones sobre filosofía del lenguaje cuando Hart abandonó su platonismo inicial, aunque la filosofía del lenguaje de Oxford parecía superarle: le producía dolores de cabeza y se planteó abandonar la Filosofía y volver a ejercer como abogado (cfr. p. 128). Con Anscombe sus relaciones fueron meramente incidentales. En cambio, la lectura de P. T. Geach le sirvió para abandonar, por considerarla reductiva, la tesis central de un *paper* publicado en 1948, "The Ascription of Responsibility and Rights" (cfr. p. 146). En definitiva, la formación de Hart en su propia tradición y en las otras no parece haber sido muy profunda. Tal vez por ello intentase la inverosímil tarea de cohonestar la filosofía del lenguaje ordinario con el positivismo jurídico. Es más, yo me inclino a pensar que Hart es más un seguidor de la jurisprudencia analítica que de la filosofía analítica. Lo curioso es que tampoco en este aspecto ofrece la solidez deseable: actualmente se discute incluso el valor de sus ediciones de algunas de las obras de Bentham y el *Bentham Project* prepara una nueva edición de *Of Laws in General* para sustituir a la publicada en su día por Hart.

²² R. Shaw, "Pioneering the Renewal in Moral Theology", en R. P. George (ed.), *Natural Law and Moral Inquiry. Ethics, Metaphysics and Politics in the Work of Germain Grisez*, Washington, Georgetown University Press, 1998, p. 262. Sobre los inicios de la colaboración entre Finnis y Grisez, y la opinión de este último acerca de ella, "más teológica que filosófica" cfr. *ibid.*, pp. 223 y 262.

²³ Cfr. R. McInerny, "Grisez and Thomism", en N. Biggar y R. Black (eds.), *The Revival of Natural Law. Philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-Grisez School*, Aldershot, Ashgate, 2000, p. 53.

moral de Germain Grisez y el de Tomás de Aquino queda oscurecida por el empleo que hace Grisez de los textos tomistas para formular sus propios puntos de vista, y por su aparente convicción de que Tomás compartiría su interpretación de esos textos²⁴. Como tales discordancias se refieren, entre otras cosas, a la relación entre los bienes básicos y los textos de Tomás sobre los objetos de las inclinaciones naturales, al primer principio de la razón práctica y a los preceptos prácticos particulares, parece que la duda se extiende también a algunos de los puntos centrales del pensamiento de Finnis, en los que éste coincide con Grisez.

A mi juicio, se puede afirmar de modo provisorio que los fundamentos éticos de la teoría de Finnis están tomados básicamente de la interpretación de Tomás de Aquino llevada a cabo por Grisez, aunque en algunos puntos Finnis ha ido adoptando con el correr del tiempo posiciones más cercanas al tomismo tradicional que el profesor norteamericano, por ejemplo en lo relativo a la vinculación entre bienes básicos y tendencias de la naturaleza humana. En todo caso, tanto Grisez como Finnis han contribuido decisivamente a liberar a Tomás de Aquino de anquilosados moldes escolásticos y a hacer inteligibles y aceptables para un sector del pensamiento contemporáneo algunos aspectos básicos de la teoría de la ley natural, y eso constituye un mérito indiscutible de ambos. En este sentido, y más allá del grado de fidelidad al pensamiento del Aquinate, la obra de ambos no constituye un alejamiento de la tradición del pensamiento clásico iusnaturalista, sino una fuerte revitalización del mismo.

Por lo que se refiere a los aspectos específicamente teórico-jurídicos de su pensamiento, parece claro que éstos no obedecen a la influencia de Grisez sino a la de Hart, y al diálogo intelectual con su condiscípulo Joseph Raz, aunque sin duda alguna han de considerarse más acertados que los de estos últimos.

IV. LAS CONSECUENCIAS DEL CAMBIO DE PARADIGMA PARA LA TEORÍA JURÍDICA Y EL DIÁLOGO IUSNATURALISMO-FILOSOFÍA ANALÍTICA

Una vez reseñados los inevitables aspectos genealógicos, conviene detenernos, con el detalle que nos imponen las restricciones de tiempo propias de estas Jornadas, en aquellos puntos donde el diálogo entre la filosofía analítica y la teoría de la ley natural se ha hecho posible merced a la aportación de *Natural Law and Natural Rights*. Concretamente, me referiré a los siguientes asuntos:

²⁴ Cfr. *ibid.*, p. 69. Cfr. asimismo, en análoga línea de crítica, A. M. González, *Moral, razón y naturaleza*, Pamplona, Euns, 1998, pp. 134 ss.

- 1) la posibilidad de re-examinar algunas de las críticas de la modernidad al Derecho natural, en particular la denominada *is/ought question*;
- 2) el método de la teoría jurídica;
- 3) el concepto de Derecho;

1. LA POSIBILIDAD DE REVISAR LAS CRÍTICAS DE LA MODERNIDAD AL DERECHO NATURAL

Finnis dedica, como es sabido, el segundo capítulo de *Natural Law and Natural Rights* al examen de las críticas al Derecho natural. Tras distinguir entre Derecho natural y iusnaturalismo o teorías acerca del Derecho natural, se centra en mostrar cómo la imagen que tienen del Derecho natural y su relación con el Derecho positivo autores como Kelsen, Hart o Raz poco o nada se corresponde con la tradición de la ley natural. Asimismo, se ocupa del argumento de la variedad de las prácticas y opiniones humanas; del que apunta a la inferencia ilícita de los hechos a las normas; del relativo a la facultad pervertida; y del que hace depender la viabilidad de la doctrina de la ley natural de la existencia de Dios.

Ciertamente, no aborda todas las críticas al iusnaturalismo y al Derecho natural, sino sólo las desarrolladas por quienes Finnis adopta como interlocutores; en cualquier caso, algunas de las que Finnis aborda son ciertamente las más relevantes, como la ilicitud del paso del "es" al "debe" (denominada por algunos "ley de Hume"), o la dependencia de la teoría de la ley natural de la existencia de Dios. En ambos casos, es la reelaboración de la comprensión del primer principio de la razón práctica lo que permite a Finnis mostrar que se trata de reparos improcedentes. En efecto, si el razonamiento práctico incluye siempre entre sus premisas (implícita o explícitamente), en lugar de ciertas aseveraciones teóricas acerca de la esencia o naturaleza humana, el primer principio *bonum faciendum et prosequendum, et malum vitandum*, que no es un enunciado descriptivo sino una proposición que expresa un deber ser, no se produce la inferencia ilegítima denunciada por Hume. Para Finnis,

"Tomás de Aquino afirma de la manera más clara posible que los primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos) son *per se nota* (evidentes) e indemostrables. No son inferidos de principios especulativos. No son inferidos de hechos. No son inferidos de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana, o sobre la naturaleza del bien y del mal, o sobre "la función de un ser humano", ni son inferidos de una concepción teleológica de la naturaleza ni de ninguna otra concepción de la naturaleza. No son inferidos o derivados

de nada. Son inderivados (aunque no innatos). Los principios sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto, asimismo, se derivan de los primeros principios pre-morales de razonabilidad práctica, y no de algunos hechos, sean metafísicos o de otro tipo. Al discernir lo que es bueno, lo que ha de ser perseguido (*prosequendum*), la inteligencia opera de una manera diferente, dando lugar a una lógica diferente, de cuando discierne lo que sucede de hecho (histórica, científica o metafísicamente); pero no hay ninguna buena razón para sostener que estas últimas operaciones de la inteligencia son más racionales que las primeras²⁵.

A justificar todo esto se destinan los capítulos 3 a 5 de la obra cuyo aniversario nos ha reunido estos días.

En modo análogo a lo ya señalado, Finnis se deshace del argumento de la dependencia de la teoría de la ley natural respecto de la existencia de Dios. Al respecto, escribe:

“Tomás de Aquino, por ejemplo, considera que los primeros principios de la ley natural son evidentes, pero que (i) la existencia de Dios *no* es evidente para la mente humana, (ii) un conocimiento de que la amistad con Dios es nuestro fin último *no* es alcanzable mediante razonamiento ‘natural’, sino sólo por revelación, (iii) la consecución de ese fin *no* es posible por medios naturales, sino sólo por la gracia sobrenatural; y (iv) la voluntad de Dios, en lo que concierne a las criaturas (como los seres humanos) *no* puede descubrirse mediante razonamiento. Un neo-suareciano supone que el primer principio de la ley natural es ‘sigue la naturaleza’ y que este principio posee significación normativa por ser el contenido de un acto de voluntad divina. Pero la teoría neo-suareciana, *no* importa cuán difundida haya estado en los seminarios católicos hasta los años sesenta, *no* es de ninguna manera la parte más importante de las ‘concepciones tradicionales de la ley natural’. Y la segunda parte de este libro ofrece un esquema bastante elaborado de una teoría de la ley natural sin necesidad de aludir a la cuestión de la existencia o de la naturaleza o de la voluntad de Dios²⁶.”

En otras palabras, la crítica resulta procedente contra cierta escolástica de raíz suareciana, en la medida en que ésta afirma que el primer principio de la ley natural es seguir la naturaleza, y que dicho principio adquiere relevancia normativa por ser el contenido de un acto de la voluntad de Dios. Si, por el contrario, el punto de partida lo constituye *no* un supuesto concepto de naturaleza humana unido a un acto de voluntad divina, sino una serie de bienes humanos conocidos como tales en forma *no* especulativa, sino práctica, y *no* derivados de concepto metafísico alguno, la fuerza del argumento se debilita por completo.

²⁵ LNDN, p. 67.

²⁶ LNDN, p. 81.

2. ASPECTOS DESTACABLES Y CUESTIONES DISPUTADAS EN LA TEORÍA ÉTICA DE GRISEZ-FINNIS

En la interpretación de Grisez-Finnis acerca de la doctrina de la ley natural de Tomás de Aquino merecen resaltarse muy positivamente otros aspectos, que ahora me limitaré a enumerar: el acento en el primer principio de la razón práctica y en el modo práctico y experiencial de su conocimiento; la concepción del apetito o atractivo del bien como atractivo inteligible; el carácter práctico del conocimiento de los bienes básicos o *communissima*; la concepción de su evidencia como inmediatez o no-derivación; y la comprensión de la moralidad en términos de razonabilidad en lugar de la remisión al concepto de naturaleza, lo cual no fuerza en absoluto el pensamiento de Tomás de Aquino, como se pone de manifiesto, por ejemplo, si recordamos su conocida afirmación acerca de que, en el caso del hombre, lo natural es lo racional²⁷.

Sin embargo, también se han puesto de manifiesto dificultades que han dado lugar a algunos cuestionamientos y discusiones.

En primer lugar mencionaré la cuestión de dónde hay que situar propiamente el perímetro o ámbito de la moralidad de las elecciones humanas. La propuesta de Grisez-Finnis insiste en el carácter pre-moral no sólo del primer principio de la razón práctica, sino también de los bienes básicos. La orientación de la elección humana hacia uno de esos bienes no basta para convertir a la acción en moralmente correcta, sino en una acción racional, del mismo modo que la no orientación de la elección a ninguno de los bienes básicos da lugar a un acto más bien absurdo o irracional que inmoral. La moralidad o inmoralidad de una acción no dependen, pues, de la elección de un bien básico como objeto de la acción, sino de su elección razonable, de una elección que busque la plenitud humana y lo haga siguiendo los requerimientos básicos de la razonabilidad práctica. El primer principio estrictamente moral sería, entonces, posterior a los bienes básicos, y vendría a consistir en el deber de buscar la plenitud humana integral. En mi opinión, este enfoque resulta tremendamente clarificador y convincente, aunque no ha convencido a todos.

Otro aspecto discutido, y discutible, es el catálogo de los bienes básicos propuesto por Finniss. Como es sabido, el profesor de Oxford ha efectuado retoques a este catálogo en más de una oportunidad. Pero no es esto lo que considero más significativo. En relación con el catálogo el problema radica más bien en saber por qué esos y no otros. Los críticos de orientación más tradicional insisten en que sólo la consideración del problema desde el punto de vista de la naturaleza humana (o de la esen-

²⁷ Cfr., entre otros lugares, Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II, 94, 3c y 4c.

cia, como ayer se decía aquí) y de su teleología permite establecer dicho catálogo: los bienes serían, en este sentido, el correlato de las inclinaciones naturales. Finnis responde a esto admitiendo, por una parte, que si la naturaleza humana fuese diferente, los bienes serían otros; e insistiendo a la vez en que el conocimiento de dichos bienes es puramente práctico, y no es el resultado de ninguna inferencia a partir de un concepto de la naturaleza o esencia humana. No sé en qué medida puede esta respuesta satisfacer a algunos de los críticos procedentes del tomismo tradicional. Pero, ciertamente, plantea problemas a los críticos externos, para quienes no basta decir que los bienes son evidentes en el sentido de inderivados y no pueden, en consecuencia, ser objeto de demostración. Ha de ser posible algún tipo de argumento que muestre esto, y Finnis emplea de hecho uno de ellos para mostrar el carácter del bien básico del conocimiento. Es el argumento de la inconsistencia o contradicción pragmática, que toma de Platón y que fue empleado también por Aristóteles para combatir el escepticismo. En mi opinión, este argumento resulta aplicable al caso del conocimiento y tal vez de algún otro bien básico, pero no sirve en absoluto para bienes como el del matrimonio, por poner un ejemplo muy relacionado con la cuestión de homosexualidad, aludida aquí en repetidas ocasiones el día de ayer. Personalmente, estoy dispuesto a compartir con Finnis que los bienes básicos son conocidos como tales de forma inderivada y por experiencia. Pero la experiencia es siempre particular o individual; incluso admite una generalización en mayor o menor grado, pero no resulta posible su completa universalización. Ello se traduce, en el caso que nos ocupa, en que si bien cabe alcanzar individualmente un elevado grado de certeza acerca de los bienes básicos que permita orientar con claridad la propia vida, en el plano del debate público esta empresa está condenada necesariamente a suscitar dudas, celos y discrepancias: al tratarse de argumentos de mera experiencia, incluso si son relativos a lo que sucede generalmente, por emplear la expresión de Aristóteles, ofrecerán siempre flancos de precariedad para quien perciba las cosas de manera diferente.

Una última cuestión disputada es la relativa a la importancia de los sentimientos y preferencias en la elección moral. Si, de acuerdo con Finnis, los bienes básicos carecen de jerarquía entre sí por ser inconmensurables y, además, de ellos y de los principios de la razonabilidad práctica no deriva lógicamente un único curso de acción posible, entonces estamos abocados a una infra-determinación de las formas de realización humana que, en el plano de la moral personal, convierte en sumamente relevantes existencialmente hablando a los sentimientos y preferencias del sujeto: hay muchas formas posibles de hacer el bien y de forjar la propia personalidad moral, y la persona ha de elegir una de ellas de acuerdo con sus

preferencias y sentimientos. Ahora bien, si existe un fin último o un bien supremo, ¿no cabe pensar que, al menos en teoría, existe una forma de realización humana que supere en excelencia a todas las demás?

No obstante esta dificultad, la tesis de Finnis se muestra a mi juicio mucho más fuerte cuando se traslada el problema al plano de la vida colectiva, que es el propio del Derecho y de la política. Parece claro que, aun admitiendo la existencia de un fin último y un bien supremo, resulta imposible que la persona lo alcance en virtud de la coacción pública. Ello significa, ni más ni menos, que el bien supremo o fin último del hombre no forma parte del bien común al que se orientan específicamente el Derecho y la política. Para decirlo con más precisión, respecto del fin último, la realización colectiva del bien común no puede aspirar a cumplir más que un rol posibilitador, tal vez incluso facilitador, pero en modo alguno puede adoptarlo como objetivo directo. Entre sus elementos específicos y directos están ciertos aspectos relacionados con los bienes básicos no-supremos, y al ser éstos inconmensurables y no jerarquizados, para su realización completa se impone necesariamente una toma de decisiones colectivas que hagan posible la coordinación. En la necesidad de adoptar tales decisiones radica la justificación de la autoridad propuesta por Finnis, a mi modo de ver con importantes ventajas teóricas sobre la justificación ofrecida por Raz.

3. EL MÉTODO DEL ANÁLISIS JURÍDICO

Abandonando ya los asuntos relativos a la teoría ética de Finnis, conviene referirnos brevemente a su aportación sobre el método del análisis jurídico. Al respecto, el mérito principal de Finnis radica en haber asumido la propuesta de Hart, exhibiendo adónde conduce ésta si se la lleva hasta las últimas consecuencias, cosa que Hart rehusó hacer.

Como es sabido, la crítica de Hart al positivismo tradicional, representado por John Austin, apunta a mostrar que para la comprensión del Derecho resulta insuficiente considerarlo como un conjunto de mandatos respaldados por amenazas. Entre otras razones porque ello no aporta una comprensión adecuada de la obligación o deber jurídico: al respecto, Hart enfatiza, como es sabido, la enorme distancia semántica que separa las expresiones del lenguaje ordinario "tener el deber de..." y "verse obligado o forzado a...". En relación con todo esto, Hart propone que la comprensión correcta del Derecho, incluso si se desea permanecer dentro del ámbito de la ciencia social descriptiva, exige adoptar el punto de vista interno, esto es, el de aquellos que toman parte en la práctica y perciben las reglas jurídicas como obligatorias o, al menos, el punto de vista externo moderado, es decir, la perspectiva de quien describe el

punto de vista interno sin expresar su compromiso con él. La adopción del punto de vista interno conduce, en la perspectiva de Hart, precisada y desarrollada ampliamente por Raz, a considerar las reglas jurídicas como razones para la acción.

Finnis, en el capítulo I de *Natural Law and Natural Rights*, desarrolla estas intuiciones hermenéuticas de Hart, mostrando cómo incluso un discurso que aspire a ser meramente descriptivo depende de una selección previa de los aspectos que se consideran relevantes para la descripción, y cómo dicha selección depende necesariamente de valoraciones. A partir de aquí, y también en el capítulo IX, dedicado al tema de la autoridad, donde comienza examinando la teoría de Raz acerca de los diferentes tipos de enunciados, Finnis muestra de forma contundente cómo el significado focal, caso central o, por emplear una terminología más escolástica, el analogado principal del punto de vista interno es el punto de vista práctico o moral, y reprocha a Hart no haber sido plenamente consecuente con su propia tesis metodológica. No voy a detenerme ahora en sus argumentos, pues lo hizo en la sesión de ponencias de ayer la Dra. Carolina Pereira de una forma mucho más rigurosa que la que yo podría intentar ahora, aunque dispusiera del tiempo suficiente. Me conformaré con resaltar simplemente lo siguiente:

- a) El desarrollo de Finnis permite comprender cómo la tesis de Hart, tomada en serio, conduce directamente a la teoría clásica del Derecho natural.
- b) Precisamente por ello, ni Hart ni Raz pueden aceptarlo, porque para ellos el positivismo jurídico es un axioma que se sitúa fuera de toda discusión posible, y tal vez también porque tal aceptación les aproximaría a tesis morales sustantivas que en modo alguno están dispuestos a admitir.
- c) Ahora bien, la no aceptación del desarrollo que Finnis considera imprescindible no sale gratis, sino que, en mi opinión, obliga a Hart y a Raz a pagar un elevado precio; tan elevado como lo es que la tesis central que considera el Derecho como un sistema de razones para la acción se desvirtúa por completo. En el caso de Hart, porque queda imposibilitado para precisar cuáles son esas razones y cómo operan. En el de Raz, porque finalmente cualquier motivo subjetivo cabe dentro de la noción de razón para la acción, de suerte que ésta adquiere un sesgo netamente psicologista que apenas marca distancias con el realismo escandinavo y que, en definitiva, supone una traición al combate de la filosofía analítica contra el psicologismo en la Filosofía de la mente. En definitiva, en el caso de ambos autores, porque las razones para la acción así concebidas representan un avance muy

escaso sobre la explicación de la obligación y de la norma que cabe extraer del positivismo clásico de John Austin.

- d) Por último, la propuesta metodológica de Finnis posibilita el desarrollo de una ciencia jurídica capaz de estudiar los modernos sistemas jurídicos sin distorsionarlos, especialmente aquellos que responden al modelo denominado neo-constitucionalista o del Estado constitucional de Derecho, que concibe la constitución no sólo como un sistema de garantías y un conjunto de procedimientos para el control del poder político, sino como un sistema de valores, situando consiguientemente a ciertos valores morales en la base misma del sistema jurídico y proyectándolos sobre todo él.

3. LA POSIBILIDAD DE APROXIMACIÓN EN LO REFERENTE AL CONCEPTO DE DERECHO

Finalmente, me referiré brevemente a la aportación de Finnis al diálogo entre iusnaturalismo y jurisprudencia analítica en lo relativo al concepto de Derecho. Tal vez un tratamiento exhaustivo habría requerido hacer referencia también al tema de la autoridad, la obligación o deber jurídico y la cuestión de las leyes injustas, pero esto quedará para otra ocasión.

Aunque la tradición clásica de la ley natural sostiene de forma prácticamente unánime que la noción de Derecho es un caso de analogía de atribución y, en consecuencia, se predica de diferentes objetos, los más destacados autores iusnaturalistas de los años 60, 70 e incluso algunos de los 80, como Hervada o Massini, dedicaron en su momento una atención tal vez excesiva a discutir si el Derecho, de acuerdo con esa tradición, tiene como analogado principal la cosa justa, la conducta debida, la ley, etc. Finnis, aunque admite que *lex* y *ius* tienen significados diferentes en los textos de Tomás, no parece conceder importancia a esta cuestión, como ha puesto de relieve Legarre, quien defiende, a mi juicio con razón, la posición del profesor de Oxford²⁸.

En coherencia con su propuesta metodológica, Finnis propone una suerte de definición del caso central o significado focal de "Derecho" en el capítulo X de *Natural Law and Natural Rights*. Es la siguiente:

"[R]eglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada y, normalmente, constituida como institución mediante reglas jurídicas) para una comunidad (completa) y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver

²⁸ Cfr. S. Legarre, "El concepto de Derecho en John Finnis", *Persona y Derecho* 40 (1999), pp. 75-77.

razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular, o dejar sin efecto las soluciones coordinadoras procedentes de cualesquiera otras instituciones o fuentes de normas) para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad, y el mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas²⁹.

Si descomponemos el texto anterior, es posible distinguir los siguientes aspectos en la definición:

- a) El Derecho es un conjunto de reglas (en un sentido que permite tomar como sinónimos “regla” y “norma”).
- b) Tales reglas se apoyan en sanciones.
- c) Tales reglas han sido producidas por una autoridad institucional, es decir, identificada por reglas y normalmente constituida con base en ellas. También son instituciones quienes aplican las sanciones, y también ellas se guían por reglas³⁰.
- d) El ámbito de operatividad es una comunidad completa, es decir, lo que actualmente conocemos como el Estado.
- e) La conjunción de reglas e instituciones se ordena a resolver problemas de coordinación en la comunidad, con miras a su bien común.
- f) La actividad del Derecho (reglas e instituciones) cumple su fin de un modo determinado por caracteres precisos, como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el principio de reciprocidad entre los súbditos de la comunidad y entre éstos y las autoridades.
- g) El Derecho, en su tarea de resolución de problemas de coordinación, tiene (o pretende tener) primacía sobre cualesquiera otras reglas, criterios o fuentes de producción de reglas.

A mi juicio, lo que hace Finnis al proponer esa definición es tomar la caracterización positivista depurada del Derecho que propone Joseph Raz, prescindir de algunos aspectos problemáticos que conducen a Raz a situaciones sin salida, y añadir a ella ciertos elementos relativos a la finalidad del Derecho, singularmente la referencia al bien común que se contiene en la definición de ley propuesta por Tomás de Aquino en la cuestión 90 de la I-II de la *Suma teológica*; y otros elementos relativos al contenido

²⁹ LNDN, p. 304.

³⁰ Cabría plantear en relación con este punto el problema de la juridicidad de la costumbre. Históricamente, sería cuando menos inexacto afirmar que se haya producido siguiendo reglas. Sobre la fundamentación de la costumbre en Tomás de Aquino puede verse D. VanDrunen, *Law & Custom: The Thought of Thomas Aquinas and the Future of Common Law*, Nueva York, Peter Lang, 2003.

de las normas, que Raz omite por no considerarlos esenciales para una teoría completa del sistema jurídico. Dicho de otro modo, Finnis propone una definición del Derecho clásica y analítica a la vez, que incorpora un elemento decisivo de la tradición del positivismo jurídico, que alguna vez he llamado la verdad latente en el positivismo jurídico. Me refiero a la denominada por Raz tesis de las fuentes sociales. En efecto, en la definición propuesta, Finnis resalta la dimensión institucional del Derecho, tanto en lo referente a la producción de las reglas que lo componen como al modo en que tales reglas y las sanciones que las apoyan son aplicadas. Ahora bien, para ello no necesita forzar ni un ápice la tradición clásica de la ley natural. Como he mostrado hace ya algunos años, la dimensión institucional del Derecho y, por tanto, su carácter inevitable de Derecho positivo se encuentran explícitamente contemplados en los textos de Tomás de Aquino "*ab eo qui curam communitatis habet promulgata*" o "*qui habet auctoritatem promulgata*"³¹.

En este punto, pues, la novedad de Finnis respecto de los clásicos es muy escasa. Mayores, y sumamente acertados, resultan los avances que introduce respecto de la concepción del sistema jurídico de Raz, aunque éstos son en buena medida subrepticios y pueden pasar inadvertidos al lector poco familiarizado con los problemas de la teoría de Raz.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Llega ya el momento de poner fin a esta intervención. Más que con una síntesis de lo expuesto, prefiero hacerlo proponiéndoles extraer lo que considero una lección valiosa, formulando un deseo y efectuando dos advertencias.

La lección. El diálogo es imprescindible para el avance del conocimiento. En un mundo cada vez más plural, como es el nuestro, para poder dialogar es preciso conocer bien las razones del adversario intelectual y los fundamentos de la tradición propia: es preciso leerlos y estudiarlos directamente, sin intermediarios, con actitud sincera, esto es, tomando en serio los puntos de vista ajenos, sin caricaturizarlos ni simplificarlos; y abierta, es decir, con plena disposición a modificar los propios si el peso de los argumentos contrarios así lo exige. A esto se debe, en buena medida, el éxito de Finnis, el fracaso de otros y la mediocridad de otros muchos, de uno y otro lado, que no vale la pena nombrar ahora.

El deseo. Como dos no dialogan si uno no quiere, sería bueno que el adversario intelectual también conociese de forma seria y rigurosa

³¹ Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, 90, 4c.

nuestro pensamiento y nuestra tradición intelectual. Eso, ciertamente, no está por completo en nuestras manos, pero algo podemos hacer al respecto, empezando por el lenguaje y por tratar los temas en la forma menos escolástica y menos necesitada de conocimientos conceptuales y de jerga académica previos.

La advertencia. Debo confesar que *Natural Law and Natural Rights* es en mi trayectoria académica una lectura de juventud y, por tanto, ya un poco "vieja", aunque no hay que exagerar. En su momento, cuando preparaba mi tesis de doctorado, su lectura y discusión resultó para mí muy estimulante, como también lo fue para mis compañeros de doctorado y de tertulia de los sábados por la tarde, cada semana un capítulo. Supongo que los profesores Rabbi-Baldi y García-Huidobro todavía recuerdan aquellas tardes de café, donde disfrutábamos y en ocasiones nos enfadábamos por el enrevesado inglés de Finnis. Después de aquella primera lectura he vuelto incidentalmente sobre otros trabajos de Finnis, cuando el asunto que estaba trabajando lo hacía conveniente. Pero debo confesar que no he cultivado sistemáticamente el estudio de este autor, y que he seguido su obra más bien de lejos, aunque sin perder de vista su evolución. Últimamente he retomado la familiaridad con él, con ocasión de la dirección de una tesis doctoral sobre su pensamiento, pero poco más. En el fondo, me alegro de que las cosas hayan transcurrido así, porque en ocasiones el impacto de un autor o de una obra en un investigador que comienza hace perder libertad intelectual, y pocas cosas resultan más peligrosas para la salud del pensamiento que el encasillamiento escolástico, y pocos caminos conducen más directamente a la escolástica esterilizante que las idolatrías y las canonizaciones intelectuales prematuras. Al respecto, no me resisto a concluir citando una reflexión de mi admirado profesor Antonio Ruiz Retegui: "en la *República*, la discusión sobre el Derecho natural comienza mucho después de que el viejo Céfalo, el padre, el jefe de la casa, se ha alejado para ocuparse de los sacrificios: la ausencia de Céfalo, o de aquello que él representa, parece indispensable para la búsqueda del Derecho natural. (...) [H]ombres del tipo de Céfalo no advierten la necesidad de conocer el Derecho natural"³².

³² El texto es de un manuscrito de A. Ruiz Retegui, sin título, fechado en 1999. El episodio, en Platón, *República* I, 331d-e.

EL DIÁLOGO COMO CAMINO DE LA FILOSOFÍA

PILAR ZAMBRANO

Doctora en Derecho (Universidad de Navarra)

Profesora de Filosofía del Derecho

Universidad Austral

I. INTRODUCCIÓN

Quisiera comenzar por agradecer especialmente a los organizadores de las Jornadas, Santiago Legarre y Cristóbal Orrego, y a quienes los auxiliaron con las innumerables tareas administrativas que suele demandar la organización de este tipo de encuentros, especialmente a los alumnos de la carrera de Derecho. Les agradezco, en primer lugar, por habernos motivado a releer y repensar una obra que, como quedó de manifiesto en estas jornadas, es indudablemente uno de los aportes más importantes a la filosofía jurídica del siglo XX, de lectura casi obligatoria para quienes pretendan tender un puente de diálogo entre tradiciones históricamente impermeables entre sí. Y les agradezco, en segundo lugar, por haber creado la oportunidad para que nos enriquezcamos con los comentarios a esta obra, por parte de quienes como los profesores Rodolfo Vigo, Carlos Massini, Cristóbal Orrego y Pedro Serna, indudablemente nos ofrecerían, como de hecho ocurrió, una mirada novedosa, original y, en lo que a mí respecta, mucho más rica de la que uno puede hacer por sí mismo.

En lo que concierne a las palabras del profesor Pedro Serna, que con mucho honor he aceptado comentar, empiezo por reiterar lo dicho: su lectura de la obra de Finnis me resultó especialmente iluminadora y original. Precisamente por esto, porque su lectura es mucho más rica que la que pueda hacer yo, y a fin de no aburrirlos con reiteraciones, me concentraré sólo en tres de los muchos aspectos de su discurso que me invitaron a la reflexión.

Los puntos que comentaré son los siguientes: la apertura al diálogo de Finnis (§II); el alcance del abandono del discurso metafísico-deduc-

tivo que ha posibilitado este diálogo (§III); la conveniencia de que los interlocutores de Finnis sigan su camino: esto es, que lean las obras de la tradición iusnaturalista, y no meramente sus malas interpretaciones (§IV). Resta aclarar, antes de comenzar, que teniendo en cuenta que este comentario —como acabo de decir— se refiere al trabajo precedente del profesor Serna, prescindiré de un aparato crítico exhaustivo, que el lector podrá encontrar en el trabajo comentado y en otros de este volumen.

II. EL DIÁLOGO COMO MODO DE APROXIMACIÓN

Como señaló el profesor Serna, uno de los principales aportes de Finnis es su capacidad para poner en diálogo al “iusnaturalismo” con el “no-iusnaturalismo”. Me parece a mí que este modo de referirse a los interlocutores de Finnis, los “no-iusnaturalistas”, pone de manifiesto la amplitud del margen de diálogo que abre la obra que comentamos. En efecto, aunque en *Natural Law and Natural Rights* Finnis se detiene en forma particular en el positivismo jurídico anglosajón contemporáneo, lo cierto es que su obra no solamente tiende un puente de diálogo entre el iusnaturalismo y esta particular vertiente de pensamiento, sino, más ampliamente, entre el iusnaturalismo y todo el espectro de la filosofía política y jurídica contemporánea que podríamos englobar bajo el rótulo de “constructivismo ético”. El “constructivismo ético” es, en efecto, el punto de intersección o encuentro entre la versión más depurada del positivismo jurídico, el llamado “positivismo incluyente”, y la otra línea de pensamiento que tradicionalmente se ha enfrentado al iusnaturalismo en un campo adyacente al del pensamiento jurídico¹. Me refiero al liberalismo político constructivista².

¹ Entiendo aquí por “constructivismo ético” la versión moderada del no-cognitismo ético contemporáneo que, al tiempo que niega la razonabilidad intrínseca de las proposiciones éticas, afirma la existencia de criterios objetivos pero contextuales de validez ética. Esto es, criterios que se construyen socialmente dentro y para un discurso moral, delimitado culturalmente en tiempo y espacio. Cfr. sobre esta tendencia Massini, C. I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 20-25. Como señalamos más adelante, Ronald Dworkin es un ejemplo paradigmático de este tipo de “no-cognitismo ético”, según surge de, entre otros escritos, “Objectivity and Truth. You’d Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, 25 (1996), 87. En el ámbito latinoamericano, un exponente típico es Carlos Santiago Nino, con su distinción entre los juicios éticos y la estructura del discurso moral en el cual se predicen dichos juicios, y que sirve de criterio de validación de los primeros, en *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 177. Nino es también, por lo mismo, un exponente típico de la confluencia entre positivismo y constructivismo ético. Cfr. sobre esto Blanco, S., “La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral. La teoría de Carlos S. Nino”, en *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Serna, P. (ed.), Comares, Granada, 2003, pp. 19-26.

² Entiendo aquí por “liberalismo político constructivista” el liberalismo político de autores como John Rawls y Ronald Dworkin, que no aspira tanto a ofrecer una teoría de la justicia neutral,

Comencemos por el diálogo iusnaturalismo-positivismo. Si hay un aspecto de la obra de Finnis que me resultó especialmente atractivo es su capacidad para centrar el debate en las diferencias conceptuales, dejando atrás las diferencias terminológicas. Esta capacidad se pone especialmente de manifiesto en los capítulos del libro en que Finnis trata lo que podríamos llamar los postulados positivistas acerca del concepto del Derecho: (a) la tesis imperativa, que Finnis trata al discurrir sobre la obligatoriedad del Derecho; (b) la tesis coactiva, que Finnis trata conjuntamente con el problema de la autoridad; (c) la tesis de las fuentes sociales, que Finnis trata conjuntamente con el concepto de ley³. En todos los casos Finnis comienza la explicación asumiendo como inicialmente válida la descripción positivista del problema.

Así, Finnis acepta que el Derecho positivo, y en especial la ley, es obligatoria en un sentido mucho más fuerte del que puede serlo, por ejemplo, una promesa. A diferencia de lo que ocurre con las obligaciones nacidas de promesas, cuya obligatoriedad se desvanece con un cambio relevante de circunstancias; las obligaciones que nacen de la ley positiva son invariables: la única razón para que la obligación legal se desvanezca sería un cambio de circunstancias que la misma ley haya previsto. En síntesis, el Derecho es imperativo, no es una expresión de deseos, ni un consejo, ni una expresión de estados ideales de cosas⁴.

En relación con la tesis de las fuentes sociales, la explicación de Finnis es todavía más "positivista": la validez de la ley comienza y finaliza en el sistema legal positivo. Una vez que el último intérprete del sistema, normalmente un tribunal supremo con competencia constitucional, ha

como una teoría de la justicia "construida", bien a partir de algunas de las ideas políticas que estructuran la tradición del pensamiento político democrático (John Rawls), o bien sobre la base de algunas de las ideas éticas que estructuran el discurso moral de las sociedades democráticas liberales (Ronald Dworkin). A saber, las ideas políticas y éticas capaces de dar sustento a los rasgos más salientes de cualquier teoría de la justicia liberal, y al antiperfeccionismo en especial. Cfr. en el primer sentido, Rawls, J., *El liberalismo político*, A. Doménech, (trad.), Crítica, Barcelona, 1996, pp. 133-138; y en el segundo, Massini, R., *Ética Privada e igualitarismo político*, Doménech, A., (trad.), Paidós, Barcelona, pp. 63-66.

³ En esta descripción de los rasgos estructurales del positivismo jurídico seguimos a Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, De Asís, R., Greppi, A., (trads.), Debate, Madrid, 1993, pp. 141-143. Aunque como toda tradición de pensamiento el positivismo jurídico no admite una definición uniforme y única, aplicable sin variantes a todos sus cultores, las tres tesis descritas –y particularmente, la tesis legalista o de las fuentes sociales –parecen un punto de encuentro bastante más sólido entre los "iuspositivistas" que otras tesis, tales como las de la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, y la aplicación mecanicista del Derecho. Cfr. entre otros, Bobbio, N., *op. cit.*, pp. 240-241; Greenwalt, K., "Too thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism", en George, R.P. (ed.), *Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 2; Serna, P., "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", *Persona y Derecho*, 37 (1997), p. 291; Waluchow, W.J., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 2003, pp. 81-83.

⁴ Cfr. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1992 (7ma. Edición), cap. XI (de ahora en más NLNR).

decidido que una ley es válida, entonces la ley será, dentro del sistema, válida⁵.

Finalmente, en relación con la tesis coactiva, Finnis admite que la coacción es un factor necesario del Derecho positivo, dadas las condiciones sociales que una norma de Derecho positivo está destinada a regular⁶.

Pero Finnis avanza más allá de estas definiciones descriptivas, y se pregunta por las razones justificativas de estas características del Derecho positivo. Y en la respuesta a esta pregunta, a este para qué, no solamente justifica moralmente al Derecho positivo, con sus rasgos propios, sino que lo vuelve a conceptualizar⁷. La observación de Serna de que el aporte de Finnis en relación a este punto se limita a justificar moralmente la concepción que ofrece Raz del Derecho me parece sólo parcialmente cierta por dos motivos. En primer término, porque las tesis que aborda Finnis son algo así como el "esqueleto" de cualquier concepción positivista del Derecho⁸. En segundo término, porque en el avance desde la descripción fáctica de la práctica jurídica hasta sus fundamentos morales (que él llama fundamentos de razón práctica) Finnis hace algo más que justificar la práctica que denominamos "Derecho": vuelve desde el plano justificativo al plano conceptual y ofrece una conceptualización mucho más fiel de la práctica jurídica que la que puede ofrecer una descripción pretendidamente neutral.

Veámoslo con las tesis de las fuentes sociales y de la obligatoriedad del Derecho. Finnis no encuentra ningún problema en aceptar que desde un punto de vista estrictamente legal, la validez (y también la obligatoriedad) de las normas derive exclusivamente de las reglas que regulan su producción (las reglas secundarias de Hart). El constitucionalismo no cambia mucho esto, pues cuando el último tribunal decide que una norma es válida y que se dan las circunstancias descritas en la norma como presupuesto de una obligación legal, entonces la ley es válida y la obligación legal se mantiene. Sin embargo, diría Finnis, el punto de vista estrictamente legal en el estudio y en la definición del Derecho es deliberadamente reducido.

⁵ Cfr. *NLNR*, pp. 266-270.

⁶ Cfr. *NLNR*, pp. 260-265.

⁷ La aproximación de Finnis al estudio del Derecho se asimila notablemente a la de Sergio Cotta, en *El derecho en la existencia humana*, Peidró pastor, I., (trad.), Eunsa, Pamplona, 1987, pp. 13-28. Allí afirma este autor, en efecto, que la aproximación al Derecho puede realizarse en distintos niveles de análisis. Y, aunque el estudio del Derecho pueda comenzar con una mirada a lo que él denomina su "morfología" externa e interna, esto es, con una descripción del Derecho como conjunto de normas imperativas, coactivas y legales, esta mirada, por incompleta, deformaría el objeto analizado si no avanzara desde el "qué" hacia el "para qué" de la práctica de vincularnos socialmente mediante normas imperativas, coactivas y legales.

⁸ Cfr. citas de nota 4.

En la práctica que llamamos "Derecho" se realiza una doble opción, de entre muchas otras opciones posibles: primero, la opción de sujetar la validez de sus normas y la obligatoriedad de las conductas previstas en las normas jurídicas, exclusivamente al razonamiento práctico de la autoridad. Segundo, la opción de sujetar, a su vez, el razonamiento práctico de la autoridad, a un tipo especial de normas que también pertenecen a la práctica (las normas secundarias)⁹.

Con esta aclaración Finnis pone de relieve algo que puede parecer obvio, pero que en rigor no lo es. A saber, que el postulado de las fuentes sociales y de la imperatividad del Derecho es una opción, de entre muchas otras opciones posibles, de comprender y de tratar al Derecho. Es la opción por: (a) encapsular las decisiones de la autoridad y hacerlas inmunes, en su validez y en su obligatoriedad positiva, al razonamiento moral de quienes no tienen autoridad para decidir asuntos de coordinación; (b) y obrar dentro del sistema como si fuera perfecto, aun cuando sepamos que no lo es. Esto es, obrar como si la autoridad efectivamente hubiera resuelto todos los problemas de coordinación relevantes de un modo definitivo y suficiente. Fingir, en síntesis, que el conjunto de los mandatos que denominamos jurídicos conforman un ordenamiento o sistema pleno y coherente.

III. EL DIÁLOGO Y SU CONEXIÓN CON LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA

La pregunta obvia, en este punto, es ¿por qué elegimos restringir la entrada del razonamiento práctico en un sistema ficticio, dándole relevancia únicamente al razonamiento práctico de la autoridad? ¿por qué elegimos, en palabras de Raz, tratar a las normas jurídicas como razones "excluyentes" —y por tanto suficientes y últimas— para actuar? Finnis responde: porque es un requerimiento de la razón práctica. Porque es bueno para la convivencia humana en sociedad que los problemas de coordinación se solucionen por medio de la autoridad.

Esta respuesta al porqué de la tesis de las fuentes sociales y de la obligatoriedad o imperatividad del Derecho es el comienzo de la respuesta a otra pregunta: ¿hay otros sentidos en que una ley positiva puede obligar, además del sentido legal? Si la obligatoriedad o imperatividad del Derecho positivo se asienta en última instancia en una razón de orden moral, a saber, que es un buen método (en sentido moral) para solucionar problemas de coordinación, entonces la respuesta cae de madura: sí, el derecho positivo obliga también en sentido moral.

⁹ Cfr. *NLNR*, pp. 252-254.

Si el carácter imperativo del Derecho no es arbitrario ni, por tanto, ilimitado, si hay razones de orden moral que justifican la imperatividad del Derecho, estas mismas razones explican cuándo y porqué esta imperatividad cede. La obligación moral de obedecer al derecho positivo cede, precisamente, cuando el fundamento de esta obligación moral desaparece, esto es, cuando la autoridad no se ejerce para solucionar razonablemente problemas de coordinación¹⁰. Resumiendo, la toma de conciencia de que la validez y obligatoriedad del derecho positivo es una opción de los participantes de la práctica jurídica permite preguntarse por el fundamento de esta opción, y preguntarse por el fundamento permite, a la vez, medir su alcance.

Para el positivismo decimonónico, no solamente la única fuente del Derecho era la ley, sino que además la ley era completa y por tanto suficiente para resolver todos los problemas jurídicos imaginables¹¹. El positivismo más sofisticado de autores como Hart admite que la tesis de las fuentes sociales no implica simultáneamente plenitud, y que por tanto el sistema puede no ser tan perfecto como uno quisiera. Esto es, que pueden haber casos de lagunas –aunque sólo en situaciones extremas o difíciles en las que lo que está en cuestión son las normas “secundarias”– en los que el juez cuenta con una discreción cuasi absoluta para completar el Derecho. En su última versión, el denominado “positivismo incluyente”, admite una suerte de incursión de la moral en el Derecho, bajo el estricto control de las “reglas de reconocimiento”¹². En cualquier caso, el positivismo no se pregunta en ninguna de sus versiones, porque no estima que sea una pregunta propia de la teoría del Derecho, cuál es el fundamento, ni cuál por tanto el fin al que tiende, la decisión de “encapsular” –total o parcialmente– el razonamiento moral de la autoridad.

La falta de respuesta acerca de los fines que justifican o pueden justificar la decisión de hacer del orden jurídico un orden más o menos impermeable al razonamiento moral de quienes no ocupan cargos de autoridad, genera graves aporías. Me detengo en las dos que me resultan más evidentes y más graves: en primer lugar, sin una reflexión acerca de los fines de la autoridad, no es posible evaluar la razonabilidad de las decisiones autoritativas. Quizá precisamente por esto Hart se empeñó tanto en que los llamados “casos difíciles” debían ser completados por la

¹⁰ Finnis explica, siguiendo en este punto casi a la letra a Tomás de Aquino, que el hecho de que una ley positiva no sea moralmente obligatoria, no autoriza siempre a su desobediencia, pero excede los límites de esta presentación detenerme aquí en esta explicación. Cfr. *NLNR*, pp. 354-362.

¹¹ Cfr. Lombardi Vallauri, L., *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, CEDAM, 1981, pp. 25-115.

¹² Cfr. Waluchou, W.J., *op. cit.*, pp. 174-182.

autoridad con una creación jurídica discrecional¹³. Porque carecía de un criterio que le indicara cuáles eran los fines a los que tiene que apuntar la autoridad en los muchos casos en que con su decisión crea nuevo Derecho. Por la misma razón, sin una reflexión acerca de los fines de la autoridad, no hay criterio para decidir cuándo puede ser razonable dejar de lado la ficción de que el sistema legal no admite ser confrontado con el razonamiento práctico del ciudadano obligado. No hay criterio para decidir, en otras palabras, cuándo y porqué la obligación legal puede o debe ser dejada de lado por respeto a la obligación moral, la misma obligación moral que en otros casos me obliga a asumir la obligación legal como válida.

En síntesis, la capacidad de Finnis para pasar del infructífero campo de las diferencias terminológicas al mucho más interesante campo de las diferencias conceptuales permite advertir lo siguiente: la crítica que, desde el iusnaturalismo hace Finnis al positivismo jurídico (el normativo, de Kelsen, y especialmente el conceptual, de autores como Hart) no pretende tanto mostrar su falsedad como su insuficiencia. O, en todo caso, pretende mostrar que lo que puede tener de falso una descripción positivista del Derecho se origina, sustancialmente, en el carácter deliberadamente parcial de su mirada. ¿Por qué esta deliberada superficialidad o parcialidad? Como señaló Serna en su trabajo "Sobre las respuestas al positivismo jurídico": por razones metodológicas que tampoco se han justificado¹⁴. Y estas razones metodológicas no se han justificado, o bien porque se dan por sentadas "injustificadamente", o bien porque, como muestra Finnis en el primer capítulo de *Natural Law and Natural Rights*, en realidad esconden valoraciones de las cuales los mismos observadores muchas veces ni siquiera son conscientes¹⁵.

Como se acaba de indicar, el positivismo más actual –en su vertiente "incluyente"–, en una suerte de retirada frente a críticas como, entre otras, las que despliega Finnis en este libro, ha ido cediendo cada vez más a la evidencia de que la separación tajante entre el Derecho y la moral, es más una expresión de deseos que una descripción fiel de la práctica jurídica¹⁶. Algo parecido ha hecho el liberalismo en el plano político: ha

¹³ Cfr. Hart. H.L., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 154.

¹⁴ Cfr. Serna, P., "Sobre las respuestas al positivismo jurídico", *op. cit.*, p. 296.

¹⁵ Cfr. *NLNR*, pp. 11-18.

¹⁶ Sobre este giro ver, entre otros, Bix, B., "Legal Positivism", *University of Minnesota Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, http://ssrn.com/abstract_id=369782, p. 3, 17 y ss. El debate interior al positivismo entre positivistas incluyentes y excluyentes se generó a raíz de la crítica de Ronald Dworkin a las tesis positivistas de Hart acerca de la separación entre Derecho y moral en la determinación de la validez del Derecho y en su interpretación, esbozada particularmente en una serie de artículos publicados entre 1965 y 1976, y recopilados en los primeros seis capítulos de *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977. Las primeras respuestas a estas críticas de Dworkin

tomado conciencia de que, a la hora de justificar moralmente las exigencias jurídicas no alcanza con un discurso pretendidamente “neutral”, ni muchos menos con consideraciones de tipo utilitarista. Hace falta una justificación que apele a las convicciones éticas del sujeto obligado jurídicamente¹⁷.

Sin embargo, tanto el positivismo “incluyente”, como el liberalismo político permanecen firmes en su convicción de que el orden moral no es un orden de razones intrínsecas¹⁸. Pero si esto es así, si efectivamente el orden moral es un orden de preceptos extraños a la razón, la conclusión de que el orden jurídico y político está abierto al orden moral resulta especialmente incómoda para quienes tienen pretensiones científicas para la teoría o filosofía del Derecho, o para la filosofía política. Una solución rápida y eficaz la han encontrado no pocos autores, como Carlos S. Nino, en el recurso al constructivismo ético.

¿Qué es el constructivismo ético? Es un intento de dotar de racionalidad al debate ético, sin ceder en la convicción de que los principios y normas morales carecen de objetividad intrínseca. La objetividad del discurso moral o ético está dada por su coherencia interna, no por la relación del discurso en su totalidad con una realidad ya dada. Ronald Dworkin dice,

aparecieron en los siguientes trabajos: Soper, E. Ph., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, *Michigan Law Review*, 75 (1977), 473; Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), 139 (reimpresos en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Cohen, M., ed., Duckworth, London, 1984, caps., 1 y 2) y LYONS, D., “Principles, Positivism and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, 87 (1977), 415. Dworkin respondió a éstas y otras críticas en “Seven Critics”, *Georgia Law Review*, V. 11, N° 5 (1977), y en *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 247-300. El propio Hart también respondió a las críticas de Dworkin en el *Poscriptum* de Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-276. Entre los principales referentes del “exclusive legal positivism” cabe incluir a Leiter, B., en “Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis”, *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Coleman, J., (ed.), 2001, 355; Joseph Raz, en “Legal Positivism and the Sources of Law”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979, 37; Scott Shapiro, en “On Hart’s Way out”, *Hart’s Postscript: (...)*, *op. cit.*, 149; Marmor, A., en “Exclusive Legal Positivism”, *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J., & Shapiro, S., (eds.), 2002, 104-124. Por su parte, el “Inclusive legal Positivism” nuclea a autores como Coleman, J., en “Negative and Positive (...)”, *op. cit.*, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 2 (1998), 381, y *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001; y Waluchow, W.J., *op. cit.*, y “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Legal Positivism”, *Legal Theory*, 6 (2000), 45-82.

¹⁷ El “consenso entrecruzado” de John Rawls es un recurso especialmente representativo de esta aspiración del liberalismo político contemporáneo de justificar el orden jurídico y político frente a la conciencia moral de los ciudadanos. Cfr. Rawls, J., *El liberalismo político*, Doménech, A. (trad.), Crítica, Barcelona, 1996, p. 182 y ss.

¹⁸ Algunos autores, como W. J. Waluchow, no consideran que sea siquiera necesario detenerse en el problema de la objetividad del orden moral, aun cuando reconozcan expresamente que el Derecho está abierto al razonamiento moral. Cfr. Waluchow, W.J., *op. cit.*, p. 2, n. 3. Otros, como Carlos Santiago Nino, utilizan la estrategia aquí descrita de “pedir prestada” una dosis de objetividad al constructivismo ético.

al respecto, que él no es un “escéptico interno”: dentro del sistema de normas morales creadas convencionalmente hay objetividad, pues hay relaciones lógicas entre las normas. Y aunque no asume explícitamente un “escepticismo externo”, considera que no es posible ni necesario evaluar la correspondencia del discurso con una realidad que de algún modo se encuentra “frente” al discurso¹⁹.

Pues bien, desde mi punto de vista, uno de los desafíos más interesantes de la filosofía iusnaturalista actual es, precisamente, mostrar la incapacidad del iuspositivismo incluyente, como teoría del Derecho, de dar cuenta de la vinculación conceptual entre Derecho y moral; y del liberalismo constructivista, como teoría política, para dar cuenta, de la relación justificativa entre el orden moral y el orden jurídico. Y de explicar esta incapacidad por su obstinada negación de una objetividad moral fuerte²⁰.

Y me parece a mí que la obra de Finnis es un aporte especialmente útil en este orden de consideraciones, porque Finnis se esfuerza, a mi juicio con éxito, en demostrar que el cognitivismo ético no solamente es compatible con una reflexión científica seria, sino que además es tan necesario como posible. Pone de manifiesto, en la primera parte del libro, que es posible hacer una reflexión ética con todas las exigencias metodológicas propias de una reflexión auténticamente filosófica.

IV. EL DIÁLOGO: ESFUERZO Y SINCERIDAD

En este sitio me parece pertinente volver la atención sobre el segundo punto del comentario del profesor Serna que quisiera comentar: Finnis puede dialogar con el “no-iusnaturalismo” porque deja a un lado el discurso metafísico-deductivo tan típico del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVI a XVIII. Estoy completamente de acuerdo en esto y creo que autores como Dworkin harían bien en leer a Finnis. Como bien explicó el profesor Serna, Finnis es muy claro en su refutación de la acusación de la falacia naturalista.

Sin embargo, me parece importante insistir en que la respuesta a esta acusación es exclusivamente epistemológica. Finnis explica el proceso de conocimiento de las normas éticas, y de toma de decisiones éticas. El conocimiento y la toma de decisiones éticas se inserta siempre, desde el

¹⁹ Cfr. “Objectivity...”, *op. cit.*, p. 128.

²⁰ Tomo la expresión de Massini, C.I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 44, siguiendo en este sentido a Agazzi, E., “Analogicità del concetto di scienza. Il problema del rigore e dell’oggettività delle scienze umane”, AAVV, *Epistemologia e scienze umane*, V. Possenti (ed.), Milán, Massimo, 1979, pp. 69-70.

principio, en un razonamiento práctico, un razonamiento que comienza con principios muy abstractos acerca de lo bueno, sigue con principios muy abstractos acerca de lo debido en general, y concluye en reglas muy concretas acerca de lo debido aquí y ahora. En el plano del conocimiento no hay ninguna derivación del deber ser desde el ser.

Sin embargo, Finnis no niega como sí hace Dworkin, que todo este proceso de conocimiento y decisión tenga alguna relación con una realidad que es en gran parte (aunque no en todo) ya dada. Finnis no niega sino que más bien insiste en que aquello que la ley natural nos manda realizar en general son los fines de nuestra propia naturaleza. Nada más que esta conclusión no es una conclusión práctica, diría Finnis, sino una conclusión teórica. Y agregó: una conclusión teórica que el constructivismo ético no está dispuesto a aceptar. Quizá por esto, porque el constructivismo ético no está dispuesto a aceptar la relación entre el bien moral y el bien ontológico, y entre el conocimiento práctico y el teórico, es que le cuesta tanto ver como evidentes los primeros principios prácticos de la ley natural que, aunque no evidentes para todos, son evidentes en sí mismos. Recuerdo aquí las conferencias del profesor Orrego y el comentario del profesor Legarre: es claro que hay una lucha por el Derecho natural. El problema es que muchos van en la dirección equivocada. Y agregó: quizá vayan en la dirección equivocada porque, en última instancia, lo que no aceptan, es que los primeros principios del razonamiento práctico y sus conclusiones próximas y remotas tienen que ver con un bien que no sólo es moral, sino también ontológico.

Esto nos lleva al último punto que me parece interesante comentar: la necesidad de que el "no-iusnaturalismo" (e incluyo acá tanto al positivismo incluyente como al liberalismo político) haga lo mismo que ha hecho Finnis (y muchos otros): leer a su "enemigo".

La obra de Finnis que hoy comentamos sería un buen comienzo en estas lecturas, por lo dicho antes: sin vaciar de contenido los términos, utiliza un lenguaje que resulta especialmente apropiado para lectores formados en tradiciones ajenas a la tradición iusnaturalista en que se inserta la obra. Más aún, Finnis pone al descubierto en su obra muchas diferencias puramente terminológicas, y permite concentrar el diálogo en las más reducidas y también más sustanciales diferencias conceptuales.

Para finalizar, me parece relevante insistir en lo siguiente: Finnis pone de manifiesto, especialmente en el primer capítulo de su libro, que ni el positivismo jurídico ni ninguna ciencia que pretenda describir una conducta humana, como el Derecho, puede ser completamente neutral en la descripción, aun cuando quiera serlo. Finnis pone de relieve que, al elegir el "caso central" o, en palabras más tradicionales, el analogado principal desde el cual se estudia el fenómeno jurídico, el positivismo

ha definido su objeto de estudio valorativamente, aunque no lo quiera o sepa advertir. Pero la crítica de Finnis, como quedó dicho, no se dirige solamente a esta falta de lógica o de coherencia, que ya sería bastante. Es también a la falta de verdad. Porque en su obstinada negación del carácter valorativo de su observación, y en su obstinada decisión de desplazar cualquier resabio de valoración de sus descripciones, el positivismo termina deformando el objeto, esto es, la práctica social que denominamos "Derecho". No solamente restringe la mirada, sino que además, en esta restricción, la deforma.

Esta acusación es, claro está, extensible al "no iusnaturalismo" en su conjunto, en su intento de crear una teoría de derecho y una teoría de la justicia sobre la base de una pretendida descripción neutral del consenso social que subyace al pensamiento político de las democracias constitucionales. De forma que tanto el liberalismo, como el positivismo, cada uno en su área, harían bien en aceptar que hay valoración en su descripción, y en asumir la necesidad de justificar esta valoración. Ambas teorías o concepciones, desde mi punto de vista, probablemente descubrirían que tienen muchos más puntos en común con el iusnaturalismo de lo que son capaces de advertir. Sin embargo, está claro que difícilmente tomen la mano que se les tiende, porque más allá de la inevitabilidad y de la necesidad de la valoración, no creen en su posibilidad. No creen en el carácter racional de los juicios de valor de forma que, darles entrada sería tanto como perder su pretendido status de "ciencia". Claro que con la renuncia que sí están dispuestos a hacer, pierden mucho más que una posibilidad de encuentro con otra tradición: pierden su propia justificación.

EL DIÁLOGO ENTRE EL PENSAMIENTO DE JOHN FINNIS Y LA TRADICIÓN ROMANO-GERMÁNICA

ALFREDO DE J. FLORES

Doctor en Derecho (Universitat de València)

Profesor de Historia del Derecho

Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

I. INTRODUCCIÓN

En el momento actual, se puede apuntar que la divulgación de la obra de John Finnis¹ en los países del sistema romano-germánico ha generado una situación de veras peculiar, que sería la cuestión de la interpretación de su pensamiento en una tradición distinta de la que ese autor se ubica. Además de eso, a juzgar por la gran repercusión de sus ideas, se percibe que es necesario buscar una propuesta de lectura de ese diálogo, que al final favorezca ese contacto respetando las características de cada contexto jurídico, el romano-germánico por un lado, y el anglosajón por otro.

En ese sentido, se intentará definir en esta investigación una propuesta para tal diálogo. Para ello, necesitaremos destacar dos puntos de vista: primeramente, un examen analítico que es preliminar al estudio, en que se hace una presentación de diferencias y similitudes entre las tradiciones mencionadas, y en seguida un enfoque sintético, que evalúa los posibles efectos de un contacto entre ambos idearios, como una revisión de en-

¹ John Mitchell Finnis nació en Adelaida, Australia, en 1940. Después de su formación jurídica en la *Adelaide University*, pasó a estudiar en la Universidad de Oxford, Inglaterra, entre 1962 y 1965, haciendo su tesis bajo la dirección de Herbert L. A. Hart. En el año de 1966, recibe la invitación de su director de tesis para elaborar un libro de título *Natural Law and Natural Rights*, que, publicado en 1980, se convierte en la obra de referencia del pensamiento iusnaturalista actual, haciendo de Finnis uno de los más reconocidos iusfilósofos contemporáneos.

foques y una profundización de los respectivos fundamentos teóricos a partir de esa comparación.

De este modo, se buscará indicar que la comprensión del pensamiento de Finnis por la tradición romano-germánica necesita una mediación histórica que evite la lectura equivocada de tomar ese ideario como base de toda una experiencia jurídica que debería ser reordenada por derivación desde sus postulados. Además, de otro lado, no se puede olvidar que el método defendido por Finnis para las ciencias sociales descriptivas debe representar una revisión en la tradición romana de sus posturas, para volver a sus orígenes en el pensamiento clásico.

Partiendo de esas consideraciones, este trabajo de investigación será desarrollado según dos puntos de vista, que serían: en un primer momento, (1) una ubicación del pensamiento de ese iusfilósofo dentro de su tradición de 'Common Law' y, siguiendo en esos razonamientos, (2) los efectos del diálogo que se está instaurando en los tiempos actuales a partir de las obras de J. Finnis entre la experiencia jurídica anglosajona, que es el fundamento de sus ideas, y la tradición del Derecho romano, teniendo continuidad en el sistema "romano-germánico", como los científicos de la comparativística lo denominan.

II. UBICACIÓN DEL PENSAMIENTO DE FINNIS EN LA TRADICIÓN JURÍDICA ANGLOSAJONA

La perspectiva inicial es la analítica, que tiene por fundamento un tópico preliminar, la comparación entre las tradiciones anglosajona y romano-germánica; ese tópico será visto más particularmente en el propio ideario de Finnis, pues así se evita que tengamos consideraciones genéricas que serían más bien propias en un examen de la ciencia del Derecho comparado.

El enfoque comprende dos pasos en la historia del autor: inicialmente (a) la formación en la tradición del 'Common Law' en Australia y (b) la aproximación posterior al pensamiento de Herbert L. A. Hart en Inglaterra.

1. LA FORMACIÓN DEL AUTOR EN EL 'COMMON LAW' Y EN LA ESCUELA ANALÍTICA

La forma más adecuada para tratar esas diferencias y similitudes entre dichos sistemas es tener en concreto la formación jurídica de Finnis, donde se observa la presencia de la visión jurídica del 'Common Law' ya en sus estudios iniciales, a que se añade su introducción en la Escuela Analítica inglesa en momento posterior, durante su doctorado.

Respecto de su formación, basta con referir que Finnis hizo la facultad de Derecho en la *Adelaide University*, en Australia, en que ha recibido su formación jurídica². En ese curso, como hasta los días actuales, se estudia el sistema legal australiano, que tiene por fundamento histórico el 'Common Law' inglés. Eso explica además la posterior actuación de Finnis como barrister en los tribunales de Londres³, en que corrientemente hacía la defensa del gobierno de su país en cuestiones de materia constitucional que eran referentes a la federación.

A continuación, fue a la *Oxford University*, donde estudió de 1962 a 1965 y terminaría presentando una tesis doctoral sobre la "Idea de Poder Judicial", dirigida por Herbert Hart. En tal tesis se percibe un vínculo con su formación universitaria, ya que hace una explicación de la estructura del Poder Judicial en Australia.

Mas tal contacto con el más importante representante del pensamiento analítico inglés ha tenido repercusiones profundas en Finnis, que representan un segundo paso en el desarrollo de su pensamiento, cuando entonces se puede decir que el autor australiano, en esa época del doctorado, seguiría las ideas de Hart. Dentro de ese contexto, estando de nuevo en Oxford en 1966, Finnis recibió un encargo del mismo Hart para hacer un libro sobre la temática de la ley natural, lo que, en la situación que estaba, sería para él un trabajo interesante, pero sin grandes pretensiones. Dicha obra fue después publicada como *Natural Law and Natural Rights*⁴, y fue una señal de todo ese proceso de desenvolvimiento de su pensamiento hacia el iusnaturalismo.

2. EL CONTEXTO HARTIANO DE SU DISCURSO

En su famosa obra, *Ley natural y derechos naturales*, se manifiesta patentemente todo ese proceso de transformación y profundización del pensamiento de Finnis, en que pasa de las posiciones analíticas hacia las iusnaturalistas. Es verdad que el letrado australiano durante ese período de gran influencia hartiana en su pensamiento también emprendía estudios

² Según se nota en el artículo: Legarre, Santiago. 'El ius-naturalismo positivista de John Finnis' en *El Derecho*, vol. 179, 1998, pp. 1202-1214, esp. p. 1202.

³ Legarre. *ibidem* p. 1204.

⁴ La edición original es Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, Clarendon Press, 1980. Conforme apunta el traductor de la obra para la lengua española, "en el año de 1966, de regreso en Oxford tras su paso como Asociado en Derecho (Profesor Ayudante) por la Universidad de California-Berkeley, John Finnis recibió el encargo, de parte de H. L. A. Hart —entonces editor de la *Clarendon Law Series*—, de escribir un libro titulado *Natural Law and Natural Rights*. El título fue elegido por Hart y nunca se discutió" (Orrego, C. 'Estudio preliminar' in Finnis, J. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 9).

de carácter filosófico⁵. En ese caso, se percibe que su pensamiento hizo un proceso de universalización a partir de un particular que fue construido desde la teoría analítica. En otros términos, Finnis inició sus estudios en la técnica del 'Common Law' y siguió hacia una visión teórico-jurídica analítica, para después, mediante la contribución del pensamiento de la filosofía iusnaturalista clásica, entender la esencia del Derecho, pero presuponiendo su experiencia anterior.

Ese proceso histórico del pensamiento de Finnis es de hecho su visión jurídica. De lo concreto de la práctica del Derecho, la *empeiria*, pasó para lo universal que el iusnaturalismo habría de confirmar en sus estudios. Además, eso muestra que Finnis vivió la experiencia del proceso metodológico que explica en el primer capítulo de *Natural Law*, el pasaje del punto de vista externo hacia el interno hermenéutico, y en seguida el punto de vista del 'spoudaios' o 'phronimos', el prudente que vive plenamente la realidad de las relaciones que describe⁶.

Con todo, no se puede olvidar que esa historia de su pensamiento tiene la base fundada en el sistema 'Common Law'; además, en el momento en que dicho autor llega a trabajar con las categorías de la filosofía perenne, comprende que no debería rechazar su experiencia jurídica, sino que era preciso revisitarla desde los patrones iusnaturalistas. Por eso, en *Natural Law* ha dispuesto una exposición científico-jurídica, visible en la segunda parte de dicho libro, que es seguramente reflejo de una técnica jurídica de 'Common Law'. Así, con la terminología propia de la práctica jurídica de la Comunidad británica, llega a profundizarla a partir del rigor que la Escuela analítica le había enseñado, para entonces alcanzar el aspecto universal con la visión clásica. Pero es menester resaltar que esa experiencia pertenece a la cultura anglosajona; por eso, la lectura en otra tradición jurídica demanda una percepción de los aspectos particulares, para que se eviten derivaciones académicas de toda la obra de Finnis, mediante la importación de sus conceptos más específicos para ese contexto jurídico distinto.

Además, aunque la posición de Finnis, con el tiempo, fuese cada vez más distante de la visión de Hart, es innegable que su teoría jurídica iusnaturalista acepta postulados que antes serían referibles solamente al iuspositivismo, lo que explica su ciencia sobre tal posición⁷. La aceptación

⁵ Recordaba S. Legarre que "prestó especial atención a la obra de Santo Tomás de Aquino, un autor totalmente nuevo para él" (Legarre. *op. cit.* p. 1203).

⁶ Eso explica en una nota a pie de página: "Behind Aristotle's cardinal principle of method in the study of human affairs-viz. that concepts are to be selected and employed substantially as they are used in practice by the *spoudaios* (the mature man of practical reasonableness)" en Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. *cit.* p. 15.

⁷ El propio autor ha reconocido su vinculación con el pensamiento analítico, como cuando habría de afirmar en el *Preface* de su obra que "every author has his milieu; this book

por Finnis de que hay aspectos del pensamiento analítico que son verdaderos es, en verdad, el reconocimiento de que una visión científico-jurídica rigurosa puede explicar lo real de la vida práctica sin que necesariamente sea una derivación teórica de algún iusnaturalismo.

También porque conocía el discurso hartiano, Finnis percibe que era preciso establecer un diálogo con los defensores de la Escuela analítica⁸, sobre todo cuando busca explicar que la ley natural no se trataba de una mera ficción o retórica académica. Aquí entraría la cuestión sobre los efectos de ese intercambio entre las distintas culturas jurídicas en estudio.

Como conclusión, se debe apuntar que el papel cultural del sistema de 'Common Law' es algo de veras presente en la obra de Finnis, sobre todo porque corresponde a su formación primordial y primera como jurista. Teniendo eso en cuenta, se debe recordar además que no se puede reducir todo su trabajo al ámbito de su experiencia jurídica, pues, en su condición de un autor de la Filosofía jurídica, profundiza su análisis hacia una percepción de la esencia, la que ha entrevisto en la tradición romanística.

III. EFECTOS DEL DIÁLOGO ENTRE EL PENSAMIENTO DE FINNIS Y EL SISTEMA ROMANÍSTICO

A partir de lo reflejado en el examen analítico, se pasará al enfoque sintético, en que se busca mostrar los posibles efectos que existen a partir del contacto del pensamiento de Finnis con la tradición romano-germánica.

El examen en ese punto de vista sintético puede ser establecido en tres pasos, que son perceptibles en la historia del pensamiento de Finnis y de sus repercusiones. Inicialmente, (a) la influencia de la filosofía clásica y su substrato romanístico en Finnis, siguiendo con (b) la comprensión de Finnis desde la tradición romana y al final (c) la comprensión de esa tradición desde lo que ese autor presenta en su metodología.

has roots in a modern tradition that can be labelled 'analytical jurisprudence', and my own interest in that tradition antedates the time when I first began to suspect that there might be more to theories of natural law than superstition and darkness" en Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. cit. p. vi.

⁸ En ese sentido, recuerda C. Massini Correas que "por otra parte, conviene aclarar también que la audiencia para la que fue escrito el libro, es decir, el ambiente intelectual de Oxford y, en general, del mundo anglosajón, ha determinado decisivamente tanto el lenguaje y la forma adoptados, como el repertorio de los temas abordados y las argumentaciones desarrolladas", según se observa en Massini Correas, Carlos. 'El derecho y la justicia. Una contribución actual al iusnaturalismo' en *El Derecho*, Buenos Aires, 28 dic. 2000, n. 10161, año XXXVIII, pp. 1-3, esp. p. 1.

1. LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA EN FINNIS: LA INFLUENCIA DE TOMÁS DE AQUINO

Los estudios hechos por el profesor de Oxford durante la elaboración de *Natural Law* resultaron en un cambio de perspectivas en su pensamiento. El tema de la ley natural era algo más que mera curiosidad; era en verdad el tema a discutir en su ámbito jurídico anglosajón.

En ese momento, Finnis percibe la profundidad del pensamiento de Tomás de Aquino. El criterio necesario para refrendar sus reflexiones era evidente: el pensamiento aristotélico-tomista alumbraba el camino para comprender la acción del hombre, los bienes humanos y las exigencias de concreción de tales bienes. Pero esa lectura es todavía más profunda cuando ha leído las obras de Germain Grisez, que es un paradigma en el debate filosófico-teológico de la actualidad sobre Santo Tomás. La influencia de Grisez⁹ en su ideario es confirmada de modo categórico por el propio Finnis, pero está más en lo que toca a la interpretación del ideario del teólogo medieval.

Así, cuando Finnis defiende nociones de Tomás de Aquino, aunque lo haga mediante su nomenclatura, según se puede observar en *Natural Law and Natural Rights*, hace referencia a conceptos que serían utilizados por el Doctor Angélico. Trabaja de una forma más detallada el pensamiento de Santo Tomás en su libro *Aquinas*, en que presenta tópicos que se vinculan a la filosofía moral del Aquinate, teniendo su desarrollo en los ámbitos jurídico y político¹⁰. De todas formas, se nota en el examen hecho por el teólogo, que el fundamento de su análisis del Derecho se centra en la tradición jurídica romana, lo que habría de ser apreciado por el propio Finnis a través de sus estudios¹¹ sobre Tomás de Aquino.

⁹ Tal influencia en Finnis, de una nueva lectura del pensamiento de Santo Tomás, es notada en su más importante artículo, donde presenta esa propuesta de relectura en contra de la posición neotomista, "I propose to show how far this interpretation misses Aquina's real position. My main purpose is not to contribute to the history of natural law, but to clarify Aquina's idea of it for current thinking. Instead of undertaking a general review of Aquina's entire natural law theory, I shall focus on the first principle of practical reason, which also is the first precept of natural law" (Grisez, Germain. "The first principle of practical reason: a commentary on the *Summa theologiae*, 1-2, question 94, article 2' in *Natural Law Forum*, vol. 10, 1965, pp. 168-201, esp. p. 168).

¹⁰ Anotaba Finnis que "for the past thirty years or so, my work in moral, political, and legal theory has employed principles which seemed to me to be substantially those employed by Aquinas in his main writings on practical reason, natural law, *prudencia*, and justice", en el *Preface* de su Finnis, J. *Aquinas. Moral, political, and legal theory*. New York, Oxford University Press, 1998, p. viii.

¹¹ Así, por ejemplo, los comentarios sobre Tomás de Aquino en el tema del derecho a la vida, "es en las últimas obras del Aquinate que nosotros encontramos principalmente esta completa y explícita enunciación de una materia-objeto con una integridad que le es propia, es decir, la ley humana positiva de una comunidad política, un orden legal que abarque, precisamente, como propuesta y positiva: (i) todas aquellas partes de la ley natural, el *tus gentium*,

O sea, retomando una cuestión abierta sobre el iusfilósofo australiano, si su propuesta metodológica es el tema más discutido hoy día, igualmente no dejaría de ser verdad que su concepción de la ciencia jurídica actualiza lo que ya había hecho Henry de Bracton, el autor del siglo XIII que ha sistematizado el Derecho inglés desde los patrones clásicos, haciendo eso en la época de los glosadores. Por eso es relevante tal percepción universal en Tomás de Aquino, porque se hace particular en la parte científica de la obra de Finnis, desde el contexto anglosajón, ya que se debe recordar que la ciencia es también una preocupación en el ideario de ese autor.

Ese tercer paso en la historia del pensamiento de Finnis se revela por su inclusión en el círculo de debates teológicos desde la Escuela de Grisez, configurando un nuevo contexto que representa una percepción de la esencia del conocimiento práctico y del teórico. ¿Cómo quedó entonces esa base de estudios de los períodos anteriores? Parece que Finnis busca reordenarla según los nuevos criterios enriquecidos por el contacto con el pensamiento de Santo Tomás.

Se puede afirmar que hay, en ese enfoque sintético, una preocupación preceptiva, pues hablamos desde el punto de vista teórico. Con eso surge la pregunta más importante, ¿de qué modo se debe estudiar a Finnis? Si es ilícita la inferencia de los hechos a las normas, como sostiene el propio autor, debemos trabajar en el enfoque teórico, describiendo y prescribiendo desde los universales. Si quedamos presos en los aspectos particulares de la visión de Finnis, buscamos aún el conocimiento práctico, que es sólo por especie, por ser un conocimiento sensible. Así, lo que vale para el contexto romanístico ya estaba en Tomás, lo universal, como Finnis demuestra.

2. COMPRENDER A FINNIS MEDIANTE LA TRADICIÓN ROMANÍSTICA: EL PAPEL DEL DERECHO POSITIVO

El cuarto paso es el debate actual sobre la teoría de Finnis en el contexto romanístico, en que se ve un aspecto fundamental: la reformulación de la concepción de la ley positiva, que muestra el papel del Derecho positivo con relación al Derecho natural. Así, Finnis resalta una posición típica del iuspositivismo, de que el derecho positivo es el caso central del Derecho, y habla eso a partir de la noción de 'positividad' que recuerda la

que son o deberían ser adoptadas por los que hacen las leyes de una comunidad política y por los jueces, así como aquellas (ii) muchas partes y provisiones que no reproducen ni son deducibles de los preceptos de la ley natural" en Finnis, J. 'Derecho natural-derecho positivo. A propósito del derecho a la vida' en Massini, C. & Serna, P. *El derecho a la vida*. Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 223-243, esp. p. 235.

determinación de la ley natural, pero no como mera derivación abstracta, sino como concreción práctica del bien común¹².

Tal argumento, presentado en el artículo *The Truth in Legal Positivism*, recuerda a Tomás de Aquino como precursor de la visión correcta de que el Derecho positivo muestra los bienes y analógicamente hace referencia al Derecho natural. Claro está que es oportuno anotar¹³ eso en el diálogo con la tradición anglosajona revisada por la Escuela analítica, pues encuentra un aspecto técnico-lingüístico que es común entre las dos tradiciones. De todos modos, la esencia de la visión de Finnis, que se encuentra en la concepción filosófico-teológica del Aquinate¹⁴, tiene un fuerte vínculo con la tradición romanística en lo que respecta a ese ámbito.

Por eso, una lectura de Finnis en el contexto romanístico debe presuponer las raíces de tal sistema, el Derecho romano y la filosofía aristotélico-tomista. En lo demás, como su visión científica desarrollada en la segunda parte de *Natural Law*, se debería ver como punto de vista que presenta algo de particular, propio de la cultura anglosajona, que puede ser análogo en el sistema romanístico.

3. COMPRENDER LA TRADICIÓN ROMANO-GERMÁNICA MEDIANTE FINNIS: EL MÉTODO

Por fin, el quinto paso en este estudio es la reflexión que se debe buscar en el Derecho romanístico a partir de las ideas de Finnis, estableciendo

¹² En tal caso, apunta R. Vigo, "6. Revalorización de la positividad del derecho: A lo largo de la teoría finnisiana se advierte claramente que no hay un intento de proponer una teoría alternativa a los iuspositivismos; más bien pareciera estar latente una intención de enriquecerse explícitamente con todos aquellos que tengan esa fuente", en su libro sobre el pensamiento del autor australiano: Vigo, Rodolfo. *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, p. 147.

¹³ De esa manera, ha aseverado Finnis que "though human law is artefact and artifice, and not a conclusion from moral premises, both its positing and the recognition of its positivity (by judges, professionals, citizens, and thence by descriptive and critical scholars) cannot be understood without reference to the moral principles that ground and confirm its authority or challenge its pretention. (...) Conversely, the truths of human moral responsibility in political community which are articulated in sound moral principles afford the basis for an unclouded affirmation of law's positivity, and indeed of all that is true in legal positivism", como se puede ver en Finnis, J. 'The truth in legal positivism' in George, Robert P. (ed.), *The autonomy of Law. Essays on legal positivism*. Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 195-214, esp. p. 205.

¹⁴ En la 'Introducción' a la edición italiana, F. Viola habla sobre la importancia de la obra de Finnis en lo referente a la ley natural, "ma per rendersene pienamente conto non basterebbe limitarsi all'esame di quest'opera sulla legge naturale necessariamente impegnata all'interno dell'esperienza giuridica. In effetti il pensiero de Finnis s'inserisce da protagonista in una tendenza interpretativa della filosofia di Tommaso d'Aquino che si è autodefinita *neoclassica* in opposizione critica a quella *neoescolastica* dominante nella prima metà del Novecento", como se puede notar en su texto Viola, Francesco. 'Introduzione' in Finnis, J. *Legge naturale e diritti naturali*. Torino, Giappichelli Editore, 1996, pp. IX.

los límites de la necesaria dialéctica entre el pensamiento de ese autor y el sistema romano-germánico. En este punto, lo esencial es hablar del método finnisiano de las ciencias sociales descriptivas, que representa en el debate académico actual una revolución de paradigmas. Mas tal revolución es en su sentido original, pues representa volver a la raíz del pensamiento filosófico aristotélico-tomista, que entendía el conocimiento práctico como distinto y análogo al conocimiento teórico¹⁵.

Más de una vez para la experiencia jurídica romano-germánica, leer a Finnis es recordar. El autor tiene conciencia de la repercusión de su metodología, pero resalta bien el contexto de su discurso, el ambiente de Oxford. De todas formas, antes de Finnis, pero sin llegar al nivel de profundidad del profesor australiano, determinados autores de la tradición romanística han resaltado el papel del conocimiento práctico humano. Citemos, como ejemplo, a Capograssi en el siglo XX, cuando afirma que la esencia del fenómeno jurídico se encuentra propiamente en la experiencia¹⁶, que es la prefiguración de la razón práctica.

Pero se puede llegar todavía más lejos: hasta entre los juristas del 1800 existía de cierta forma esa percepción. En ese caso, la reflexión sobre la tradición romanística puede servir para rescatar comprensiones malinterpretadas por los autores posteriores. Para ello, vale una propuesta, la metodología jurídica de F. Savigny¹⁷, que tiene analogía con la metodología

¹⁵ Sobre eso, habla C. Massini Correas que "esto significa que los primeros principios prácticos de la ley natural, y en especial el primero de todos: *el bien ha de hacerse y el mal evitarse*, son aprehendidos por evidencia no bien se presenta una cuestión de carácter ético o jurídico. Y son aprehendidos en cuanto prácticos, es decir, en cuanto proposiciones deónticas, sin que su practicidad derive de ninguna otra parte. Pero además, Finnis aclara que la NEDN no es una forma de intuicionismo racionalista, toda vez que la captación por evidencia de los primeros principios prácticos no es realizada en ausencia de datos, por un mero acto intelectual. Por el contrario, para que el entendimiento práctico capte por evidencia la relación deóntica que existe entre los extremos de una proposición de la ley natural, ese entendimiento debe estar en posesión de un cierto conocimiento de los extremos. Esto no significa que el principio *se derive* de este conocimiento, sino que su captación lo supone como condición para su evidencia" (Massini Correas, Carlos. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, p. 74).

¹⁶ De hecho, argumenta G. Capograssi, "e perciò in sostanza la determinazione del concetto è determinazione del sistema: tutto il lavoro dell'astrazione scientifica è proprio un movimento tra concetto e sistema; la dinamica si potrebbe dire del lavoro dell'intelletto è il suo movimento d'inclusione e di esclusione: determinazione del concetto e quindi esclusione di tutte le altre situazioni che non sono quella determinata situazione ma in tanto inclusione ed esplicazione di tutte quelle che sono le implicazioni del soggetto di tutte quelle che sono le inclusioni che rendono la situazione così determinata parte e momento della complessa esperienza giuridica. In questo movimento consiste tutta la vita dell'intelletto riflesso come scienza, nel cogliere la particolarità del momento in cui l'esperienza si puntualizza e nel cogliere l'universalità della esperienza che in quel momento si contrae", en su reconocido libro Capograssi, Giuseppe. *Il problema della scienza del diritto*. Milano, Giuffrè, 1962, p. 178.

¹⁷ Cuanto a tal importancia de la relación jurídica, había aseverado Savigny, "das Rechtsverhältnis aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner

finnisiana para las ciencias sociales descriptivas, porque Savigny parte de una observación de las relaciones jurídicas en su método de trabajo, que es la visión de lo concreto de la realidad.

Así, teniendo por base esa percepción, que se profundiza todavía más mediante el contacto con el Derecho romano, que siempre fue su materia de estudio, se puede señalar que Savigny intenta buscar la esencia de la realidad jurídica¹⁸, que significa percibir la naturaleza de los institutos y reglas del Derecho.

IV. CONCLUSIÓN

El tema de este estudio, el diálogo entre el pensamiento de Finnis, un autor del mundo anglosajón, y la tradición romano-germánica, tiene en realidad una función académica. Entre tanto, hay todavía otro aspecto para recordar: que la cuestión de fondo es la comunicabilidad de las instituciones, la cuestión de cómo hacer la lectura de un ideario, con sus conceptos y su metodología, en otro sistema, que tiene un lenguaje distinto.

Este problema es evidente en nuestra realidad con la globalización cultural actual. Con todo, no deja de ser fundamental el respeto a lo constitutivo de cada tradición jurídica cuando se hace una interpretación de un autor en otra sistemática. Me parece que esa es la postura que se debe adoptar en este momento en que discutimos la obra de Finnis en nuestro contexto.

De esa manera, queda claro que es distinto hacer una lectura solamente filosófica de la obra de Finnis, en que se resaltan las ideas de ese autor a partir del pensamiento de Tomás de Aquino, y una lectura más concreta, que presupone su experiencia jurídica anglosajona, en los razonamientos elaborados por el autor australiano en temas de carácter más práctico.

sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils in der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens" (von Savigny, F. C. System des heutigen Römischen Rechts. Band 1. Berlin, Veit und Comp., 1840, pp. 7-8).

¹⁸ En ese sentido, afirma Savigny, „man darf nicht glauben, daß so das bisher bestrittene Gesetzbuch doch wieder zugelassen würde, nur unter anderem Namen : der Unterschied betrifft vielmehr gerade das Wesen der Sache. Nämlich in dieses Gewohnheitsrecht wird nur dasjenige aufgenommen, was durch wirkliche Uebung entschieden ist, und dieses wird ohne Zweifel jetzt, da man diese Entscheidung vor sich hat, völlig begriffen : das Gesetzbuch dagegen ist genöthigt, über alles zu sprechen, auch wenn kein Trieb dazu da ist, und keine specielle Anschauung dazu fähig macht, blos in Erwartung künftiger möglicher Fälle. Daß über die Art der Ausführung dieser übrig bleibenden Zweige bürgerlicher Gesetzgebung hier nicht gesprochen werden kann, wird jedem von selbst einleuchten", en su texto VON SAVIGNY, F. C. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814 (ed. Stern, Jacques. *Thibaut und Savigny. Zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einbeütliches bürgerliches Recht für Deutschland. 1814-1914*. Berlin, Franz Vahlen, 1914, p. 149).

CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN EL IUSNATURALISMO CONTEMPORÁNEO: JOHN FINNIS Y MARTIN RHONHEIMER

KLAUS COHEN KOPLIN

*Profesor de Teoría General del Derecho
Centro Universitario Ritter dos Reis (UniRitter), Brasil*

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio se propone establecer una relación entre John Finnis, iusfilósofo australiano, autor del libro "Ley natural y derechos naturales", publicado hace 25 años, y Martin Rhonheimer, autor suizo, profesor de Ética y Filosofía Política en la Facultad de Filosofía de la *Pontificia Università della Santa Croce* (Roma), de cuyos escritos se destacan "Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral" y "La perspectiva de la moral", ambos traducidos al castellano.

La razón de trabajar este tema se encuentra en una percepción de Carlos Ignacio Massini Correas, según la cual ellos dos constituyen los nombres más representativos de dos de las principales direcciones del iusnaturalismo contemporáneo: la llamada "nueva escuela de derecho natural" y la línea que se podría calificar como "inclinacionista"¹.

Pero las diferencias que existen entre ellos no son suficientemente profundas para ponerlos en posiciones extremadamente opuestas. Es decir, según el mismo ilustrado argentino, las críticas dirigidas a Finnis que realmente cuentan vienen de los neotomistas y iuspositivistas. Lo que es motivo suficiente para que uno se pregunte si los dos autores

¹ Sobre la "nueva escuela de derecho natural", cf. Carlos Ignacio Massini Correas, "La nueva escuela anglosajona de derecho natural", en: Renato Rabbi-baldi Cabanillas (org.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2000, p. 255-277.

ahora estudiados, a pesar de sus peculiaridades, acaso no estarían “en el mismo lado”.

Así, en primer lugar, buscaré identificar los principales puntos comunes a Finnis y Rhonheimer. En segundo lugar, presentaré dos críticas que este último dirigió a Finnis. Enseguida, intentaré un breve análisis de ellas, explicando por qué no son legítimas. Después de eso, conviene abordar un poco los motivos de esas divergencias. Por fin, expondré algunas conclusiones respecto a eso, resaltando sus convergencias más que las posibles divergencias.

II. PUNTOS DE IDENTIFICACIÓN GENÉRICA ENTRE LOS DOS AUTORES

No es difícil constatar que el pensamiento de Rhonheimer presenta muchos puntos en común con el de Finnis, a pesar de haber sido formulado en un contexto muy diverso.

En efecto, buscando interpretar lo que verdaderamente quería decir Santo Tomás, ambos resaltan la autonomía de la razón práctica con relación a la razón especulativa. Con eso, quieren subrayar que los juicios prácticos no pueden ser deducidos a partir de afirmaciones metafísicas acerca de la naturaleza humana².

² Martin Rhonheimer, “Praktische Vernunft und das ‘von Natur aus Vernünftige’. Zur Lehre von der ‘Lex naturalis’ als Prinzip der Praxis bei Thomas von Aquin” (versión electrónica en formato “pdf” disponible en www.usc.urbe.it/html/php/rhonheimer), p. 1, “dürfte heute allgemein akzeptiert sein, dass praktische Vernunft gegenüber der theoretischen Eigenständigkeit besitzt und praktische Urteile nicht aus theoretischen abgeleitet werden können, sondern ihren eigenen nichthintergehbaren Ausgangspunkt besitzen, dass also zwischen theoretischen und praktischen Verstand ein Verhältnis der Parallelität besteht”; Rhonheimer, “Natural moral law: moral knowledge and conscience. The cognitive structure of the natural law and the truth of subjectivity” (versión electrónica disponible en www.academiavita.org) “Knowledge of human nature is not the point of departure for ethics, and even less for the practical reason of each acting subject: it is, rather, its result”; John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, traducción y estudio preliminar por Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, II.4, p. 67: “Tomás de Aquino afirma de la manera más clara posible que los primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos), son *per se nota* (evidentes) e indemostrables. No son inferidos de principios especulativos. No son inferidos de hechos. No son inferidos de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana, o sobre la naturaleza del bien y del mal, o sobre ‘la función de un ser humano’, ni de ninguna otra concepción teleológica de la naturaleza ni de ninguna otra concepción de la naturaleza. No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos). Los principios sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto, asimismo, se derivan de los primeros principios pre-morales de razonabilidad práctica, y no de algunos hechos, sean metafísicos o de otro tipo. Al discernir lo que es bueno, lo que ha de ser perseguido (*prosequendum*), la inteligencia opera de una manera diferente, dando lugar a una lógica diferente, de cuando discierne lo que sucede de hecho (histórica, científica o metafísicamente); pero no hay ninguna buena razón para sostener que estas últimas operaciones de la inteligencia son más racionales que las primeras”.

En ese contexto, la ley natural no sería un dato pronto y acabado que el pensamiento se limitase a captar de la naturaleza, sino algo que la razón del hombre percibe activamente en su tarea de dirigir las decisiones prácticas³. En razón de eso, Rhonheimer define la ley natural como producto de la razón natural humana, así como la ley eterna, en que esa participa, es producto de la razón divina⁴.

Eso, evidentemente, no impide una posterior reflexión teórica o metafísica sobre la razón práctica y su funcionamiento. Sobre ese punto, hay concordancia plena entre los dos autores⁵.

De otra parte, el principio metodológico adoptado por Finnis, según el cual en las ciencias sociales se debe partir del punto de vista del sujeto agente (“punto de vista interno” o “moral point of view”) es plenamente reconocido por Rhonheimer⁶.

III. LA CRÍTICA DE RHONHEIMER A LA ESCUELA DE FINNIS

A pesar de los muchos puntos comunes, hay diferencias importantes, tanto en lo que cada visión presupone, cuanto en el nivel terminológico. Es justamente por eso que Massini Correas las clasifica como dos ramas distintas del iusnaturalismo contemporáneo. Pienso que una buena forma de empezar a estudiar todo eso es partiendo de dos críticas que el filósofo suizo dirige al profesor de Oxford: la primera concierne al carácter

³ Martin Rhonheimer, *Natural moral law*, cit.: “The Natural law is the work of practical reason, which has its own starting point and does not derive its principles from speculative reason”.

⁴ Rhonheimer, ‘In sich schlechte Handlungen’ und die Perspektive der handelnden Person Zum Verständnis eines zentralen Lehrstückes von ‘Veritatis Splendor’ (versión electrónica en formato “.pdf” disponible en www.usc.urbe.it/html/php/rhonheimer), p. 22: “Wie Thomas von Aquin in einer seiner prägnantesten Formulierungen sagt, ist das ‘Naturgesetz’ nichts anderes, als das uns von Gott eingegebene Licht des Verstandes, durch das wir erkennen, was zu tun und was zu meiden ist. Dieses Licht und dieses Gesetz gab ‘Gott dem Menschen bei seiner Erschaffung. Das sogenannte ‘Naturgesetz’ ist nicht einfach Gegenstand menschlicher Erkenntnis, sondern es besteht, wie jedes Gesetz, in Urteilen der praktischen Vernunft, es ist ein spezifisches Ensemble von ‘propositiones universales rationis practicae ordinatae ad actiones’, von ‘universalen, auf das Handeln gerichteten Urteilen der praktischen Vernunft’”. Cf. S. Tomás De Aquino, *Summa Theologiae*, Madrid, BAC, 1952, I-II, q. 91, a. 3, resp.: “lex est quoddam dictamen practicae rationis”.

⁵ Rhonheimer, *Praktische Vernunft*, cit., p. 1: “der Gegenstand philosophischer Ethik nicht durch Ableitung aus der Metaphysik gewonnen wird. Metaphysik –und entsprechende philosophische Anthropologie– ist vielmehr nachträgliche Erhellung und vertiefende Deutung der eigenständigen Selbsterfahrung praktischer Vernunft des Handlungssubjekts”; Finnis, *Ley natural*, cit., XII.2., p. 404-407.

⁶ Finnis, *Ley natural*, cit., I.4, p. 45-51. Rhonheimer, a pesar de criticar aquello que llama “the moral point of view”, termina por concordar con Finnis, usando otros términos (cf. *Die Perspektive der Moral*, Berlin, Akademie Verlag, 2001, p. 15).

pre-moral de los primeros principios de la ley natural; la segunda atañe a la relación entre la razón práctica y la naturaleza humana.

1. EL CARÁCTER PRE-MORAL DE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS

En el artículo intitulado "Ley moral natural: conocimiento moral y conciencia. La estructura cognitiva de la ley natural y la verdad de la subjetividad", Rhonheimer desarrolla el concepto de "teonomía participada", introducido en el lenguaje corriente por la Encíclica "Veritatis Splendor" de Juan Pablo II.

Después de criticar algunas posiciones neotomistas que considera inadecuadas por realizar una verdadera separación entre naturaleza y razón, en lo que respeta a la ley natural, el profesor suizo destaca que sólo en los actos intelectivos se establece y enuncia lo que es bueno para los seres humanos.

En ese contexto, valiéndose de lo expuesto en la Encíclica "Libertas Praestantissimum" de León XIII, él afirma que la ley natural es la forma natural de conocer de modo práctico e imperativo el bien humano. Así, ella no es sino la razón humana que comanda hacer el bien y a no pecar⁷.

Como se ve, en el pensamiento de ese autor, dicha ley, en cuanto *praescriptio* y *ordinatio*, sería verdadera obra de la razón práctica, construida por el ser humano mientras conoce el bien en el contexto práctico. Tal percepción sería confirmada por la idea complementaria, desarrollada por S. Tomás y presente en la Encíclica "Veritatis splendor", de que la ley natural es la luz de la inteligencia divina que posibilita al hombre saber lo que debe hacer y lo que debe evitar. A pesar de eso, él resalta que el intelecto no podría conducir al hombre hacia la acción correcta si no existiesen las inclinaciones naturales que le predisponen al bien.

⁷ Rohnheimer, *Natural moral law*, cit.: "In fact, the text of Leo XIII, taken up in n. 44 of *Veritatis Splendor*, fundamentally contains three assertions, of which the first places us in a decisive way within the right approach. This text, that is to say, affirms first of all that the natural law 'is written and engraved in the heart of each and every man, since it is none other than human reason itself which commands us to do good and counsels us not to sin'. These words provide a formal or essential definition of what the natural law is: it is not 'human nature' or 'an order of nature'; nor is it a norm encountered in the nature of things: it is something 'written and engraved in the heart of each and every man'. It is 'human reason itself' because it commands us to do good and forbids us to sin. The natural law, therefore, is specifically practical reason, and in more precise terms, the set of determined judgements of practical reason, those judgements, that is to say, that naturally make us do good and flee from evil. For this reason, in the next sentence, the text of Leo XIII calls the natural law a *praescriptio rationis*, a 'prescription of reason', a term that is near, if not identical, to the terminology of St. Thomas, for whom the natural law, like every law, is an *ordinatio rationis*".

Además de eso, como la razón práctica no se deriva de la razón teórica, Rhonheimer concluye que los primeros principios prácticos son percibidos de forma intuitiva (así como los del ámbito teórico).

Así, el primer principio de la de la razón práctica, conforme el cual el bien debe ser hecho y el mal evitado, sería el primer principio del ámbito práctico y de la propia moralidad⁸.

Partiendo de ahí, el autor confiesa (en la nota 52, a pie de página) que tiene dificultades de comprender el motivo que lleva a Grisez (y su escuela) a calificar a los primeros principios de la razón práctica como pre-morales⁹.

En verdad, según se ha visto, si a los primeros principios se atribuye la función de dirigir el agente en sus decisiones morales, es evidente para él que no podrían ser calificados como pre-morales, sino como principios propiamente morales.

2. RAZÓN PRÁCTICA Y NATURALEZA HUMANA

Además de eso, en otro trabajo ("Razón práctica y lo 'racional por naturaleza'"), el autor vuelve a apuntar que, para Santo Tomás de Aquino, la ley natural es el principio de la acción moral humana. Es decir, para el Doctor Angélico, según la interpretación de Rhonheimer, la ley natural sería un verdadero principio moral. Así, dicha ley no sería propiamente una teoría sobre la naturaleza, sino sobre la razón práctica en cuanto tiene por objeto lo que es racional por naturaleza.

En ese contexto, los principios prácticos de la ley natural asumen el carácter de punto de partida y fundamento de los imperativos concretos sobre las acciones humanas. Pero, a pesar de eso, como nada proviene

⁸ Rohnheimer, *Natural moral law*, cit.: "From this point of departure there springs, in an immediate and indemonstrable way, the first principle of practical reason, which is also the first precept of the natural law: *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*. Just as the principle of non-contradiction is not a principle apart, from which would be deduced other forms of knowledge, but rather a founding principle that is implicit in every other form of knowledge of being, so also from the first principle of practical reason nothing more concrete can be derived. It is, rather, the foundation, which is implicitly always present, of every further form of practical knowledge of both a universal and particular kind. This principle confers on the judgements of practical reason the operative dynamic of the *prosecutio* or of the *fuga*. These last are what we can call the 'practical copula' which is not that of theoretical affirmation and negation, but a specifically practical kind of affirmation/negation, which, in fact, moves: it makes good be done and evil be avoided. The first principle of practical reason is not, therefore, a purely logical principle, a kind of 'logical structure' of the practical precepts, but rather already the first principle of practice, and at the same time the first principle of morality".

⁹ Rohnheimer, *Natural moral law*, cit.: "In this essay my interpretation also differs from the interpretation mentioned above advanced by G. Grisez, for whom the first principle is not in all respects a moral principle, but is in some respects pre-moral, a thesis which I have difficulties in fully understanding".

inmediatamente de ellos, son insuficientes para orientar dicho obrar. Lo que pueden hacer, según el autor, apenas es establecer los límites de lo que es moralmente posible. La mediación entre tales principios y la práctica es realizada por la prudencia, cuyo objetivo es emitir un juicio práctico dirigido a una acción concreta¹⁰.

A partir de esas consideraciones generales, Rhonheimer identifica dos posiciones extremas en el pensamiento iusnaturalista. La primera sería la tradicional, de matriz neotomista. A ejemplo de lo que hace Josef Fuchs, esos autores defenderían una separación inconcebible entre naturaleza y razón, en la medida en que ésta se limitaría a captar desde un punto de vista externo lo que es naturalmente correcto¹¹.

La otra posición sería extrema en el sentido opuesto, pues no vería la razón práctica como elemento de la naturaleza humana, es decir, como de la manera natural que los seres humanos tienen que conocer lo correcto y lo incorrecto. Su mayor equívoco se encuentra, pues, en el hecho de postular la independencia de la razón ante la naturaleza. El primer principio de la razón práctica sería sólo formal, no sustancial, implicando, según piensa él, el ejercicio vacío del raciocinio, sin ningún contenido concreto¹².

Integrarían esa segunda postura, en grados más o menos diversos, una serie de autores, de los cuales el principal sería Eberhard Schockenhoff, profesor

¹⁰ Rhonheimer, *Praktische Vernunft*, cit., p. 5: "Eine Theorie der praktischen Vernunft kann sich deshalb nicht in der Lehre von der Lex naturalis erschöpfen; denn letzterer kommt lediglich die Funktion einer praktischen Prinzipienlehre zu. Praktische Vernunft ist auf Handeln gerichtet, und Handeln vollzieht sich im Bereich des Partikulären, Kontingenten, dessen, "was sich auch anders verhalten kann". Praktische Prinzipien sind Ausgangspunkt, Fundament und Rechtfertigungsgrund. Nichts geht ohne sie, alles ist auf sie bezogen, aber sie selbst sind ungenügend und für praktische Zwecke unterbestimmt. Nichts konkret-Praktisches kann aus ihnen unmittelbar und zwingend abgeleitet werden, es sei denn Grenzen des, "moralisch Möglichen" und entsprechende negative normative Aussagen, denn es kann in bestimmten Handlungsbereichen durchaus zwingend gezeigt werden, dass eine konkret beschreibbare Handlungsweise dem Prinzip widerspricht bzw. nicht durch dieses gerechtfertigt zu werden vermag. Aufgrund dieser Unterbestimmtheit allgemeiner praktischer Prinzipien bezüglich konkreter Handlungsleitung bedarf praktische Vernunft der Klugheit, des aufs konkrete Tun gerichteten praktischen Urteils".

¹¹ Rhonheimer, *Praktische Vernunft*, cit., p. 8.

¹² Rhonheimer, *Praktische Vernunft*, cit., p. 9: "Die andere Extremposition ist hingegen jene, welche in Ablehnung dieser ersten Auffassung die Vernunft in ganz anderer Weise ebenfalls der Natur gegenüberstellt, sei dies nun in der genannten extremen ('autonomistischen') Variante (F. Bockle), oder aber in den abgeschwächteren Formen (W. Korff, L. Honnefelder, G. Wieland), Deutungen, die trotz Unterschieden im Einzelnen eine wesentliche Gemeinsamkeit aufweisen: Sie verstehen zwar die Lehre von der Lex naturalis als eine Lehre über die praktische Vernunft, scheinen jedoch nicht den Schritt zu tun, diese als jene Vernunft zu fassen, welche den Menschen in fundamentaler Weise als praktisches, sich auf das Gute hin bewegendes Subjekt konstituiert; damit aber sind sie nicht in stande zu erklären, wie die Hinordnung des Menschen auf das von Natur aus für ihn Gute durch die praktische Vernunft zustandekommt, wie sich also das allein den Charakter eines Prinzips besitzende 'von Natur aus Vernünftige' konstituiert".

de teología en Freiburg. Pero el suizo incluye en ella nombres como Böckle, Bormann e incluso Finnis, como está en la nota n. 24 de ese mismo texto.

Como se ve, según esa crítica, el autor de "Ley natural y derechos naturales", a pesar de entender correctamente la ley natural como enseñanza sobre la racionalidad práctica, no explicaría cómo ella constituye lo que es racional por naturaleza, pues desatendería el papel decisivo de las inclinaciones naturales.

IV. ANÁLISIS DE LAS CRÍTICAS AL PENSAMIENTO DE FINNIS

A pesar de todo, me parece que los reproches que Rhonheimer dirige a Finnis no están justificados.

En primer lugar, se debe considerar a los primeros principios. Para el autor australiano, ellos suponen los llamados "bienes humanos básicos", que constituyen un conjunto de inclinaciones fundamentales presentes en la naturaleza humana, las cuales dirigen al hombre hasta su realización plena ("florecimiento humano").

Pero justamente por eso, no sería acertado identificarlos con los primeros principios del orden práctico. Por el contrario, como condición misma de toda la moralidad del obrar humano, ellos son lógicamente anteriores a todos los principios prácticos.

Tampoco esos primeros principios podrían ser llamados morales, pues, como es sabido, de ellos (especialmente llevando en cuenta el más genérico, según el cual "el bien es para ser hecho y el mal evitado") no se puede deducir directamente ningún juicio moral. En verdad, la mediación entre el juicio moral concreto (i. e., lo que se debe hacer en una circunstancia determinada) y los primeros principios (y, por consecuencia, los bienes humanos básicos) es incumbencia de las exigencias de la razonabilidad práctica¹³.

Así, con la calificación de "pre-morales", Finnis sólo quiere subrayar que ellos no fundamentan tales juicios. Como se percibe, Rhonheimer no parece tener una comprensión exacta acerca de los conceptos y el lenguaje de los autores de la "nueva escuela de derecho natural".

En segundo lugar, se debe abandonar también la idea de que el autor australiano tendría algo que ver con la posición teórica identificada por

¹³ Finnis, *Ley natural*, cit., V.1, p. 134: "hablando muy resumidamente, podríamos decir que las exigencias a las que ahora atenderemos expresan 'el método de la ley natural' para elaborar la 'ley natural' (moral) a partir de los primeros 'principios de la ley natural' (pre-morales)". Para una exposición más detallada, cf. *Aquinas*, Oxford, Oxford University Press, 1998, III, 6, p. 86 *et seq.* Ver, además, en este mismo volumen, Elton Somensi De Oliveira, "La metodología de John Finnis y la Gnoseología tomista: una comparación", *passim*.

Rhonheimer como "autonomista". En especial en "Moral Absolutas", el autor critica de forma clara tanto el pensamiento tradicionalista de Fuchs cuanto las ideas de Böckle e incluso las de Richard McCormick, haciéndolo en términos semejantes a los del escritor suizo¹⁴.

Además de eso, se puede ver en "Ley natural y derechos naturales", con amplias transcripciones del texto de Santo Tomás, una exposición de la doctrina sobre la *participatio* de la ley eterna en la criatura racional y al pasaje del Libro de los Salmos invocado por el Aquinate en su caracterización de la ley natural¹⁵. Hay, incluso, claras alusiones a la razonabilidad práctica como la manera natural según la cual el hombre conoce el bien y el mal, lo debido y lo que no lo es¹⁶. Debido a eso, su pensamiento no puede honestamente ser calificado como autonomista.

Como se ve, la perspectiva iusnaturalista de Finnis no presenta las pretendidas carencias.

Lo que se puede decir es que el crítico no parece comprender adecuadamente el pensamiento finnisiano, lo que se debe quizás a la circunstancia de que la obra principal de ese autor ("Ley natural y derechos naturales") está muy dirigida al público anglosajón, especialmente a los acostumbrados con la terminología de Hart¹⁷. En ese contexto, es natural que muchos asuntos importantes no hayan recibido, en aquella ocasión, el desarrollo que sería deseable. Lo que cambia sensiblemente en otras obras como "Moral absolutas" y "Aquinas".

V. LOS POSIBLES MOTIVOS DE TALES DIVERGENCIAS Y CONVERGENCIAS

Es necesario tener en cuenta, además, que los diferentes puntos de vista y las diferentes formas de expresar ideas comunes o, por lo menos, muy semejantes, se explican en parte por los distintos ambientes culturales e incluso por las distintas formaciones de ellos.

El camino intelectual de Finnis empieza con el estudio del derecho positivo australiano, como demuestra su tesis doctoral ("La idea de poder judicial"), pasando por el contacto con las categorías de la filosofía analítica de Hart, hasta llegar a la profundización en el estudio de la filosofía moral de Santo Tomás.

Se debe recordar, también, la estrecha vinculación entre Finnis y Grisez, en cuya línea de pensamiento él verdaderamente se inserta.

¹⁴ John Finnis, *Moral Absolutes*, Washington (DC), Catholic University of America Press, 1988, p. 99.

¹⁵ Finnis, *Ley natural*, cit., XIII.4, p. 423-424.

¹⁶ Finnis, *Ley natural*, cit., II.4, p. 67 y 69; XIII.4, p. 425.

¹⁷ Como el propio Finnis reconoce en el "Prefacio" de su libro (cf. *Ley natural*, cit., p. 35).

Lo principal, pienso, sería el círculo de debate en el cual se ubica Finnis. Aunque desde mucho tiempo se ocupe del debate con los teólogos católicos, él también demuestra interés por refutar opiniones escépticas y relativistas en el campo de la filosofía del derecho. En ese contexto, se puede comprender "Ley natural y derechos naturales" tanto como de defensa de los ideales tomistas contra el escepticismo y el relativismo, cuanto en términos de su actualización en lenguaje moderno. Eso se particulariza en la adopción del lenguaje de la filosofía analítica de Hart y sus seguidores, dominante en el ámbito cultural anglosajón, en el cual el autor australiano está ubicado.

Junto a eso, se debe percibir que la formación de Rhonheimer es principalmente filosófica (es doctor en filosofía por la Universidad de Zürich), reportándose a la línea iusnaturalista de Wolfgang Kluxen.

Su debate es principalmente con los teólogos morales del mundo germánico e incluso algunos del ámbito anglosajón. A causa de eso, su intento se muestra más limitado que el de Finnis (aunque su diálogo sea incluso más amplio), pues le importa corregir los errores de la teología moral contemporánea, especialmente en lo que se refiere a la auténtica interpretación del pensamiento de Santo Tomás de Aquino.

VI. CONCLUSIÓN

Como se percibe después de todo eso, las ideas de Finnis y Rhonheimer, a pesar de presentar enfoques y terminologías muy distintas, lo que justifica la clasificación propuesta por Massini Correas, no están irremediabilmente contrapuestas. En verdad, lo que se ve es un intento común de buscar la interpretación correcta del pensamiento tomista.

No se puede dejar de notar, además, que los puntos de vista de ambos, aunque no sean idénticos, están muy próximos. No hay duda de que esos dos autores ponen en práctica un objetivo común: la defensa de la tradición contra la destrucción de los conceptos en la teología y filosofía moral y en la filosofía del derecho. Eso se percibe claramente en la autonomía de la razón y del conocimiento práctico en relación con la razón y el conocimiento teórico.

En efecto, Rhonheimer declara, en el "Postscriptum" a la edición española del libro *Ley natural y razón práctica*, que su impulso hacia una nueva lectura de Santo Tomás se debe a los trabajos de Grisez y Finnis¹⁸.

¹⁸ Rhonheimer, *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*, Pamplona, EUNSA, 2000, p. 523.

Así, se puede concluir que, a pesar de las peculiaridades del discurso propio de cada uno de los autores estudiados, e incluso de una falta de comprensión plena por parte de Rhonheimer del pensamiento finnisiano, es innegable que ellos están "del mismo lado". Como dice Cristóbal Orrego: "la mayoría de estas cuestiones son de suyo difíciles y creemos que no deben desunir moralmente a quienes están unidos en una empresa de fondo, de mayor alcance: la defensa del derecho natural"¹⁹.

Por fin, creo que la mejor forma de prestar homenaje a un autor de la estatura de Finnis no es enclaustrar su pensamiento en categorías cerradas, sino promover su mejor comprensión y desarrollo. Estoy seguro de que confrontarlo con otras buenas ideas, como son las de Rhonheimer, responde plenamente a tal objetivo.

¹⁹ Cristóbal Orrego S., "John Finnis. La lucha por el derecho natural", en este mismo volumen.

DERECHOS HUMANOS Y LEY NATURAL:

¿CONTINUIDAD O RUPTURA?

JOAQUÍN MIGLIORE

Doctor en Derecho (Pontificia Universidad Católica Argentina)

Profesor de Filosofía del Derecho

Universidad Austral

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los hechos más significativos de la cultura política de nuestros días lo constituye, sin duda, la omnipresencia de la temática de los derechos humanos. Reconocidos por primera vez en las declaraciones de los siglos XVII y XVIII y recogidos en numerosos textos constitucionales, adquirirán, tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, una nueva vigencia; y a tal punto los múltiples tratados internacionales en la materia (incluidos muchos de ellos en nuestra Constitución, tras la reforma de 1994), se encuentran en vías de configurar un nuevo orden entre las naciones, superior incluso a la soberanía de los Estados, que ha podido llamarse, con razón, a nuestra época el "tiempo de los derechos"¹.

Sin embargo, pese a la importancia que casi unánimemente parece concederse a esta noción, en materia de derechos humanos las discrepancias entre los autores parecen superar, con mucho, los puntos de coincidencia. No existe acuerdo, por ejemplo, ni sobre cuáles pudieran ser los derechos fundamentales, ni sobre cómo debieran interpretarse algunos de los ya reconocidos, ni sobre el momento en que por primera vez fuera formulada esta doctrina², ni sobre si ella supuso un abandono

¹ Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

² Así, por sólo citar algunos ejemplos, Michel Villey, que tanta influencia tuviera en la Argentina, ha sostenido, en múltiples escritos, que un hito clave en la elaboración de dicha doctrina es la figura del franciscano medieval Guillermo de Ockham, padre, a su entender,

de la perspectiva clásica o, por el contrario, debiera ser considerada como una continuación de la tradición filosófica antigua y medieval.

Quisiéramos, en el presente trabajo, detenernos en este último problema: el de la relación existente entre la doctrina de los derechos humanos y el concepto de ley natural, cuestión a tal punto controvertida³, que en tanto un autor como Alasdair MacIntyre ha podido afirmar en su ya clásico *After Virtue* que dicha noción es esencialmente *moderna* ("no existe ninguna expresión en ninguna lengua antigua o medieval que pueda traducir correctamente nuestra expresión *derechos* hasta cerca del final de la Edad Media: el concepto no encuentra expresión en el hebreo, el griego, el latín o el árabe, clásicos o medievales, antes del 1400 aproximadamente, como tampoco en inglés antiguo, ni en el japonés hasta mediados del siglo XIX por lo menos. Naturalmente de esto no se sigue que no haya derechos humanos o naturales; sólo que hubo una época en que nadie sabía que los hubiera. Y, como poco, ello plantea algunas preguntas. Pero no necesitamos entretenernos en responder a ellas, porque la verdad es sencilla: no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios")⁴, precisamente lo contrario ha sido sostenido por autores de la talla de John Finnis, (para quien Santo Tomás de Aquino, pese a carecer de un *término* para nombrarlos, habría tenido el *concepto*

de la doctrina de los derechos subjetivos (Michel Villey, *Occam*, en: Horacio R. Granero comp., *Introducción al Derecho, Recopilación Bibliográfica*, Educa, Buenos Aires, 1997); Leo Strauss asigna una particular relevancia a la figura de Hobbes (Leo Strauss, *Natural right and history* [1953], The University of Chicago Press, Chicago, 2003), coincidiendo en este punto con Norberto Bobbio (Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes* [1989], F.C.E., México, 1995); Brian Tierney sugiere que deberíamos buscar sus antecedentes en la jurisprudencia de los decretalistas medievales del siglo XII (Brian Tierney, *The idea of Natural Rights*, William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan, 2001); en tanto que Jellinek, en su conocido estudio sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, insiste en que dicha doctrina es de derecho "germánico" (Jorge Jellinek, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid, 1908).

³ Carlos Ignacio Massini Correas, en su trabajo *Filosofía del Derecho: El Derecho y los Derechos Humanos*, luego de plantear la pregunta: "¿la noción de derechos humanos está intrínseca y necesariamente vinculada al pensamiento moderno, en especial al de la Ilustración, o es dable abordarla desde los supuestos filosóficos realistas?" (entendiendo por realismo, aclara, aquellas filosofías que hacen "referencia más o menos directa a las ideas de Aristóteles y Santo Tomás"), distingue entre: 1) aquellos autores realistas que niegan que pueda abordarse el problema de los derechos humanos desde esta perspectiva (Michel Villey, Leo Strauss, Gonzalo Ibáñez y Luis Lachance); 2) los que sostienen asimismo la ruptura, pero desde posiciones no realistas (Luc Ferry y Alain Renault, Martín Kriele, Jürgen Habermas, Guy Planty-Bonjour, Hannah Arendt), y 3) Los que aceptan una perspectiva realista del derecho y que consideran que es posible hablar desde ella de derechos humanos (Reginaldo Pizzorni, Jesús García López, Jorge I. Hübner Gallo, Jacques Maritain, Georges Kalinowski y Javier Hervada). Cfr. Carlos I. Massini Correas, *Filosofía del Derecho: El derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

⁴ Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud*, Editorial Crítica, Barcelona, 1987, p. 95.

de derechos humanos)⁵, y por Jacques Maritain (autor del que, por otra parte, MacIntyre se declara explícitamente deudor)⁶, que considera que las modernas declaraciones de derechos sólo pueden justificarse si las ponemos en relación con la teoría clásica de la ley natural y buscamos en ella su fundamento⁷.

II. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS SUBJETIVOS

Según los partidarios de la ruptura, uno de los puntos centrales que separaría a la vieja doctrina del derecho natural de la moderna teoría de los derechos humanos es que éstos están concebidos como *derechos subjetivos*. García de Enterría ha sostenido, de este modo, siguiendo en lo esencial a Villey, que el surgimiento de la idea de *derecho subjetivo*, “concepto aparentemente no significativo, que podría pensarse que fuese una simple *technicality* instrumental propia del oficio de los juristas y, por ello, supuestamente sin trascendencia general (...) contra todas las apariencias, lleva en su vientre una *revolución completa del Derecho*, un nuevo modo de concebir, explicar y operar el sistema jurídico, en su conjunto y en todas y cada una de sus partes y correlativamente, como se comprende, en la sociedad y en el Estado”⁸. La aparición de este concepto, agrega, “ha sido una novedad completa en la historia de las instituciones, y una novedad, de manera especial, respecto del fondo común sobre el que se han formado históricamente todos los Derechos occidentales existentes, el Derecho Romano”

⁵ “*Though he never uses a term translatable as 'human rights', Aquinas clearly has the concept*”, John Finnis, *Aquinas*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 136.

⁶ “La visión que he dado difiere por muchas maneras, algunas de ellas muy radicales, de otras aproximaciones e interpretaciones de la doctrina moral aristotélica. Y aquí estoy en desacuerdo, hasta cierto punto al menos, con algunos filósofos hacia quienes siento el mayor respeto y de quienes he aprendido mucho (aunque no lo bastante, como dirán sus seguidores): en el pasado reciente, Jacques Maritain (...)”. Alasdair MacIntyre, *Tras la virtud*, *op. cit.*, p. 319.

⁷ “La verdadera filosofía de los derechos de la persona humana”, sostiene Maritain, “descansa, pues, sobre la idea de ley natural. La misma ley natural que nos prescribe nuestros deberes más fundamentales, y en virtud de la cual obliga toda ley, es también la que nos asigna nuestros derechos fundamentales”. Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, 1956, p. 76. Esta idea del derecho natural, agrega: “es un legado del pensamiento cristiano y del pensamiento clásico. No remonta a la filosofía del siglo XVIII, que la ha deformado más o menos, sino a Grocio, y antes de éste a Suárez y a Francisco de Vitoria; y más lejos a Santo Tomás de Aquino; y más lejos aún a Cicerón, a los estoicos, a los grandes moralistas de la antigüedad, y a sus grandes poetas, Sófocles en particular. Antígona es la heroína eterna del derecho natural, que los antiguos llamaban *la ley no escrita*, y el cual es el nombre que mejor le cuadra”. *Ibid.*, p. 70.

⁸ Eduardo García de Enterría, *La Lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 47.

¿En qué se distingue la noción clásica de derecho, *ius* en su expresión latina⁹, de la idea de derecho subjetivo? ¿por qué esta novedad? Si nos atenemos al análisis de Villey, el Derecho romano clásico habría desconocido la idea de derecho subjetivo. “Existe una gran diferencia –sostiene– entre la idea de derecho subjetivo y el *jus* (derecho) del Derecho romano clásico. El *jus* es definido en el *Digesto* como lo que es justo (*id quod iustum est*); aplicado al individuo, esta palabra designa la parte justa que deberá atribuírsele (*jus suum cuique tribuendum*) con relación a los otros, en esa tarea de repartición (*tributio*) entre varios, que es el arte del jurista”¹⁰. También Santo Tomás, heredero de Aristóteles y del Derecho romano, considera al derecho como *la misma cosa justa (ipsam rem iustam)*¹¹, el *objeto de la justicia, ius est obiectum iustitiae*¹². Mientras que en todas las demás virtudes –señala– aquello a lo que tiende la virtud no se determina sino en relación al agente, en el caso de la justicia, lo recto se constituye en atención a *otro* sujeto. Es por ello que, *lo debido a otro* puede ser considerado independientemente de la *intención* de la persona que actúa. “De ahí que, de un modo especial y a diferencia de las demás virtudes, se determina por sí mismo el objeto de la justicia y es llamado lo justo. Tal es el derecho. Luego es evidente que el derecho es el objeto de la justicia”¹³. De allí que, continuando con esta tradición, Carlos Massini Correas haya podido definir al derecho como “la conducta humana referida a otro sujeto jurídico, objetivamente debida y en principio coercible”¹⁴.

Radicalmente distinta de ésta sería la noción de derecho *subjetivo*, del derecho concebido como un *poder* o *facultad*. Según Villey, aunque el

⁹ El término latino *ius*, y la expresión *derecho* del moderno español significan lo mismo. No sólo el español sino que todas las lenguas modernas de la rama aria o indogermánica han perdido el sustantivo *ius* “y han derivado el término derecho, con todos sus similares modernos, (*diritto, droit, reight, recht*), de la raíz sánscrita *rgu*, que significa lo recto o derecho en su sentido físico o moral; de ahí las voces latinas *regere, rectus, regula, directus*, de las que se han formado aquellos términos. En la semántica original de estas lenguas, la noción de derecho va ligada al concepto geométrico de la línea recta, considerada como símbolo del bien y significando algo rígido e inflexible, la rectitud independiente de nuestra voluntad” (Teófilo Urdanoz, O.P., Introducción a la cuestión 57, El derecho, objeto de la justicia, en: Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, B.A.C., Madrid, 1956, Tomo VIII, p. 180). Señala además Hervada, siguiendo a García Gallo, que “la sinonimia entre *directum* y derecho (*ius*) es (...) un vulgarismo (esto es, se produjo en el latín vulgar) y hubo de ser un fenómeno generalizado antes de la disgregación del Imperio romano, ya que sólo en esta hipótesis puede explicarse su generalización en todas las lenguas romances” (Javier Hervada, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 181).

¹⁰ Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho, Definiciones y fines del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1979, p. 162.

¹¹ Santo Tomás, *Suma Teológica*, II-II, q.57, a.1, ad 1.

¹² Santo Tomás, *Suma Teológica*, II-II, q.57, a.1, c.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Carlos I. Massini Correas, *Filosofía del Derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 34.

término “derecho subjetivo” no data más que del siglo XIX, “la noción de derecho concebido como el atributo de un sujeto (*subjectum juris*) y que no existe más que en provecho de este sujeto, se remonta al menos al siglo XIV. El primero en hacer esta distinción fue Guillermo de Occam (...). Se extiende luego a la Escolástica de la Baja Edad Media (...). Impulsa el sistema de Hobbes, y constituye el signo del triunfo del sistema nominalista”¹⁵. A partir de Guillermo de Occam y de modo especial en Hobbes, “el *jus* no evoca ya el deber que os impone la ley moral sino lo contrario, una *permisión* que os concede la ley moral (*licentia*) o una libertad (*libertas*)”¹⁶. Si, para la tradición clásica, el término latino *ius* y su equivalente derecho, significan lo *debido* a otro, la noción de derecho subjetivo alude primariamente, a un ámbito de libertad. Es esta noción de derecho, el derecho concebido como libertad, la que se situaría, según Villey, en el centro del pensamiento jurídico de la edad moderna, encontrando una formulación privilegiada en la filosofía de Kant¹⁷. A este cambio en el significado del término derecho correspondería asimismo, según Villey, un cambio de significado en la noción de ley. “[L]a palabra *ley* ha cambiado de sentido al trasponerse de un sistema a otro. Entre el aparato de las leyes morales del antiguo sistema clerical y las leyes del Estado moderno hay una diferencia de naturaleza. Sus *funciones* son distintas. Antiguamente la ley tenía por misión conducir a los hombres a la salvación (...). Por el contrario, en el sistema de Hobbes, la ley, meramente humana, estatal, tiene sólo función de *instrumento*. El mismo Estado y todas las leyes creadas por él no tienen más misión que las de

¹⁵ Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 162.

¹⁶ *Ibid.*, p. 163. Los textos de Hobbes son más que significativos: “El derecho de naturaleza, lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida (...). Por libertad se entiende, de acuerdo con el significado propio de la palabra, la ausencia de impedimentos externos (...). Aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumburan confundir *jus* y *lex*, *derecho* y *ley*, precisa distinguir esos términos, porque el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como obligación y libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia”. Thomas Hobbes, *Leviathan*, F.C.E., México, 1994, p. 106.

¹⁷ Recordemos que para Kant el derecho es “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad” (Immanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 39). El principio universal del derecho establece que “[u]na acción es *conforme a derecho* (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal” (Idem). Y ello porque el único derecho innato (“que corresponde a cada uno por naturaleza, con independencia de todo acto jurídico”), es la *libertad*. “La *libertad* (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro, según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad”. (*Ibid.*, p. 48).

servir a los intereses de los contratantes. (...) El derecho subjetivo es el fin y no el término"¹⁸.

Cercano en sus análisis a Villey, también Leo Strauss asigna un papel especial a la figura de Hobbes en la creación de la moderna noción de derecho subjetivo. Separándose de la tradición predominante que "había definido a la ley natural con miras al fin o a la perfección del hombre como animal racional y social", Hobbes, afín a las ideas de Maquiavelo, habría mantenido "la idea de ley natural, pero divorciándola de la idea de la perfección del hombre"¹⁹. De este modo, sostiene Strauss, de acuerdo al autor del *Leviatán*, "el fundamento de la ley natural debe ser buscado, no en el fin del hombre, sino en su comienzo en la *prima naturae* o, mejor dicho, en el *primum naturae*"²⁰. Y lo que es más poderoso en la mayor parte de los hombres y el mayor tiempo, no es la razón, sino la pasión. La ley natural deberá, pues, ser deducida de la más poderosa de las pasiones, el deseo de autopreservación.

Si, pues, la ley natural debe ser deducida del deseo de autopreservación; si, en otras palabras, el deseo de autopreservación es la raíz exclusiva de toda justicia y moralidad, el hecho moral fundamental no es un deber, sino un derecho; todos los deberes son derivados del derecho fundamental e inalienable a la autopreservación. No existen, en consecuencia, deberes absolutos o incondicionales; los deberes obligan únicamente en la medida en que su cumplimiento no ponga en peligro nuestra autoconservación. Sólo el derecho de autoconservación es incondicional o absoluto. Sólo existe, por naturaleza, un derecho perfecto y no un deber perfecto. (...) Y dado que el hecho moral fundamental y absoluto es un derecho y no un deber, tanto la función como el límite de la sociedad civil deben ser definidos en términos de derechos naturales y no de su deber natural. El Estado no tiene la función de producir o promover una vida virtuosa, sino de salvaguardar el derecho natural de cada uno. Y el poder del Estado encuentra un límite absoluto en ese derecho natural y en ningún otro hecho moral. Si podemos llamar liberalismo a la doctrina política que contempla como el hecho político fundamental a los derechos del hombre, distinguiéndolo de sus deberes, e identifica la función del Estado con la protección y la defensa de dichos derechos, debemos decir que el fundador del liberalismo fue Hobbes²¹.

Hasta qué punto difiere la noción de derecho clásica del derecho definido, tal como lo hace Hobbes, como libertad, puede ponerse de manifiesto si analizamos la noción de "abuso de derecho", incorporada al Código Civil argentino con la reforma de la ley 17.711. ¿Puede alguien

¹⁸ *Ibid.*, p. 165.

¹⁹ Leo Strauss, *Natural right and history*, The University of Chicago Press, Chicago, 1992, p. 180.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Ibid.*, pp. 181-182.

abusar de un derecho? Evidentemente, esta posibilidad resulta impensable si consideramos al derecho como la *ipsa res iusta*, lo debido a otro. Pero no lo es tanto, si lo definimos como una esfera en la que la libertad puede actuar sin impedimento. La doctrina del abuso de derecho sólo puede entenderse si, por un lado, partimos de la noción de derecho entendida como derecho subjetivo e intentamos, por otro, a diferencia de quienes consideran a los derechos como absolutos, limitarla para que no pueda dañarse a un tercero²².

III. ¿DEBEN CONTRAPONERSE DERECHO SUBJETIVO Y OBJETIVO?

Existen autores, sin embargo, que han sostenido que no existe dicha contraposición entre la noción de derecho comprendido como la *ipsa res iusta*, como lo debido a otro en virtud de una relación de justicia y el derecho entendido como *facultad*. Tomemos, por ejemplo, el caso de John Finnis. En su famosa obra *Natural Law and Natural Rights*, cuya publicación hace 25 años conmemoramos en esta ocasión, Finnis, apelando a la herramienta del análisis del lenguaje, con el fin de clarificar los términos de la disputa, considera importante distinguir, siguiendo los trabajos del jurista norteamericano Hohfeld, entre lo que llama un derecho *a exigir* (*claim right*) y un derecho *libertad*.

De este modo puede decirse, sostiene Finnis siguiendo a Hohfeld, que:

- 1) A tiene un *derecho a exigir* (*claim right*) que B haga X, si y sólo si B tiene un *deber* para con A de hacer X.
- 2) B tiene una *libertad* (en relación con A) para *hacer* X, si y sólo si A *no tiene ningún derecho a exigir* (tiene "una ausencia-de-derecho") que B no haga X.
- 2) B tiene una *libertad* (en relación con A) para *no hacer* X, si y sólo si A *no tiene ningún derecho a exigir* (tiene "una ausencia-de-derecho") que B haga X.

²² Cfr. art. 1071 del Código Civil, modificado por la ley 17.711. Comenta al respecto Carlos Fernández Sessarego: "El denominado abuso de derecho, según la generalidad de los juristas, opera como un límite impuesto al ejercicio del derecho subjetivo. La convicción de establecer un límite a los derechos subjetivos nace de la necesidad de proteger a los 'otros', con quienes entre en relación el titular de tales derechos, de actitudes egoístas y antisociales, descriptas como 'anormales' o 'irregulares'. Se trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al no usarlos, que agraven intereses ajenos dignos de tutela jurídica". Carlos Fernández Sessarego, *Abuso de Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 22.

Esta "distinción entre el *derecho a exigir* de A (que tiene como su correlato el *deber* de B) y la *libertad* de A (que es la *libertad de A respecto del deber* y en consecuencia tiene como su correlato la ausencia o negación del *derecho a exigir* que B tendría de otra manera)"²³, es el importante servicio que, según Finnis, el esquema de Hohfeld proporciona para clarificar el pensamiento.

Ahora bien, el resultado al que arriba Finnis, contradiciendo lo sostenido por Strauss y Villey, es que no tiene sentido contraponer la noción de *deber* con la idea de *derecho* (sea éste concebido como derecho a exigir o como libertad), ya que deberes y derechos son, en última instancia, correlativos. El lenguaje de los derechos, en consecuencia, no supondría, según Finnis, un cambio de perspectiva, sino que, simplemente, permitiría "afirmar las exigencias u otras implicaciones de una relación de justicia desde el punto de vista de la(s) persona(s) que se beneficia(n) de esa relación. Proporciona una manera de hablar sobre 'lo que es justo' desde un ángulo especial: el punto de vista del 'otro' o de los 'otros' a quienes algo (...) les es debido o adeudado (...)"²⁴. Y agrega: "el debate contemporáneo muestra que hay una tendencia fuerte, (...) a hacer todavía más especializado ese punto de vista, de tal modo que se entiende que la ventaja peculiar que (según todas las opiniones) cualquier atribución de derechos implica es la ventaja de la *libertad (freedom)* de acción y/o del *poder (power)* para afectar la libertad de acción de otros"²⁵. De lo que concluye que "no hay motivo para tomar partido entre los usos más nuevos y los más antiguos, en cuanto a formas de expresar las implicaciones de la justicia en un contexto dado. Todavía menos apropiado es sostener que 'como una cuestión de lógica jurídica' el deber es lógicamente anterior al derecho (o viceversa)"²⁶. Con todo, a pesar de que toda relación de justicia pueda expresarse tanto en términos de derechos como de deber, Finnis sostiene que "cuando se trata de explicar las exigencias de la justicia (...) hay razón para considerar que el concepto de deber, obligación o exigencia, desempeña un rol más explicativo y estratégico que el concepto de derechos"²⁷. No por eso, agrega, "tiene menor importancia o dignidad el concepto de derechos, pues el bien común es precisamente el bien de los individuos cuyo *beneficio*, derivado del cumplimiento del

²³ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 200 (la traducción es mía, así como los subrayados).

²⁴ John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 234.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Ibid.*, p. 238.

²⁷ *Ibid.*, p. 239.

deber por parte de otros, constituye su *derecho* porque les es *exigido* a esos otros en justicia”²⁸.

Estas afirmaciones de su obra de 1980 permiten, a mi entender, comprender la interpretación que Finnis hace del pensamiento de Santo Tomás en un trabajo más reciente, *Aquinas*²⁹, de 1998. Según el pensamiento de Santo Tomás, sostiene aquí Finnis, el objeto de la justicia lo constituye, precisamente, el respeto de *los derechos* de la otra persona (“*The object of particular justice (hence-forth simply ‘justice’) is the other person’s right(s) (ius)*”), pudiendo, de este modo, hacerse sinónimo la expresión *ius* también de la idea de derecho entendida como derecho subjetivo (derecho a exigir o libertad). De allí que, sostiene, “[c]uando *Aquinas* sostiene que el *ius* es el objeto de la justicia, él quiere decir: aquello de lo que trata la justicia, y lo que la justicia pretende proteger, es el derecho de alguna otra persona o personas –lo que les es debido, aquello a lo que tienen derecho, lo que legítimamente les pertenece (*what is due to them, what they are entitled to, what is rightfully theirs*)”³⁰.

Esta manera de Santo Tomás de comprender el derecho se habría visto oscurecida, con todo, por ciertos aspectos del vocabulario latino con el que tuvo que trabajar, oscuridad que habría ocasionado “mucho innecesaria emoción y confusión en la reflexión que el siglo veinte realizara sobre Santo Tomás y sobre la historia del pensamiento político”³¹. La ley romana, por ejemplo, y todavía vestigios en el lenguaje de la época de Santo Tomás, “aceptaban que también una desventaja pudiese ser *ius*; recibir la pena adecuada es el *ius* de un malhechor”³². Difícilmente, agrega, “hablaríamos hoy día del derecho de un malhechor a ser castigado (a menos que intentáramos señalar algún beneficio como ser castigado en vez de ser sometido a una lobotomía o a una internación en una clínica psiquiátrica)”³³. Sin embargo, según Finnis, “*Este cambio en el uso lingüístico reviste escasa significación. Como tampoco reviste importancia, en substancia, la relativa rareza con que el término iura, el plural de ius, es utilizado con el significado de ‘derechos’*”³⁴. Es por ello que puede afirmarse que la noción de derechos humanos no sólo es compatible con el sistema de Santo Tomás, sino que, incluso, no es ajena al mismo.

²⁸ *Idem*.

²⁹ John Finnis, *Aquinas*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

³⁰ *Ibid.*, p. 133.

³¹ *Idem*. Probablemente Finnis tiene aquí *in mente* las posiciones de Leo Strauss y Michel Villey, por las razones que hemos explicado anteriormente.

³² *Ibid.*, p. 134.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

"Though he never uses a term translatable as 'human rights', Aquinas clearly has the concept"³⁵.

Junto a la noción de "derecho" entendida como *ipsa res iusta* (lo que es debido), o como *right* (ya se trate, como hemos visto, de *liberty* o *claim right*, "freedom of action, and/or power to affect the freedom of action of others")³⁶, Finnis distingue una tercera acepción de "*ius*"; el derecho entendido como *ley*, que considera fundamental. No voy a extenderme en este punto, que parece característico del pensamiento de Finnis, el de considerar, como analogado principal del concepto de derecho (*ius*) a la noción de ley, tema al que se ha referido *in extenso* Santiago Legarre³⁷. Lo que me interesa señalar es que, según Finnis, la ley, como *ratio iuris*, puede, indistintamente, establecer *duties* o *rights*, ya que ambas nociones son, en última instancia, correlativas.

Finnis parece acercarse en *este* punto, en su manera de relacionar *deber jurídico* y *derecho subjetivo*, al análisis de Kelsen. Se enseña a menudo, nos dice éste, "que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero —agrega— de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho"³⁸. La teoría pura, por el contrario, "está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, *ya sea la forma de un deber* y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, *ya la de un derecho subjetivo* cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado"³⁹.

El derecho *objetivo* es, pues, para Kelsen, el conjunto de normas, y son estas normas las que determinan el conjunto de *deberes* y *derechos* que son, como en el caso de Finnis, correlativos:

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, (...) únicamente encontramos relaciones establecidas por *normas jurídicas* entre individuos, o más exactamente entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una *obligación* o de una responsabilidad, y otras el carácter de un *derecho subjetivo*⁴⁰.

³⁵ *Ibid.*, 136.

³⁶ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, p. 206.

³⁷ Santiago Legarre, El concepto de derecho en John Finnis, *Persona y Derecho*, N° 40, 1999, Navarra, 65-87.

³⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1971, p. 113.

³⁹ *Ibid.*, pp. 122-123. (El subrayado es mío).

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 132-133.

Ahora bien, aunque la finalidad es radicalmente distinta, la correlación que establece Finnis entre derecho (*ius*) como *lo debido* y derecho como facultad (derecho subjetivo), guarda una estrecha analogía con el planteo kelseniano. Claro está que para este último autor sólo existen los derechos y deberes derivados de las normas *positivas*, en tanto que para el profesor de Oxford anterior a la *lex positiva* es la *lex naturalis*, de manera que así como la ley positiva es fuente de derechos y deberes positivos, la ley natural es fuente de derechos y deberes naturales, por lo que junto al *legal right* existe el *natural right*. "So, if I have a natural—as we would now say, human—right I have it by virtue of natural law (*ius naturale*); if I have a legal right I have it by virtue of positive law (*ius positivum*) (...). Thus law, natural or positive, is the basis of one's right(s) (*ratio iuris*)". Sin embargo, a la hora de preguntarse por la manera de relacionar *duties* y *rights*, tanto Finnis como Kelsen atienden, principalmente, a la estructura *formal* de las normas, (de allí que Finnis proclame que, para Santo Tomás, "la moral y la política es tan fundamentalmente una cuestión de *derechos* como es una cuestión de *deberes*")⁴¹, lo que, a mi entender, no permite captar la esencia de lo que discute cuando se pregunta si es el derecho subjetivo o el objetivo (en el sentido de lo debido a otro en una relación de justicia), el que tiene la prioridad.

IV. ¿CONDUCTA OBJETIVAMENTE DEBIDA O DERECHO COMO FACULTAD?

La cuestión a la que Willey y Strauss aluden, cuando señalan la importancia que habría tenido el pasaje de la noción de derecho (*ius*) entendido en el sentido de lo debido, la *ipsa res iusta*, a la de derecho entendido como facultad *no* es, a mi entender, la de si *mi* derecho es correlativo al deber de *otra* persona, sino la de si debieran reconocerse derechos, entendidos como libertades, solamente para realizar aquellas cosas que son *en sí mismas* "*derechas*", objetivamente justas y a las que estoy moralmente obligado, "*I have a right to what is right*" (juicio que supone trascender el mero análisis formal de las normas), o si, por el contrario, es porque tenemos *libertades* (independientemente de la finalidad moral que podamos asignarles) que se origina en los otros el deber de respetarlas, de manera tal de que pudiera darse el caso de un derecho a lo que es "no derecho", incorrecto, "*a right to do wrong*"⁴². Es esta cuestión la que constituye el verdadero trasfondo de la discusión sobre si debiera primar el derecho

⁴¹ John Finnis, *Aquinas*, *op. cit.*, p. 138.

⁴² Cfr. Jeremy Waldron, "A Right to Do Wrong", *Ethics* 92, October 1981, p. 21-39, y la contestación de George en: Robert P. George, *Making men moral*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

objetivo o el derecho subjetivo, el núcleo de la disputa respecto de si la doctrina de los derechos humanos continúa o rompe con la concepción clásica de la ley natural. Para decirlo en otras palabras, lo que está en juego es el problema del *liberalismo*⁴³, la pregunta sobre cómo debieran relacionarse el orden jurídico positivo y el orden moral.

1. LAS POLÉMICAS EN TORNO A LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE JACQUES MARITAIN

La polémica sobre si sólo debieran reconocerse libertades para realizar aquello que es correcto o si, por el contrario, existe un "derecho" incluso a realizar lo incorrecto no es, con todo, novedosa, está en el corazón de las discusiones que, hacia los años cuarenta, suscitara la filosofía política de Jacques Maritain; discusiones sobre las que quisiera detenerme ya que pueden arrojar mucha luz sobre la cuestión que nos ocupa. Recordemos las circunstancias en que la disputa tuviera lugar. De familia protestante y converso al catolicismo en su juventud gracias a la influencia de Leon Bloy, Maritain había ganado renombre en la Francia de comienzos de siglo, gracias a obras como *Arte y escolástica* (1920), *Elementos de Filosofía I: Introducción a la filosofía* (1920), *Antimoderno* (1922), *Elementos de Filosofía II: El orden de los conceptos* (1923), *Tres reformadores: Lutero, Descartes, Rousseau* (1925). Cercano en sus comienzos a la Acción Francesa, rompe sin embargo con ella tras la condena de Roma de 1926 y empieza una reflexión que lo acercará a la tradición del liberalismo político. Sus obras *Humanismo integral* de 1936, *Los derechos del hombre y la ley natural* (1942) y *Cristianismo y democracia* (1943) escritas durante su exilio en los EE.UU. y *El hombre y el Estado*, redactado en 1949 pero publicado

⁴³ Según Michael Sandel, lo característico del *liberalismo* es que independiza la idea de justicia y el reconocimiento de derechos de cualquier visión sustantiva del bien. Para un pensador como Rawls, sostiene, "es precisamente porque somos sujetos libres e independientes, capaces de escoger nuestros propios fines, que necesitamos de una estructura de derechos que sea neutral respecto de todo fin. Basar los derechos en una concepción del bien, supondría imponer a algunos los valores de los otros y, en consecuencia, ser incapaces de respetar la capacidad de cada persona de elegir sus propios fines" (p. 187). En consecuencia, sostiene: "Lo que está en juego en el debate entre el liberalismo rawlsiano, y la visión que defendiera en *Liberalism and the Limits of Justice*, no es si los derechos son importantes, sino si los derechos pueden ser identificados o justificados sin presuponer ninguna concepción particular sobre la vida buena (...). La cuestión fundamental, en otras palabras, es si el derecho (o los derechos, o la justicia), tiene prioridad sobre el bien" (*whether the right is prior to the good*). (p. x). De este modo, según Sandel, "el motivo para reconocer un derecho reside en que pueda mostrarse que promueve o fomenta algún importante bien humano. (...) [Los derechos dependen para su justificación en la importancia moral de los fines a los que sirven". Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (second edition), Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

recién en 1951, también en los Estados Unidos, serán los mojones que jalonan esta evolución.

Tras haber experimentado la guerra y el fenómeno del totalitarismo, Maritain llega a sostener que la doctrina de los derechos humanos tal como fuera formulada en la época moderna, aunque fundada a veces en tradiciones de pensamiento erróneas⁴⁴, no sólo no resulta incompatible con los principios de la filosofía escolástica sino que se inspira, directamente, en el mensaje evangélico⁴⁵. De allí su decidido apoyo a la declaración de las Naciones Unidas que habría de ser aprobada en 1948, poco después de la redacción de sus obras principales sobre el tema⁴⁶. Respetando los principios clásicos de la filosofía social, el concepto de derechos humanos supone, con todo, una *nueva conciencia* respecto de las funciones del Estado y sus *límites*. Pues, afirma Maritain, mientras el ser humano, en cuanto *individuo*, está sometido al todo del Estado como parte, en cuanto *persona*, trasciende al mismo "por cuanto el hombre tiene un destino superior al tiempo"⁴⁷. Es por ello que, sostiene:

La ciudad, en cuanto merece su nombre, es una sociedad de personas humanas. Es decir, es un todo de todos; porque la persona, como tal, es un todo. Y es un todo de libertades, porque la persona como tal significa gobierno de sí, o independencia (no independencia absoluta, la cual es propia de Dios). La sociedad es un todo cuyas partes son, a su vez, todos, y es un organismo hecho de libertades, no de simples células vegetativas⁴⁸.

Es debido a que la sociedad es un *todo* compuesto de *personas*, que la relación entre individuo y sociedad resulta compleja. Pues si bien "el todo como tal vale más que las partes (...) principio que Aristóteles se complacía en recalcar", la persona humana, agrega "no es solamente parte con relación a la sociedad; es este otro principio que el cristianismo ha traído a la luz y que toda filosofía absolutista y totalitaria arroja a la sombra"⁴⁹. La dignidad trascendente de la persona humana se ha puesto de manifiesto "ante todo en el orden religioso, y por la repentina irrup-

⁴⁴ "La declaración francesa de los Derechos del Hombre ha presentado a éstos (llevando, por tanto, al equívoco) bajo la perspectiva racionalista de la filosofía de las luces y de la Enciclopedia. La declaración americana, por marcadas que en ella sean las influencias de Locke y de la 'religión natural', permaneció más próxima al carácter originariamente cristiano de los derechos humanos". Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1943, p. 89.

⁴⁵ "La conciencia de los derechos de la persona tiene en realidad su origen en la concepción del hombre y del derecho natural establecida por siglos de filosofía cristiana". *Idem*.

⁴⁶ Cfr. Jacques Maritain, *El hombre y el estado*, cap. IV: Los derechos del hombre, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1952, p. 93 ss.

⁴⁷ Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 21.

ción del mensaje evangélico. Pero de allí, la conciencia de esa dignidad ha ganado poco a poco la esfera del orden natural, al *penetrar y renovar nuestra conciencia de la ley de la naturaleza y del derecho natural*⁵⁰.

Es por ello que, según Maritain, no existe contradicción alguna entre la doctrina clásica de la ley natural y la proclamación de los derechos humanos, de entre los cuales reviste capital importancia el derecho a la libertad religiosa.

El primero de esos derechos es el de la persona humana a encaminarse hacia su destino eterno por el camino trazado por Dios. *Frente a Dios y a la verdad*, aquella no tiene el derecho de escoger a su antojo cualquier camino; debe escoger el camino verdadero, por cuanto está en su poder conocerlo. Pero *frente al Estado, a la comunidad temporal y al poder temporal*, es libre de escoger su vía religiosa a sus riesgos y peligros; su libertad de conciencia es un derecho natural inviolable⁵¹.

Ahora bien, esta evolución de Maritain desde su primitiva posición antimoderna hasta la aceptación de los principios de la libertad política, generará numerosas reacciones. Mundialmente conocida fue la crítica que le realizara el filósofo y teólogo Charles De Koninck, desde la universidad de Laval, con su trabajo *De la primacía del bien común contra los personalistas*⁵². En Argentina, Julio Meinvielle dedicará dos de sus obras a cuestionarla: *De Lamennais a Maritain*, de 1945, y *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, de 1948. Es en esta última obra (que al entender de su autor completa y profundiza la primera)⁵³ que quisiera detenerme porque permite poner de manifiesto qué es lo que se debate cuando se discute si entre la noción clásica de derecho como objeto de la justicia y las modernas declaraciones de derechos existe ruptura o existe continuidad.

Reduciendo sus críticas a lo esencial, lo que Meinvielle sostiene es que la defensa que Maritain realiza de los derechos del hombre⁵⁴, su afirmación de que la idea de limitar al Estado en nombre de la dignidad de la

⁵⁰ *Ibid.*, p. 83. El subrayado es mío.

⁵¹ *Ibid.*, p. 90.

⁵² Charles De Koninck, *La Primauté du Bien Commun contre les Personnalistes*, Editions de L'Université de Laval, 1943.

⁵³ "Alquel libro no era sino 'preliminar de otros estudios en los que trataría de indagar las raíces más hondas de donde arrancan las desviaciones de su filosofía". Julio Meinvielle, *Crítica de la Concepción de Maritain sobre la Persona Humana*, Ediciones Nuestro Tiempo, Buenos Aires, 1948, p. 9.

⁵⁴ "Ninguna paz duradera será posible si los regímenes en cuestión no implican un consentimiento de los espíritus sobre las bases esenciales de la vida común, el respeto de la dignidad humana y los derechos del individuo", Jacques Maritain, *Cristianismo y Democracia* [1943], Editorial Dédalo, Buenos Aires, 1961, p. 42.

persona tiene raíces evangélicas⁵⁵, y su “convicción de que la marcha hacia adelante de las sociedades humanas es una marcha hacia la conquista de la libertad”⁵⁶, no son sino “una mechadura kantiana en el pensamiento tomista”⁵⁷ y una claudicación ante la filosofía de la Ilustración.

Sostiene, de esta manera, Meinvielle:

No deja de revestir interés el cotejo de los derechos individuales, económicos y políticos, adjudicados por Maritain a la persona humana, con el pensamiento jurídico moderno, salido de Kant y de Rousseau. Maritain evidentemente sostiene, en contra de Kant y de Rousseau, que los derechos son fundados en la ley natural y más remotamente en la ley eterna (...). No admite por tanto que la moralidad radique en la íntima libertad del hombre (...).

Pero si uno se pregunta cuál es el supremo principio o cuál es el objetivo fundamental que aquella ley divina reguladora se propone en el gobierno de los hombres, ya aquí pareciera no haber diferencias entre Kant y Maritain. Porque para Kant el supremo principio del derecho natural es que cada hombre singular desarrolle al máximo su personalidad y libertad. “El único derecho innato del hombre, escribe Kant, es uno solo: *la libertad* (“la independencia de toda otra voluntad obligante”), de manera que ella, en la medida en que pueda coexistir con cualquier otra libertad según la ley universal, es el único derecho originario que conviene al hombre en virtud de su carácter de hombre (...)”.

Para no incurrir en malentendidos, adviértase bien que aquí hablamos de una coincidencia de Maritain con Kant en lo *jurídico* y exclusivamente en lo jurídico; o sea, en las relaciones externas de los hombres entre sí, relaciones de individuo a individuo, y de individuo con el todo social. Entre Maritain, que funda la moralidad en Dios, último fin del hombre, y Kant, que lo funda en la autonomía de la conciencia puede haber esencial diferencia (...); pero en el *ius*, que mira las relaciones de los hombres entre sí —su actividad y comunicación externa— han de coincidir, si se establece un idéntico criterio de valoración, cual es el de la emancipación de las personas singulares. Esta coincidencia exclusivamente *jurídica* explica cómo se aviene el pensamiento maritainiano de la vida social con el espíritu jurídico moderno, salido de Kant y de Rousseau. Uno y otro quieren

⁵⁵ “Bajo la inspiración evangélica, a menudo desconocida pero activa, la conciencia profana ha comprendido que la persona, que forma parte del Estado, trasciende al Estado (...) *Ibid.*, p. 55.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 62. En el mismo sentido se pronuncia en *Los derechos del hombre y la ley natural*: “la aspiración más profunda de la persona humana es la aspiración a la libertad de expansión. La sociedad política está destinada a desarrollar condiciones de vida común que, mientras procuren en primer lugar el bien, el vigor y la paz del todo, ayudan positivamente a cada persona a la conquista progresiva de esa libertad de expansión, la cual consiste ante todo en el florecimiento de la vida moral y racional, y de esas actividades interiores (“inmanentes”) que son las virtudes intelectuales y morales. (...) Esta concepción de la sociedad política y de su obra primordial es la concepción de Aristóteles, pero depurada de sus escorias esclavistas, así como del estatismo al cual estaba sometido en general el pensamiento griego”. Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural* [1942], Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1956, p. 52.

⁵⁷ Julio Meinvielle, *Crítica de la Concepción de Maritain sobre la Persona Humana*, *op. cit.*, p. 232.

emancipar a la persona humana de los vínculos sociales, para que emerja sobre ellos como un *absoluto* que alcanzaría su clima y patria propia en el reino trascendente de lo *absoluto*⁵⁸.

Y esta noción es kantiana precisamente, aclara Meinvielle (y aquí el tema que nos interesa), porque prioriza el *derecho facultad* (derecho subjetivo) por sobre la *ipsa res iusta*, lo debido a otro en virtud de una relación de justicia:

Maritain (...) discurre sobre la persona como si, por el hecho de serlo, fuera una perfección pura, depositaria de derechos y de libertades. Esta concepción (...) no puede ser sino una mechadura kantiana en el pensamiento tomista. El derecho, lo justo, en lugar de ser ajuste exterior de las acciones de los unos con las exigencias de los otros, se concebiría como una facultad moral, no derivada de la ordenación del todo social o de hombre a hombre dentro de ese todo, sino inherente a las personas singulares. (...) Y el orden jurídico no sería efecto de la ley natural y eterna sino una resultante de los derechos inalienables e inviolables conferidos a personas singulares (...)⁵⁹.

“No es menester advertir –agrega Meinvielle– *cuán alejada sea esta concepción de la de Santo Tomás, quien no concibe a la persona singular, por el hecho de serlo, sino como responsable de sus actos y sujeto necesario de obligaciones*, que puede ser, asimismo, sujeto de derecho, si es colocada frente a otros sujetos responsables que pueden entorpecerle en la consecución de su propio destino o ayudarle en su logro”. De lo que concluye: “De manera que si Dios no hubiera creado sino una única creatura intelectual, *ésta tendría obligaciones, sin poder invocar derechos*”⁶⁰. Es por ello que constituye un error “dividir el derecho en contra de la obligación como si aquél fuese un poder y ésta un deber. El derecho supone necesariamente un deber (...)”⁶¹. Es sólo porque la persona tiene la obligación de asegurar su felicidad natural y sobrenatural que “*tiene derecho* frente a sus semejantes, individual y socialmente considerados, a todos aquellos medios o causas que le aseguren esta doble felicidad; de aquí estos derechos: a) al uso de los bienes materiales; b) al trabajo; c) a la formación de la familia; d) a su educación manual, cultural y religiosa y e) a la práctica del culto del Dios verdadero”⁶².

Este último punto, el de la manera de concebir la libertad religiosa, “fuente y síntesis de estos derechos”⁶³, resulta clave para comprender

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 230-231.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 232.

⁶⁰ *Idem.* Los subrayados son nuestros.

⁶¹ *Ibid.*, p. 233.

⁶² *Ibid.*, p. 247.

⁶³ Compendio de Doctrina Social de la Iglesia, N. 155.

en qué difieren las dos perspectivas. Pues mientras que Maritain considera, y Meinvielle cita aquí el párrafo de *Los derechos del hombre y la ley natural*, que: “la persona humana (...) frente a Dios y a la verdad no tiene derecho de escoger cualquier camino, debe elegir el camino verdadero en cuanto esté en su poder conocerlo (...) frente al Estado y a la comunidad temporal, es libre de escoger su camino religioso bajo sus propios riesgos y peligros; su libertad de conciencia es un derecho natural e inviolable”⁶⁴, para Meinvielle, el derecho a la libertad religiosa se funda, solamente, en la *obligación* de rendir culto al Dios verdadero. Pero atento que “la misma obligatoriedad que pesa sobre los particulares constriñe a los Estados”⁶⁵, Meinvielle concluye: “De aquí surge claramente que el Estado debe prohibir el ejercicio *público* de las falsas religiones; en esto no puede haber ni la menor duda”⁶⁶. Y aclara: “Hablamos del *derecho* del Estado que podrá dejar de ser ejercido si hay razones que así lo aconsejan. Tal es la célebre y conocida cuestión de la tolerancia del mal, que nadie ha tratado en forma más completa y concisa que Santo Tomás, cuando se pregunta si los ritos de los infieles han de ser tolerados y contesta que ‘en el gobierno humano, los que gobiernan toleran con buen tino algunos males para no impedir algunos bienes o para no incurrir en males mayores; como dice San Agustín: quita las meretrices y perturbarás todas las cosas con la libidine. Así, pues aunque los infieles pequen en sus ritos pueden ser tolerados a causa de algún bien que de allí proviene o por algún mal que se evita”⁶⁷.

Fácil es comprender la conmoción que causaría la promulgación, en 1965, a más de veinte años de estas disputas, de la declaración *Dignitatis Humanae*, sobre la libertad religiosa, por parte del Concilio Vaticano II. Este Concilio Vaticano, afirma el citado documento, “declara que la persona humana tiene *derecho a la libertad religiosa*”⁶⁸. Dicha libertad, define, “consiste en que todos los hombres deben estar inmunes de coacción tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y cualquier potestad humana (...) de tal manera que en materia religiosa ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia ni se le impida que actúe conforme a ella en privado o en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos”⁶⁹. Y tras recordar la *obligación moral* que toda persona

⁶⁴ Julio Meinvielle, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, op. cit., p. 245.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 251.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.* Cfr. Santo Tomás, *Suma Teológica*, II-II, q.10, a.11, c.

⁶⁸ Concilio Vaticano II, Declaración *Dignitatis Humanae*, n.2, B.A.C., Madrid, 1975, p. 784.

⁶⁹ *Idem.*

tiene a buscar la verdad y de adherirse a la verdad conocida, sobre todo en lo que se refiere a la religión, agrega:

Por consiguiente, el derecho a la libertad religiosa no se funda en la disposición subjetiva de la persona, sino en su misma naturaleza. Por lo cual *el derecho a esta inmunidad permanece también en aquellos que no cumplen la obligación de buscar la verdad y adherirse a ella*, y no puede impedirse su ejercicio con tal de que se respete el justo orden público⁷⁰.

2. EL HOMBRE Y EL ESTADO

Meinvielle no acusa, con todo, a Maritain de kantiano por los *principios* de su filosofía ("entre Maritain que funda la moralidad en Dios último fin del hombre; y Kant que lo funda en la autonomía de la conciencia puede haber esencial diferencia")⁷¹, ni cuestiona su fe personal; ataca, en cambio, su visión del Estado, su manera de entender cómo debieran relacionarse la persona humana y la sociedad. Lo acusa de "independizar a la persona, en cuanto tal, de los vínculos que la sujetan a las sociedades humanas, para considerarla un absoluto"⁷². "Bajo la obsesión del totalitarismo –sostiene– Maritain no ha podido liberarse del extravío moderno que no encuentra otra manera de evitar la desorbitación del Estado, sino ampliando a la persona humana y sus derechos"⁷³. Esto se pone especialmente de manifiesto en el caso de la libertad religiosa. Pues, sostiene Meinvielle, "[t]odo el afán de Maritain consiste en descubrir en la persona humana singular una zona que él llama 'espiritual' y que estaría fuera y por encima de la jurisdicción del Estado. (...) Se trata de una zona 'espiritual' dentro del mismo orden natural que escaparía a la jurisdicción del Estado y en la cual el hombre podría determinarse libremente y con total y absoluta independencia frente al Estado. (...) El pensamiento de Maritain aparece con suficiente claridad. Hay una zona

⁷⁰ *Ibid.*, p. 785. La convicción de que resulta necesario mantener la primacía de la noción de deber por sobre la de derecho es, precisamente, uno de los motivos que llevarán al Arzobispo Lefebvre a cuestionar dicha declaración. La auténtica libertad religiosa debe ser definida, sostiene en oposición a la declaración conciliar, "como la libertad de rendir a Dios el culto que le es *debido* y de vivir según sus mandamientos". En consecuencia, agrega: "Si el lector ha seguido bien este razonamiento, comprenderá que la libertad religiosa no se puede aplicar a las religiones falsas, esa libertad no puede compartirse. En la sociedad civil, la Iglesia proclama que el error no tiene derechos y que el Estado debe reconocer sólo el derecho de los ciudadanos a practicar la religión de Cristo". Si no existe un deber de practicar una religión falsa, tampoco puede hablarse de que exista un derecho a ello. Cfr. Mons. Lefebvre, *Carta abierta a los católicos perplejos*, Emecé, Buenos Aires, 1986, p. 110.

⁷¹ Julio Meinvielle, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, op. cit., p. 230.

⁷² *Ibid.*, p. 227.

⁷³ *Ibid.*, p. 231.

de *actividad exterior y pública* en la cual el hombre sólo es responsable delante de Dios y de ninguna manera delante del Estado⁷⁴.

Meinvielle no niega que exista en el ámbito de la moral una zona particular o privada que compete primariamente a la persona. Sin embargo, dado que la persona se encuentra integrada en una sociedad, toda su conducta puede caer bajo la jurisdicción del Estado. Ya en la *Suma Teológica*, II-II, cuestión 58, Santo Tomás había afirmado que: “el bien de cualquier virtud, sea que ordene a un hombre con respecto a sí mismo, sea que le ordene con respecto a las otras personas singulares, es referible al bien común al cual ordena la justicia. Y de acuerdo a esto los actos de todas las virtudes pueden pertenecer a la justicia, en cuanto ordenan al hombre al bien común⁷⁵. Es por ello que, sostiene Meinvielle, “para Santo Tomás el campo del derecho público es toda actividad interna y externa de los ciudadanos en cuanto referible u ordenable al bien común (...) de manera que toda actividad externa y aún interna en cuanto referible al *bien común*, cae debajo de su jurisdicción⁷⁶. En consecuencia “es falso que haya una zona de actividad exterior y pública, en la cual el hombre sea responsable sólo ante Dios y de ningún modo ante el Estado⁷⁷.

Volvamos, pues, al núcleo del argumento. Una importante tradición dentro del pensamiento moderno, representada por autores como Spinoza y Hume, intentó fundar la libertad religiosa en la negación de las ideas de revelación y de verdad. Resulta claro por qué vale para tal postura la acusación de “indiferentismo”. Existe, con todo, otra tradición, cuyo representante más importante sea tal vez John Locke, que pretendió justificar dicha libertad no en la negación de la verdad sino en la incoercibilidad de la conciencia. Los argumentos que esboza en su famosa *Carta sobre la tolerancia* y que sientan las bases para el principio de la separación entre la Iglesia y el Estado, apuntan, fundamentalmente, en esta dirección:

[E]stimo necesario, sobre todas las cosas, distinguir exactamente entre las cuestiones del gobierno civil y las de la religión, fijando, de este modo, las justas fronteras que existen entre uno y otro. (...) [T]oda la jurisdicción del magistrado se extiende únicamente a estos intereses civiles (...) y no puede ni debe, en manera alguna, extenderse hasta la salvación de las almas. Creo que las siguientes consideraciones lo demuestran abundantemente:

1) Primero, porque (...) [n]ingún hombre puede, aunque quiera, conformar su fe a los dictados de otro hombre. Toda la vida y el poder de la verdadera religión consiste en la persuasión interior y completa de la mente, y la fe no es fe

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 244-245.

⁷⁵ Santo Tomás, *Suma Teológica*, II-II, q.58, a.5, c. (La traducción es la de Meinvielle).

⁷⁶ Julio Meinvielle, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, op. cit., pp. 249-250.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 246.

si no se cree. Cualquiera que sea la profesión de fe que hagamos, si no estamos completamente convencidos en nuestra mente de que la una es verdad y el otro agradable a Dios, tal profesión y tal práctica, lejos de ser un avance, constituirán, por el contrario, un gran obstáculo para nuestra salvación (...).

2) En segundo lugar, el cuidado de la almas no puede pertenecer al magistrado civil, porque su poder consiste solamente en una fuerza exterior, en tanto que la religión verdadera y salvadora consiste en la persuasión interna de la mente, sin la cual nada puede ser aceptable a Dios. Y tal es la naturaleza del entendimiento, que no puede ser obligado a creer algo por una fuerza exterior⁷⁸.

Pero Meinvielle no tiene problemas en aceptar que *la conciencia no puede ser coaccionada*. Ello no es un obstáculo para, eventualmente, exigir una conducta en materia religiosa pues, precisamente, el derecho, lo objetivamente justo, puede ser considerado *independientemente de la intención de la persona que actúa* y lo que puede estar en juego, en este caso, no es la perfección de la persona obligada, sino el bien del todo social, del cual el individuo es parte. "Atiéndase bien que la justicia general no regula ni procura inmediatamente el bien de la parte; pero sí establece la regulación de la parte en vista de obtener el bien del todo; su acción inmediata se dirige a obtener el bien del todo (...). La materia propia de la justicia general coincide con la de todas las otras virtudes, en cuanto *referibles y ordenables* al bien común"⁷⁹.

El error cometido por Maritain, al realizar su famosa distinción entre individuo y persona, reside, según Meinvielle, en que separa a la persona del Estado. "Para sostener la superioridad de la persona humana sobre la sociedad política, Maritain ha debido efectuar antes una disección en el mismo concepto de persona humana, a saber, lo ha desdoblado en el de persona humana-individuo y en el de persona humana-persona humana. A la persona humana-individuo la ha subordinado al Estado o sociedad política, pretendiendo salvar así todas las conocidas tesis aristotélico-tomistas de la integración de la persona humana como *parte* en el *todo* social. Pero a la persona humana-persona humana la ha independizado del todo social, la ha colocado por encima de él y de toda la especie humana y aún del mismo universo. (...) Maritain sostiene que la persona humana entra, sí, en la sociedad política, pero no como una parte, sino como un todo al cual se subordinaría la misma sociedad política, y sostiene también que precisamente en esta suplantación del individuo por la persona humana, verificada en el seno mismo de la sociedad política, consiste el progreso de ésta"⁸⁰.

⁷⁸ John Locke, *Carta sobre la tolerancia*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 8-10.

⁷⁹ Julio Meinvielle, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, op. cit., p. 248.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 10-11.

De allí la acusación de que es kantiana la filosofía *jurídica* de Maritain.

Inficcionado de kantismo, quiere argumentar Maritain en favor de la superioridad de la persona sobre la sociedad por la interioridad del orden moral y la exterioridad del orden jurídico, como si lo interior y el dominio privado pertenecieran directamente a Dios, y el orden externo y público fuera inferior y perteneciera directamente a la sociedad y sólo indirectamente a Dios⁸¹.

Filosofía que, por no reconocer la primacía del bien común, se aleja radicalmente de la filosofía tradicional.

Esta concepción maritainiana que concibe lo personal como vinculado directamente con Dios, y lo social como no vinculado directamente, es una fuente de innumerables equívocos que destruye toda la concepción aristotélico tomista del hombre y de la sociedad (...). Tanto lo personal como lo social se ordenan inmediata y profundamente a Dios. (...) Si hubiéramos de asignar alguna prioridad, ella correspondería sin duda a lo social, porque siempre el bien común es *divinius*, más divino, que el de uno solo, como ha enseñado Santo Tomás con Aristóteles⁸².

En síntesis, según Meinvielle, "Maritain niega en términos absolutos facultad al Estado para intervenir en la zona "espiritual" y "religiosa", ya que habla de un derecho natural inviolable de la persona humana a elegir libremente su camino religioso, a sus riesgos y peligros; y subraya diciendo: la libertad de conciencia es un derecho natural inviolable. De donde se sigue que la neutralidad y el laicismo religioso del Estado serían preceptuados por el derecho natural". Cosa muy distinta sería por cierto, agrega, "si Maritain, colocándose en una situación de hecho, aconsejara un mal menor y para una situación muy determinada esta neutralidad. Pero el pensamiento de Maritain es más amplio y profundo, y se desenvuelve con perfecta lógica desde aquella premisa que hace del Estado un agente procurador de sólo los bienes materiales de la persona humana, en cuanto conectado con el carácter individual de ésta; y, en consecuencia, independiza de los fines del Estado, la parte superior de la persona humana, la persona en cuanto persona, que se conectaría directamente con Dios. A Dios y sólo a Dios debería responder la persona humana de su actividad"⁸³.

⁸¹ *Ibid.*, p. 241.

⁸² *Ibid.*, pp. 242-243.

⁸³ *Ibid.*, p. 252.

V. CONCLUSIÓN

Recordar las polémicas que, en su momento, suscitara la filosofía de Jacques Maritain ayuda, a mi entender, a precisar, en primer lugar, en qué sentido resulta legítimo reconocer la existencia de un derecho a lo que no es "derecho". Ni Maritain ni Meinvielle consideran (como tampoco lo hace Finnis) que existe un derecho *moral* a realizar lo que no es correcto, no aceptan que exista un "*moral right to do wrong*"⁸⁴; pues la disputa que los enfrenta no se libra en el terreno de la ética personal, sino en el de la ética *política*. La discrepancia entre ambos autores radica en que en tanto que para Meinvielle la inexistencia de un derecho *moral* a realizar lo incorrecto significa, al mismo tiempo, que no puede haber un derecho *legal* a realizarlo (a lo sumo podríamos hablar de acciones toleradas), para Maritain, en virtud de los límites que asigna al poder político, pudiera ser que una persona estuviese *moralmente* obligada a una conducta (y no tener, en consecuencia, un derecho *moral* a no realizarla) y, sin embargo, tener un *derecho libertad* (de tipo positivo legal) frente al *Estado*⁸⁵. Es a *este* tipo de libertad a la que se refiere, fundamentalmente, la primera generación de declaraciones de derechos, el derecho único y originario al que hace referencia Kant, el derecho reconocido por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

Y puede ayudar asimismo a contestar a la pregunta sobre la relación existente entre la doctrina de los derechos humanos y la teoría clásica de la ley natural, encontrar los puntos en que aciertan tanto la posición de Finnis como la de Strauss y Villey. Todos los autores parecen acordar, en primer lugar, en que el uso del término "derecho" entendido como facultad y no como la *ipsa res iusta*, lo debido a otro en una relación de justicia, supone una cierta novedad en el uso del lenguaje dentro de la tradición de occidental. Ahora bien, lo que Meinvielle hace notar (coincidiendo en esto con el propio Maritain, al que critica), es que esta novedad terminológica, este pasaje *del derecho a los derechos* acompaña, también, a un *nuevo matiz en la manera de concebir la libertad*. Éste es el punto en el que MacIntyre, Leo Strauss y Villey tienen, a mi entender, parte de razón; en que esta manera de entender al derecho como ámbito de competencia privativo del individuo es característica de la "manera

⁸⁴ Cfr. Jeremy Waldron, "A Right to do Wrong", *Ethics* 92, October 1981, p. 21-39.

⁸⁵ "Cada persona humana tiene el derecho a decidirse por sí misma en lo que concierne a su destino personal" (JACQUES MARITAIN, Los derechos del hombre y la ley natural, *op. cit.*, p. 87). "El secreto de los corazones y el acto libre como tal, el universo de las leyes morales, el derecho de la conciencia de escuchar a Dios y hacer su camino hacia él; todas esas cosas, en el orden natural como en el orden sobrenatural, no pueden ser tocadas por el Estado ni caer bajo su poder". (*Ibid.*, p. 86)

moderna” de comprender la libertad⁸⁶. El lenguaje de los derechos no es, pues, contrariamente a lo sostenido por Finnis, tan sólo otra manera de expresar la idea de obligación desde la perspectiva de quien pudiera beneficiarse de ella. Supone, en su origen, la idea de una esfera de libertad en la que quien tiene el derecho puede elegir sin que sea legítima la intervención del Estado.

Aceptando la novedad Maritain insiste, sin embargo, en que el concepto de *derechos* no implica necesariamente una *ruptura* respecto de la noción clásica de ley natural. No requiere, en primer lugar, negar la existencia de un orden moral ante el que la conciencia esté obligada. Supone, sí, afirmar que existen límites a la competencia del poder político. Finnis ha mostrado claramente hasta qué punto existe en el pensamiento de Santo Tomás la inquietud por distinguir el ámbito público del privado. El capítulo VII de *Aquinas* deja bien claro que para Santo Tomás, el bien común, causa final del Estado, es *limitado*, que el fin de la ley humana mira, esencialmente, a la tranquilidad temporal del Estado (*temporalis tranquillitas civitatis*)⁸⁷, punto este también subrayado por Jacques Maritain. Preocupado por conciliar la doctrina de los derechos humanos con la filosofía clásica Finnis se niega, sin embargo, a reconocer su novedad y fuerza, además, a mi entender, la interpretación de los textos cuando tras afirmar que para el filósofo de Aquino “los vicios de disposición y conducta que no tienen una relación significativa, directa o indirecta, con la justicia y la paz no son de incumbencia del gobernante o de la ley”⁸⁸ agrega: “esta posición no puede distinguirse fácilmente del gran y simple principio (abierto en sí mismo a diversas aplicaciones) del *On Liberty* de Stuart Mill”⁸⁹. En este punto me parece acertada la postura de Brian Tierney cuando sostiene: “Finnis efectivamente muestra, me parece, que la enseñanza de Santo Tomás sobre la ley natural no era inconsistente con un compromiso con los derechos humanos y que Villey exageró cuando sostuvo que estas dos formas de pensamiento eran ‘lógicamente incompatibles’ entre sí. Después de todo, los tomistas españoles posteriores fueron capaces de asociar, sin violentar, la enseñanza de Santo Tomás sobre la ley natural con sus propias enseñanzas sobre los derechos naturales, que se derivaban, principalmente, de fuentes jurídicas y de Gersón. Pero decir que dos sistemas de pensamiento no

⁸⁶ Cfr. la famosa conferencia de Benjamin Constant, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos” (B. Constant, *Escritos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989).

⁸⁷ John Finnis, *Aquinas*, *op. cit.*, p. 224.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 228.

⁸⁹ *Ibidem*.

son inconsistentes no equivale a afirmar que el uno pueda derivarse del otro —en este caso los derechos naturales de la ley natural. La argumentación de Finnis resulta incapaz de establecer dicha relación en la obra de Santo Tomás⁹⁰.

Por su parte, el error de Strauss que lo habría llevado a considerar al lenguaje de los derechos como necesariamente contrapuesto con la doctrina clásica de la ley natural radica, a mi entender, en el papel clave que le atribuye a Hobbes en la gestación de esta nueva manera de concebir al derecho (con el análisis de su obra comienza el capítulo de *Natural Right and History*, dedicado al derecho natural moderno). Supone, en consecuencia, que todos los autores que con posterioridad a Hobbes abordaron el tema de los derechos humanos son herederos de su sistema. Ahora bien, aunque sin duda puede afirmarse, como lo hace Strauss, que al contraponer la idea de derecho (concebido como libertad) con la idea de ley, el autor del Leviathan tiende a desvincular al portador de estos derechos de toda obligación para con la ley moral, y que por su cercanía con la tradición epicúrea deberíamos considerar a Hobbes como el creador del “hedonismo político”⁹¹, creo, sin embargo, que resulta equivocado sostener que *todos* aquellos autores que hicieron alusión a la noción de derechos humanos comparten por ello su visión epicúrea, que *todos* quienes defendieron la noción de derecho entendido como libertad necesariamente tenían *in mente* la autonomía moral del sujeto. He señalado en otro trabajo⁹² cómo esta interpretación se presta a equívocos si queremos, por ejemplo, acercarnos a un filósofo como Locke y que, a mi entender, el tema clave que subyace a las declaraciones de derechos es el de la libertad religiosa. Parece por ello más acertada la breve historia del surgimiento de la noción de derechos humanos que realiza Finnis en *Natural Law and Natural Rights*, en la que menciona a Suárez, Grocio, Puffendorf y Locke como autores relevantes, además de Hobbes, en la formulación de esta doctrina⁹³.

Quisiera, por último, volver a remarcar la afirmación de Maritain de que la doctrina de los derechos humanos atañe, fundamentalmente, a la relación del hombre con el Estado. “Frente a Dios y a la verdad [la persona humana] (...) no tiene el derecho a escoger a su antojo cualquier

⁹⁰ Brian Tierney, *Natural Law and Natural Rights. Old Problems and Recent Approaches*, *The Review of Politics*, LXIV (2002), n.3, p. 394.

⁹¹ Leo Strauss, *Natural Right and History*, *op. cit.*, p. 169.

⁹² Cfr. Joaquín Migliore, “John Locke y el problema de la tolerancia: Un aporte a la historia del surgimiento de la doctrina de los derechos humanos”, *Ideas y Derecho*, 2003, Año 3, Número 3.

⁹³ Cfr. John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 235-237.

camino; debe escoger el camino verdadero, por cuanto está en su poder conocerlo. Pero *frente al Estado, a la comunidad temporal y al poder temporal*, es libre de escoger su vía religiosa a sus riesgos y peligros (...)"⁹⁴. Es por ello que no terminan de convencer las posiciones que sostuvieran, en un reciente debate sobre el problema del origen de los derechos humanos⁹⁵, tanto John Finnis como Brian Tierney dado que ni la afirmación del primero de que Santo Tomas conoció la noción de derechos humanos entendidos en sentido subjetivo, ni la tesis del segundo de que los derechos humanos derivarían de la noción de *ley natural permisiva*, presente ya desde el siglo XII⁹⁶, tienen en cuenta esta circunstancia. Se sitúan en el terreno de la ley natural entendida como ley *moral*. Se preguntan por las libertades y deberes que las personas pueden tener respecto de lo que es *bueno*. Mientras que el núcleo de la pregunta sobre si debieran primar los derechos en sentido objetivo o subjetivo, no es si *moralmente* los deberes derivan de las libertades, o viceversa, sino si puedo tener una libertad *frente al Estado* que me permita elegir, incluso, aquello que está prohibido por mi conciencia. Podríamos decir, para concluir, que la pregunta sobre la manera en que debieran relacionarse el individuo y la comunidad política no es de fácil contestación. A ella aluden todos los debates actuales en torno al problema del liberalismo. La determinación de cuáles pudieran ser aquellos ámbitos de competencia exclusiva del individuo atañe, además, no sólo a los principios, sino que requiere tener en cuenta las circunstancias de cada caso particular. Es por ello que, pese a no ser incompatible con la doctrina clásica de la ley natural, la novedad que implica la noción de derechos humanos supone, necesariamente, una cierta tensión con la tradición. Resume la cuestión, creo, lo que han afirmado en un reciente trabajo Douglas Rasmussen y Douglas Den Uyl: "Las tradiciones de la ley natural y los derechos naturales han sido difíciles compañeras (*uneasy bedfellows*) (...). Ambas han apelado, para fundar sus respectivas perspectivas, si no a la naturaleza directamente, por lo menos a un orden ontológico independiente. La teoría de la ley natural, con todo, ha mantenido respecto del liberalismo una relación de mesurada a distante, en tanto

⁹⁴ Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, *op. cit.*, p. 90.

⁹⁵ Cfr. *Review of Politics*, LXIV (2002), n.3.

⁹⁶ "Al menos a partir del siglo XII, se aceptaba que la ley natural podía ser tanto permisiva como preceptiva. La ley natural no sólo mandaba y prohibía; también definía una esfera de conducta humana permitida o lícita, y esta ley natural permisiva fue comúnmente vista como el fundamento de los derechos humanos". Brian Tierney, *Natural Law and Natural Rights. Old Problems and Recent Approaches*, *op. cit.*, pp. 399-400. Los decretalistas, aclara Tierney, encontraron aplicación práctica de esta doctrina para justificar la adquisición de la propiedad privada.

que la tradición de los derechos naturales dio origen al mismo directamente. Más aún, la tradición de la ley natural se ha sentido incómoda con el percibido individualismo de la tradición de los derechos naturales. (...) [C]reemos haber planteado interesantes cuestiones, a saber, cuáles son las fuentes de tensión entre las tradiciones de la ley natural y los derechos naturales, y qué puede hacerse, si ello es posible, para reconciliarlas⁹⁷.

⁹⁷ Douglas J. Den Uyl, Douglas B. Rasmussen, *Ethical Individualism, natural law, and the primacy of natural rights*, en: Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller, Jr., and Jeffrey Paul, eds., *Natural Law and Modern Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 68-69.

LA INFALIBILIDAD EN EL CONOCIMIENTO DE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS DE LA LEY NATURAL. ANÁLISIS A PARTIR DE LOS TEXTOS TOMISTAS

ALEJANDRO MIRANDA MONTECINOS
Profesor de Derecho Natural
Universidad de los Andes
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

En el libro IV de la *Metafísica* y a lo largo de los *Analíticos posteriores*, Aristóteles desarrolla su conocida doctrina de los primeros principios. Aplicando su recurrente axioma metodológico que dice que hay un punto en que “es necesario detenerse” (*ananké stenai*), concluye el Filósofo que en el orden del conocimiento humano han de existir, forzosamente, unos enunciados que operen como fundamento último de todo el proceso discursivo de la razón humana en la búsqueda de la verdad. En efecto, si así no fuera, y todo fundamento exigiera otro anterior, el razonamiento caería en una serie indefinida de “fundamentos fundamentados”, diluyéndose todo el saber en una absurda regresión *ad infinitum*¹. De este modo, dichos enunciados o juicios básicos, llamados por el Estagirita primeros principios², constituyen la condición de posibilidad misma de todo saber.

¹ La inviabilidad de la regresión al infinito, y la consiguiente necesidad de detenerse, permiten a Aristóteles desarrollar, en su filosofía primera, la teoría del Motor Inmóvil, al desechar la posibilidad de una cadena infinita de motores movidos en el intento de dar las bases para comprender la realidad del movimiento en el universo (cf. *Met.*, XII, 3, 1070a3; 7, 1072a24). El mismo axioma comparece en las primeras líneas de la *Ética nicomáquea* cuando se trata de indagar sobre el fin supremo del hombre: Aristóteles señala al respecto que si todo fin se eligiera con miras a otro superior y no existiera ninguno que se quisiera por sí mismo, “se seguiría hasta el infinito, de suerte que el deseo sería vacío y vano” (*Et. nic.*, I, 2, 1094a18 sq. Se cita según la traducción de J. Marías y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, 6.ª ed.).

² Cf. *An. post.*, II, 19, 99b21.

Sin embargo, Aristóteles no dice cuántos ni cuáles son todos esos primeros principios³. Pero deja claro que existe uno fundamental, el de no contradicción, al que atribuye dos propiedades: máxima cognoscibilidad e inerrancia. Leámoslo de su pluma: "El principio más firme de todos es, a su vez, aquel acerca del cual es imposible el error. Y tal principio es, necesariamente, el más conocido (todos se equivocan, en efecto, sobre las cosas que desconocen)"⁴.

Posteriormente, en la segunda mitad del siglo v, el filósofo Severino Boecio (c. 480-524) retoma esta enseñanza y afirma la existencia de ciertas concepciones comunes de la inteligencia conocidas por todos los hombres, *i. e.*, de unas proposiciones que, al ser oídas, no pueden menos que admitirse⁵. Y más tarde, el teólogo parisiense Guillermo de Auxerre (c. 1144-1231) sostendrá que así como en el orden especulativo se dan ciertas proposiciones evidentes por sí mismas (*per se nota*), así también en el orden práctico se dan ciertos principios del obrar evidentes por sí mismos, en los que consiste el derecho natural⁶.

Tomás de Aquino, a través de su maestro Alberto Magno, recoge las enseñanzas de sus predecesores y confiere un desarrollo más acabado a la doctrina de los primeros principios prácticos, que identifica con los preceptos más universales de la ley natural. El Aquinate atribuye diversas propiedades a dichos principios, entre ellas las dos ya señaladas por Aristóteles para el principio de no contradicción. Así, dirá que los primeros principios de la ley natural son *per se nota omnibus*, es decir, conocidos por todos los hombres de manera evidente, y, por lo mismo, que respecto de ellos no cabe posibilidad de error.

Ahora bien, afirmar que los primeros principios de la ley natural son conocidos por todos sin error presenta importantes dificultades. De una parte, es fundamental determinar de algún modo cuáles son esos principios: el Aquinate no nos ofrece un catálogo de ellos, y esto ha originado que incluso entre sus mismos seguidores existan importantes diferencias al respecto⁷. De otra, la afirmación de su inerrancia o infalibilidad tiene que habérselas con el hecho patente de la posibilidad de transgredirlos

³ El primer intento de presentar un catálogo de los primeros principios fue efectuado por el matemático griego Euclides (s. III a. de C.). El catálogo euclidiano incluye cinco axiomas —u ocho según otros criterios ecdóticos—, entre los cuales se cuentan los siguientes: "dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí" (el llamado *principio de identidad comparada*); "el todo es mayor que la parte" (ejemplo favorito de santo Tomás); y "si de cosas iguales se quitan cosas iguales, los restos son iguales" (cf. Euclides, *Elementos*, libro I).

⁴ *Met.*, IV, 3, 1005b12 (se cita según la traducción de T. Calvo, Gredos, Madrid, 1998); cf. *Met.*, XI, 5, 1061b33.

⁵ Cf. Boecio, *De hebdomadibus*, cap. I.

⁶ Cf. Guillermo de Auxerre, *Summa aurea*, II, tr. 8, q. 1.

⁷ Ocurre, en este caso, algo similar a lo que sucede con los primeros principios especulativos: ni Aristóteles ni santo Tomás ofrecen un listado exhaustivo, y basta revisar unos pocos

en la acción. Sólo nos referiremos de forma muy general al primer problema, pues su desarrollo pormenorizado exigiría un espacio del que ahora no disponemos. Las restantes líneas de este trabajo se dedican al análisis del segundo.

II. CUÁLES SON LOS PRIMEROS PRINCIPIOS DE LA LEY NATURAL

No son muchos los casos en que santo Tomás da, en términos explícitos, ejemplos de primeros principios de la ley natural. Un examen del conjunto del *corpus* muestra que un primer grupo está conformado por aquellos que se refieren directamente a Dios: "amarás al Señor, tu Dios"⁸; "Dios debe ser obedecido"⁹; "Dios debe ser servido"¹⁰; "es malo no creer las cosas que Dios dice"¹¹; "no debe hacerse nada prohibido por la ley de Dios"¹², etc.

Además de éstos, hay un grupo formado por tres o cuatro que se repiten frecuentemente con fórmulas equivalentes: "el bien ha de hacerse y perseguirse, y el mal ha de evitarse", que el Aquinate señala como el primerísimo de todos¹³; "a nadie ha de hacerse el mal"¹⁴; "se debe obrar (o vivir) conforme a la razón"¹⁵; "no es nocivo hacer algo que no es injusto"¹⁶; "nadie debe causar un daño injustamente"¹⁷; "lo que uno no

manuales de metafísica para constatar que las listas que proponen los autores son muy disímiles.

⁸ Cf. *S. th.*, I-II, q. 100, a. 3, 1 a.-ad 1; a. 11, c.

⁹ *De ver.*, q. 16, a. 1, ad 9.

¹⁰ *De ver.*, q. 16, a. 2, ad 2.

¹¹ *De ver.*, q. 16, a. 3, ad 2.

¹² *De ver.*, q. 17, a. 2, c. El carácter de "primeros" de estos principios parece más difícil de justificar, por cuanto el propio santo Tomás afirma que la existencia de Dios no es *per se nota omnibus* (cf. *S. th.*, I, q. 2, a. 1). Sólo poseemos por naturaleza un conocimiento general y confuso de la existencia de Dios, como razón común de felicidad, pero esto no es, absolutamente hablando, conocer que Dios existe: "... conocer de un modo general y bajo cierta confusión que Dios existe, está inserto naturalmente en nosotros, a saber, en cuanto Dios es la felicidad del hombre, pues el hombre naturalmente desea la felicidad, y lo que naturalmente es deseado por el hombre, naturalmente es conocido por él. Pero esto no es, *simpliciter*, conocer que Dios existe; así como conocer que alguien viene no es conocer a Pedro, aunque sea Pedro el que viene. En efecto, muchos piensan que el bien perfecto del hombre, que es la felicidad, consiste en las riquezas; otros, en los placeres; otros, en alguna otra cosa" (*S. th.*, I, q. 2, a. 1, ad 1).

¹³ *S. th.*, I-II, q. 94, a. 2, c. En otras ocasiones señala sólo la segunda parte de este principio: *vid. In II Sent.*, d. 24, q. 2, a. 4, c.; *De virt. in com.*, a. 8, c.; *De ver.*, q. 17, a. 2, c.; *S. th.*, I-II, q. 58, a. 5, c.

¹⁴ Cf. *S. th.*, I-II, q. 95, a. 2, c.; q. 100, a. 3, c.; II-II, q. 49, a. 2, ad 1; *Quaest. quodlib.*, III, q. 12, a. 1, c.

¹⁵ Cf. *S. th.*, I-II, q. 94, a. 4, c.; *De ver.*, q. 16, a. 1, ad 9; *S. th.*, II-II, q. 47, aa. 7 y 6.

¹⁶ *In III De an.*, lect. 15, n. 826.

¹⁷ *In V Ethic.*, lect. 12, n. 1023.

quiere que se le haga a él, no debe hacerlo a los demás"¹⁸; "amarás a tu prójimo"¹⁹, etc.

Finalmente, parece clarísimo –y así, por lo demás, lo ha estimado casi la totalidad de los estudiosos– que, aunque santo Tomás no lo diga expresamente, son también primeros principios prácticos aquellos que se refieren inmediatamente a los fines de las inclinaciones naturales o bienes humanos básicos, según el célebre pasaje de *S. th.*, I-II, 94, 2, c. Los primeros principios prácticos relativos a los bienes humanos básicos constituyen, a nuestro entender, las *primeras concreciones* o *aplicaciones* del primer principio de la ley natural ("el bien ha de hacerse y perseguirse, y el mal ha de evitarse"), en la medida en que en ellos ya se *determinan* los básicos o fundamentales de aquellos bienes humanos que el primer principio prescribe perseguir (conservación de la vida, procreación y educación de la prole, conocimiento de la verdad, vida en sociedad...), y lo contrario a estos *bona humana*, que el primer principio manda evitar. Así pues, a diferencia de los primeros principios transcritos en el párrafo precedente, que son de naturaleza más bien formal, los de *S. th.*, I-II, 94, 2, c. *in fine* tienen un contenido material determinado²⁰. Estos últimos principios, por consiguiente, no son otra cosa que el producto (*opus rationis*)²¹ de aquellos actos intelectuales (juicios) por los cuales se conoce que ciertas realidades son en sí mismas buenas para el hombre. Y estas realidades –los bienes humanos básicos– son juzgadas naturalmente como buenas por el intelecto en la medida en que constituyen los fines perfectivos de las inclinaciones correlativas a las diversas "partes" de la naturaleza humana²². La pregunta por el número de estos primeros principios "materiales" es equivalente, entonces, a la pregunta por el número de los bienes humanos básicos. La enumeración que ofrece santo Tomás en *S. th.*, I-II, 94, 2, c. no parece haber pretendido agotar la lista de dichos bienes. Por de pronto, en otros contextos –principalmente cuando habla

¹⁸ Cf. *In duo praec. car.*, Proemio, I.

¹⁹ Cf. *S. th.*, I-II, q. 100, a. 3, 1 a.-ad 1; a. 11, c.

²⁰ John Finnis llama a los transcritos más arriba, precisamente, principios formales (cf. Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 101). Lo mismo hace Vallet de Goytisolo, quien distingue entre primeros principios materiales (los paralelos a las inclinaciones naturales) y primeros principios formales ("el bien ha de hacerse y perseguirse, y el mal ha de evitarse", etc.), y señala que los preceptos secundarios y, a través de ellos, los de tercer grado, derivan de los primeros principios materiales (cf. Vallet de Goytisolo, Juan, *Qué es el derecho natural*, Speiro, Madrid, 1997, p. 53).

²¹ Cf. *S. th.*, I-II, q. 90, a. 1, ad 2; q. 94, a. 1, c.

²² "... puesto que el bien tiene razón de fin y el mal razón de lo contrario, se sigue que todo aquello a lo que el hombre tiene inclinación natural, la razón naturalmente lo aprehende como bueno, y, por consiguiente, como algo que ha de perseguirse mediante la acción (*ut opere prosequenda*), y lo contrario, como malo y digno de evitarse. Por tanto, según el orden de las inclinaciones naturales es el orden de los preceptos de la ley natural" (*S. th.*, I-II, q. 94, a. 2, c.).

de la *voluntas ut natura*— propone otros ejemplos, y siempre termina su lista con la fórmula abierta “*et huiusmodi*”²³.

La distinción entre estas categorías de primeros principios ha de tenerse presente en los análisis que siguen, pues santo Tomás recurre a uno u otro tipo según le resulte más cómodo para efectos de su explicación. Incluso hace extensivos a los primeros principios desarrollos que se refieren a principios morales derivados. Por las características de este trabajo, nosotros nos limitaremos a los ejemplos que presenta el propio Aquinate.

III. LA INFALIBILIDAD EN EL CONOCIMIENTO DE LOS PRIMEROS PRINCIPIOS DE LA LEY NATURAL Y LA POSIBILIDAD DE SU TRANSGRESIÓN

Que los primeros principios sean de suyo evidentes y, por ello, tan manifiestos que ningún hombre pueda errar en su conocimiento, no implica, ciertamente, que sea imposible violarlos. Así como cada vez que alguien se contradice está infringiendo el primer principio especulativo, y su interlocutor seguramente se lo representará, así también cada vez que alguien atenta directamente contra los bienes humanos a los que nos dirigen los primeros principios prácticos estará vulnerando estos últimos. O más aún: cada vez que alguien obra el mal, si se piensa que el primer principio se refiere al bien real y no al meramente aparente.

Frente a este problema de la transgresión de los referidos principios se han dado dos soluciones que, a lo menos como interpretaciones de santo Tomás, nos parecen insuficientes. Por un lado, se ha sostenido que respecto de los primeros principios no se da ignorancia *invencible* en nadie que tenga uso de razón. Por otro, se ha afirmado que los primeros principios sólo son conocidos de modo evidente y sin error por aquellos que conocen sus términos; pero que, en consecuencia, pueden ser ignorados por alguien que desconozca la significación del sujeto o del predicado. La posición del Aquinate es, sin embargo, más radical: respecto de los preceptos primarios no se da ningún tipo de ignorancia, ni vencible ni

²³ “Hay en nosotros cierta voluntad natural (*voluntas naturalis*) por la que apeteceemos aquello que es en sí mismo bueno (*secundum se bonum*) para el hombre en cuanto es hombre; y esto sigue a una aprehensión de la razón, en cuanto algo es absolutamente considerado: así como el hombre quiere el conocimiento (*scientiam*), la virtud (*virtutem*), la salud (*santitatem*) y otras cosas semejantes (*et huiusmodi*)” (*In I Sent.*, d. 48, q. 1, a. 4, c.). La misma parquedad está presente en aquellos casos en que ha dado ejemplos de los males contrarios a los bienes humanos básicos: “... la *voluntas ut natura* repudia aquellas realidades que son contrarias a la naturaleza y que son en sí mismas malas (*secundum se mala*), como la muerte y otras semejantes (*et alia huiusmodi*)” (*S. Ib.*, III, q. 18, a. 5, c.).

invencible²⁴; y sus términos son conocidos por todos los hombres en uso de sus facultades, de ahí que los llame preceptos comunísimos (*praecepta communissima*)²⁵. La asunción de esta tesis conduce, por tanto, a sostener que nadie puede padecer, ni por lo mismo alegar de buena fe, ignorancia o error respecto de ellos. Y esto, para el Aquinate, es así, aunque con un importante matiz: siempre que se trate del conocimiento de los primeros principios en universal (*in universali*). La tesis central de Tomás de Aquino es, entonces, la siguiente: el conocimiento de los primeros principios es siempre infalible en universal, pero la razón puede errar en la aplicación de dichos principios a los casos particulares²⁶.

En las líneas que siguen haremos una breve consideración sobre la primera de las dos aserciones que componen esta tesis. El estudio de la segunda constituye el núcleo de este trabajo.

IV. LA INFALIBILIDAD *IN UNIVERSALI*

La primera razón que aduce santo Tomás para justificar la infalibilidad en el conocimiento de los primeros principios es la siguiente: si en el conocimiento de los primeros principios pudiera haber error o falsedad, el intelecto jamás podría llegar a conocer algo con verdad y certidumbre,

²⁴ Las palabras con las que se expresa permiten colegirlo así: "... a la sindéresis pertenecen los principios universales del derecho natural, acerca de los cuales nadie puede errar" (*De malo*, q. 3, a. 12, ad 13); "En los primeros principios naturalmente conocidos, tanto especulativos como prácticos, nadie puede errar; como en éstos: 'el todo es mayor que su parte' o 'a nadie ha de hacerse injuria'. [...] en el conocimiento de los primeros principios del derecho natural no existe error" (*Quaest. quodlib.*, III, q. 12, a. 1, c.); "La razón humana, acerca de los preceptos morales, en cuanto a los mismos preceptos comunísimos de la ley natural, no podía errar en universal" (*S. th.*, I-II, q. 99, a. 2, ad 2); cf. *In III De an.*, lect. 15, n. 826; *S. th.*, I, q. 79, a. 12, ad 3; I-II, q. 100, a. 11, c.; II-II, q. 180, a. 6, ad 2, y el tratamiento general del tema en *De ver.*, q. 16, a. 2, c.

²⁵ Cf. *S. th.*, I-II, q. 94, aa. 2 y 6, c. Para los primeros principios en general, vide *In De heb.*, cap. II.; *In I An. post.*, lect. 43.

²⁶ Cf. *S. th.*, I-II, q. 94, a. 6, c.; q. 99, a. 2, ad 2; q. 58, a. 5, c.; I, q. 113, a. 1, ad 1; *De ver.*, q. 16, a. 3; etc. El autor cuyo homenaje nos convoca, hablando de los primeros principios prácticos, escribe lo siguiente: "... ellos expresan las formas básicas del bien humano; por lo menos en la medida en que se refieren al bien propio de cada uno, son reconocidos por cualquiera que tiene uso de razón y suficiente experiencia para saber a qué se refieren, y en este sentido 'no pueden, en cuanto principios generales (*in universali*), ser eliminados del corazón humano'. Esto es en Tomás de Aquino lo más cercano a sostener lo que Hart sugiere que es el corazón de la reflexión sobre la ley natural. Equivale nada más que a decir que cualquier persona mentalmente sana es capaz de ver que la vida, el conocimiento, el compañerismo, la prole y otros pocos aspectos básicos de la existencia humana similares a éstos, son, en cuanto tales, buenos, *i. e.* dignos de ser poseídos, dejando aparte todas las implicaciones y dilemas particulares, todas las estimaciones sobre la importancia relativa, todas las exigencias morales y, para decirlo brevemente, todas las cuestiones acerca de si acaso y cómo ha de dedicarse uno mismo a estos bienes" (Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 63-64).

puesto que todos los demás juicios que éste formula, tanto del orden especulativo como del orden práctico, se basan en los primeros principios y su verdad depende de ellos. Usando una comparación cartesiana, diríamos que el error en los principios, que son los fundamentos o cimientos, arrastraría consigo todo el resto del edificio del saber. En efecto, toda la certeza de la rectitud de nuestro conocimiento se adquiere resolviendo las conclusiones en los principios²⁷, y en este proceso, en último término, la razón ha de remontarse a los primeros:

... no podría haber firmeza o certidumbre alguna en aquellas cosas que se siguen de los principios, si los principios mismos no estuvieran firmemente establecidos. Y de ahí que todas las cosas mutables se reducen a algo primero inmutable; y de ahí también que todo conocimiento especulativo se derive de algún conocimiento cierto acerca del cual no puede haber error, como es el conocimiento de los primeros principios universales, con respecto a los cuales se examinan todas las demás cosas conocidas, y de los cuales toda verdad recibe aprobación y toda falsedad recibe rechazo, en los cuales, si pudiera ocurrir algún error, no podría hallarse certidumbre alguna en todo conocimiento posterior./ De ahí que también en las obras humanas, para que pueda haber alguna rectitud, sea conveniente hallar algún principio permanente que tenga inmutable rectitud, para que todas las obras humanas sean examinadas, tal que aquel principio de modo permanente resista todo mal y asienta todo bien: y éste es la *sindéresis*, cuya tarea es remurmurar del mal e inclinar al bien²⁸.

Santo Tomás no se detiene en este lugar a mostrar que sí podemos alcanzar la verdad y la certeza en nuestro conocimiento. Éste es un presupuesto básico de su doctrina filosófica.

Un segundo argumento, más bien complementario del anterior, se funda en la "naturalidad" con que el intelecto humano accede a los primeros principios. La posibilidad misma del conocimiento verdadero (que es el

²⁷ "... toda la certeza del conocimiento (*scientiae*) deriva de la certeza de los principios, pues las conclusiones se conocen con certeza cuando se resuelven en los principios" (*De ver.*, q. 11, a. 1, ad 13).

²⁸ *De ver.*, q. 16, a. 2, c. (las cuestiones 15, 16 y 17 de *De veritate* se citan según la traducción de Ana Marta González, Cuadernos de Anuario Filosófico, n.ºs 61 y 87, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1998 y 1999). "*Sindéresis*" es el nombre con el que, desde un texto de san Jerónimo (347-419), se designa al hábito natural que dispone al intelecto para el conocimiento de los primeros principios prácticos. Por eso, el principio o, mejor dicho, los principios, no son, hablando con toda propiedad, la *sindéresis* misma, sino el objeto de ella. Sin embargo, como el mismo Aquinate afirma, en un sentido secundario puede identificarse con el hábito a aquello que se posee por dicho hábito; además, los primeros principios de la ley natural no siempre son considerados de modo actual por el intelecto, sino que a veces se encuentran en él solamente de manera habitual, p. ej., en un hombre dormido o en un niño (*cf. S. th.*, I-II, q. 94, a. 1; q. 90, a. 1, ad 2). Por estas razones, no existe inconveniente en los términos del pasaje citado.

verdadero conocimiento) exige necesariamente que la aprehensión de los principios sea natural:

... el raciocinio del hombre, siendo cierto movimiento, parte, como de un principio inmóvil, de la intelección de ciertas verdades *naturalmente* conocidas sin necesidad de investigación racional, y termina en otro conocimiento, pues juzgamos a la luz de los principios conocidos por sí mismos y *de modo natural* (*per se naturaliter nota*) sobre aquello que hemos descubierto en el raciocinio. Y nos consta que, así como la razón especulativa razona sobre lo especulativo, así también la razón práctica razona sobre lo operable. Es preciso, por tanto, que hayamos sido *naturalmente* dotados, lo mismo que de principios especulativos, también de principios prácticos²⁹.

Ahora bien, no es posible que el hombre se equivoque en aquello que le es conocido por naturaleza, porque la naturaleza no falta en lo necesario³⁰.

Un tercer argumento es el que se basa en la misma estructura de los primeros principios y de su conocimiento. Según enseña Aristóteles, las potencias cognoscitivas sensibles no pueden equivocarse en la captación de su objeto propio —su *sensible propio*—³¹, como, *v. gr.*, la vista nunca se equivoca acerca del color (a no ser *per accidens*, por causa de algún impedimento en el órgano). De la misma manera, la potencia cognoscitiva intelectual —el intelecto— tampoco puede equivocarse en el conocimiento de su objeto propio. Así pues, siendo la esencia o *quiddidad* de las cosas el objeto propio del intelecto, éste no puede errar cuando de aprehender simplemente las esencias se trata³², y, por consiguiente, tampoco en el conocimiento de aquellas proposiciones que se conocen inmediatamente por el solo conocimiento de la esencia de sus términos (proposiciones *per se nota*), a las cuales pertenecen los primeros principios. Veámoslo en palabras del Aquinate:

El objeto propio del intelecto es la esencia de las cosas (*quidditas rei*). De donde se sigue que acerca de la esencia de las cosas, hablando propiamente, el intelecto no yerra. [...] Y por esto, tampoco puede errar acerca de aquellas proposiciones

²⁹ *S. th.*, I, q. 79, a. 12, c. (la cursiva es nuestra); *cf. S. th.*, I-II, q. 91, a. 3, c.; *De malo*, q. 16, a. 6, ad s. c. 5.

³⁰ *Cf. S. c. g.*, III, cap. 46.

³¹ *Cf. De an.*, III, 3, 427b12 y 428b18; III, 6, 430b27-30.

³² El Doctor Angélico afirma que en el conocimiento de la esencia no puede haber error o falsedad, porque el intelecto, o bien conoce la esencia como es, o bien no conoce absolutamente nada. El error, sin embargo, puede sobrevenir *per accidens*, en la medida en que la esencia es mezclada con alguna composición (*cf. S. th.*, I, q. 58, a. 5, c. y q. 17, a. 3, c.; *In III De an.*, lect. 11, nn. 760-763; *S. c. g.*, I, cap. 59 y III, cap. 108; *In I Peri herm.*, lect. 3; y para Aristóteles: *Met.*, IX, 10, 1051b25 sq.).

que se conocen inmediatamente al conocer la esencia de los términos, como sucede con los primeros principios³³.

Una proposición es *per se nota* cuando el predicado de dicha proposición es de la esencia del sujeto, o, dicho de otro modo, cuando el predicado pertenece necesariamente a la esencia del sujeto. Por ejemplo, la proposición “el hombre es racional” es *per se nota*, puesto que la racionalidad pertenece necesariamente a la esencia del hombre³⁴. Los primeros principios son proposiciones de esta índole, pero tienen, además, la particularidad de que sus términos son conocidos por todos, por lo que al ser aprehendidos se conoce inmediatamente su verdad.

Así, tratándose de los primeros principios prácticos relativos a los bienes básicos, la bondad fundamental –y, por tanto, el carácter de “algo que ha de ser perseguido mediante las acciones”– pertenece a la esencia de los respectivos objetos, en cuanto son los fines o bienes perfectivos de las diversas potencialidades humanas³⁵.

V. LA FALIBILIDAD IN PARTICULARI OPERABILI

Aunque el conocimiento de los primeros principios es siempre infalible en universal, la razón puede errar en la aplicación de dichos principios a los casos concretos. Santo Tomás desarrolla el análisis de esta cuestión recurriendo a la doctrina aristotélica del silogismo práctico.

1. EL SILOGISMO PRÁCTICO

El Aquinate recoge la idea del Estagirita de que, de modo similar a lo que ocurre con la razón teórica, la razón práctica también opera mediante silogismos³⁶. Esta singular forma de silogismo que tiene lugar en el orden de la praxis fue llamada, por lo mismo, silogismo práctico o silogismo de

³³ *S. th.*, I, q. 85, a. 6, c.; *cf.* I, q. 17, a. 3, ad 2; *De ver.*, q. 1, a. 12, c. y q. 15, a. 3, ad 1.

³⁴ Sobre las proposiciones *per se nota*, *cf.* *S. th.*, I, q. 2, a. 1; I-II, q. 94, a. 2; *De ver.*, q. 10, a. 12; *S. c. g.*, I, cap. 10 y 11; *In IV Met.*, lect. 5, n. 595; *In De hebđ.*, cap. I.

³⁵ En el léxico propio de la *philosophia perennis*, los bienes humanos básicos son bienes honestos, *i. e.*, objetos que presentan la bondad propia del fin, que son intrínsecamente buenos y por tanto se apetecen o son buscados por sí mismos y no sólo en la medida en que se ordenan a alcanzar otras cosas (*cf.* *S. th.*, I, q. 5, a. 6, ad 2; II-II, q. 145, a. 3, c.).

³⁶ *Cf.* *S. th.*, I-II, q. 90, a. 1, ad 2; *In De mem. et rem.*, cap. 8, n. 399; y los textos que se citan a lo largo de este título. En cuanto a Aristóteles, los principales pasajes en los que trata de esta especie de silogismo son: *Et. nic.*, VII, 3, 1147a1 sq. y 23 sq.; *De mot. an.*, 7, 701a7-b2; y *De an.*, III, 11, 434a16 sq. También se encuentran alusiones, más o menos directas, en *Et. nic.*, VI, 12, 1144a31 y 9, 1142a22; *De an.*, III, 10, 433a17; *Pbys.*, II, 9, 200a22; *De mem. et rem.*, 2, 453a14; y *Et. eud.*, II, 11, 1227b24-33 y 10, 1227a2-11.

la acción. Su característica particular consiste, precisamente, en que a la conclusión que se obtiene como resultado sigue directamente una acción, es decir, algo que de no mediar impedimento para su realización se pone inmediatamente por obra. Dice el Aquinate comentando a Aristóteles:

... en lo especulativo el alma sólo asienta la conclusión, en cambio en lo práctico inmediatamente se la realiza. Como si la [proposición] universal sea que todo lo dulce debe ser gustado y la [proposición] particular sea que esto –algo demostrado en particular– es dulce, es necesario que aquel que pueda gustarlo lo haga en seguida, a no ser que algo lo prohíba³⁷.

Aunque para Aristóteles la conclusión del silogismo práctico parece haber sido la acción misma³⁸, o su elección, santo Tomás se encarga de precisar que dicha conclusión es el juicio que antecede a la elección. Es decir, la elección es consecuencia inmediata de la conclusión, pero no se identifica con ella:

... la conclusión del silogismo que se hace en lo operable pertenece a la razón, y se llama sentencia o juicio, a la cual sigue la elección. Y por esto, tal conclusión parece que pertenece a la elección, como a su consecuencia³⁹.

Ahora bien, de las premisas que constituyen el antecedente del silogismo práctico, una –la mayor– es universal, y la otra –la menor–, particular. Esto ha de ser así necesariamente: si ambas fueran universales, la conclusión no podría ser particular (y siempre lo es, pues se refiere a un acto particular que se debe realizar *hic et nunc*); por el contrario, si ambas fueran particulares, no habría silogismo, ya que de dos premisas particulares no se sigue conclusión alguna, pues el término medio no podría unir efectivamente los dos extremos. Santo Tomás lo dijo expresamente del silogismo práctico:

³⁷ *In VII Ethic.*, lect. 3, n. 1346 (se cita según la traducción de A. M. Mallea, CIAFIC, Buenos Aires, 1983); *cf.*, en Aristóteles, *Et. nic.*, VII, 3, 1147a27-30; *De mot. an.*, 7, 701a15 sq.; *De an.*, III, 10, 433a17.

³⁸ Así lo han entendido muchos de los estudiosos del Filósofo; *cf.*, por todos, Vigo, A., "Incontinencia, carácter y razón según Aristóteles", en *Anuario Filosófico*, n.º 32, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, pp. 59-105 [p. 71, n. 9].

³⁹ *S. th.*, I-II, q. 13, a. 1, ad 2; *cf.* 2 a. Y más adelante afirma: "... como ya se ha dicho, la elección es consecuencia de la sentencia o juicio que es como la conclusión del silogismo operativo" (*S. th.*, I-II, q. 13, a. 3, c.). En otros lugares, el Aquinate dice que la conclusión del silogismo práctico es doble: una por parte de la razón, que es la sentencia o juicio, y otra por parte de la voluntad, que es la elección (*cf. De ver.*, q. 22, a. 15, ad 2); o aun que es triple: sentencia o juicio, elección y uso (*cf. In I Sent.*, d. 27, q. 2, a. 1, c.; *S. th.*, I-II, q. 76, a. 1, c.).

... la razón es directiva de los actos humanos según un doble conocimiento, a saber, según un conocimiento universal y uno particular. Pues, razonando sobre lo que debe hacer, utiliza cierto silogismo, cuya conclusión es el juicio o elección u operación. Pero las acciones se dan en los singulares. De donde se sigue que la conclusión del silogismo operativo es singular. Pero una proposición singular no se concluye de una universal sino mediante alguna proposición singular, así como el hombre es impedido del acto del parricidio porque sabe que no debe matar a su padre, y porque sabe que éste es su padre⁴⁰.

2. LAS PREMISAS DEL SILOGISMO PRÁCTICO: SINDÉRESIS, CIENCIA PRÁCTICA Y COGITATIVA

El principio o juicio que constituye la premisa universal del silogismo práctico —una regla racional de acción referida a un bien que se ha de hacer o un mal que se ha de evitar— puede ser un primer principio, fruto de la operación cognoscitiva de la sindéresis, o puede ser un principio derivado, conocido por alguna ciencia práctica:

... la recta razón preexige principios, de los cuales parte. Pero la razón, en lo particular, debe partir no sólo de los principios universales, sino también de los principios particulares. Acerca de los principios universales de lo agible, el hombre tiene rectitud por el natural intelecto de los principios, por el cual conoce que ningún mal debe hacerse, o también por alguna ciencia práctica⁴¹.

Y nos da ejemplos de este último caso, señalando que “a la ciencia práctica pertenece el juicio universal acerca de lo que se debe obrar, como que la fornicación es mala, que no se debe hurtar, y otros de esta índole”⁴². Habrá que entender que el término *ciencia* está usado aquí en un sentido lato, comprensivo tanto del conocimiento práctico estrictamente científico como de aquel que se encuentra en un estado muy rudimentario, al alcance de cualquiera por medio de la experiencia. En este segundo sentido, el término *ciencia* viene a ser más bien sinónimo

⁴⁰ *S. th.*, I-II, q. 76, a. 1, c. “La elección de lo particular operable es como la conclusión de un silogismo del intelecto práctico, como se dice en el libro VII de la *Ética*. De una proposición universal directamente no puede deducirse una conclusión singular, sino mediante una proposición singular. De donde se sigue que la razón universal del intelecto práctico no mueve, sino mediante una aprehensión particular de la parte sensitiva, como se dice en el libro III de *Acerca del alma*” (*S. th.*, I, q. 86, a. 1, ad 2; *vid.* también *In VI Ethic.*, lect. 9, n. 1253; *In III De an.*, lect. 16, n. 845; *S. th.*, II-II, q. 49, a. 2, ad 1; I-II, q. 10, a. 3, 3 a.; *S. c. g.*, II, capítulos 48 y 60; *De ver.*, q. 17, a. 2, c.).

⁴¹ *S. th.*, I-II, q. 58, a. 5, c. En algunas ocasiones, como en el texto citado, el Aquinate, para ajustarse al lenguaje aristotélico, se refiere a la sindéresis con el nombre de su hábito hermano del orden especulativo, el “intelecto de los principios” (*vid.* *S. th.*, I-II, q. 58, a. 4, c.; II-II, q. 49, a. 2, ad 1; *De ver.*, q. 5, a. 1, c.; *In II Sent.*, d. 33, q. 1, a. 1, c.). No queda claro, por lo demás, si la distinción entre ambos es real o meramente nominal.

⁴² *De virt. in com.*, a. 6, ad 1.

de *conocimiento*⁴³. Después de haber hablado del conocimiento natural de los primeros principios, dice santo Tomás que “otros principios universales posteriores, ya sean de la razón especulativa, ya de la práctica, no se poseen por naturaleza, sino por descubrimiento a partir de la experiencia o por enseñanza”⁴⁴. Bastará, por ejemplo, sólo con una ciencia de índole común para conocer aquellos principios que se concluyen obvia y fácilmente de los primeros. En cambio, para conocer los que se concluyen de ellos remotamente y con dificultad, se necesitará de la ayuda de los hombres sabios⁴⁵.

Por su parte, como la premisa menor del silogismo práctico se refiere a lo particular, no puede ser conocida por el intelecto, que tiene por objeto lo universal; ha de ser, pues, necesariamente conocida por medio del sentido, cuyo objeto propio es lo singular. Por esto Aristóteles nos dice que la premisa particular “cae ya bajo el dominio de la percepción sensible”⁴⁶, lo que comenta santo Tomás diciendo que de las premisas del silogismo práctico hay “una que es universal, como que debe evitarse todo lo deshonesto; otra que es particular, que se refiere a lo que *propriamente se conoce según el sentido*, como que ‘esto’ es deshonesto”⁴⁷.

Pero este sentido en virtud del cual conocemos la premisa particular del silogismo práctico no es uno de los sentidos externos o propios, sino un sentido interno: la cogitativa o razón particular:

... el intelecto práctico, para disponer de los singulares, como se dice en el libro III de *Acerca del alma*, necesita de la razón particular, mediante la cual la proposición universal (que pertenece al intelecto) se aplica a la obra particular, de tal modo que se hace un cierto silogismo, cuya mayor es universal, que es la proposición del intelecto práctico; la menor, singular, que es la estimación de la razón particular —que con otro nombre se llama cogitativa—, y la conclusión consiste en la elección de la obra⁴⁸.

⁴³ Cf. *De ver.*, q. 17, a. 2, ad 2. Como el discurrir a partir de los primeros principios (razón) es lo propio de la potencia intelectual humana, no necesita para ello forzosamente de un hábito.

⁴⁴ *S. th.*, II-II, q. 47, a. 15, c.

⁴⁵ Cf. *S. th.*, I-II, q. 100, aa. 1, 3 y 11.

⁴⁶ *Et. nic.*, VII, 3, 1147a25-26; cf. *ibid.* 1147b9-10.

⁴⁷ *In VII Ethic.*, lect. 3, n. 1345 (la cursiva es nuestra); cf. *In VII Ethic.*, lect. 3, n. 1352; *De ver.*, q. 17, a. 1, 11 a.

⁴⁸ *In IV Sent.*, d. 50, q. 1, a. 3, ad s. c. 3. En *De ver.*, q. 10, a. 5, c. se expresa en términos casi idénticos: “La sentencia universal que la mente tiene de los operables no se puede aplicar a los actos particulares sino por alguna potencia intermedia que aprehenda lo singular, de tal modo que se haga un cierto silogismo, cuya mayor sea universal —que es la sentencia de la mente [intelecto]—; su menor, singular —que es la aprehensión de la razón particular—, y su conclusión, la elección de una acción singular, como consta por el libro III de *Acerca del alma*”. Y más arriba había dicho que la razón particular “es cierta potencia de la parte sensitiva que compone y divide las intenciones individuales, que con otro nombre se llama cogitativa”. A la cogitativa o razón particular corresponde, en efecto, captar los objetos

Con todo, el esquema del silogismo práctico no aparece siempre uniforme en la obra del Aquinate. En algunos pasajes nos da ejemplos en los que la premisa menor no se refiere a una simple constatación sensible (como la ya vista en el caso del parricidio, en que la premisa menor se limitaba a constatar “éste es mi padre”), sino que incluye, además, alguna consideración de índole racional. Así, en *De veritate* nos dice lo siguiente:

... el juicio de la *sindéresis* no puede aplicarse al acto a no ser que se tome en consideración algo particular, que a veces es suministrado por la razón superior, y otras por la razón inferior; y así la conciencia llega a término casi como un silogismo sobre algo particular: como si a partir del juicio proclamado por la *sindéresis* de que “no debe hacerse nada prohibido por la ley de Dios”, y del conocimiento aportado por la razón superior de que la unión con esta mujer es contraria a la ley de Dios, se hiciera la aplicación de la conciencia, concluyendo de ahí que se debe evitar dicha unión⁴⁹.

singulares, pero como tal facultad se encuentra en el límite superior de la sensibilidad –y, por lo tanto, al estar en contacto inmediato con la razón, en algo participa de ella– percibe lo singular como perteneciente a una naturaleza común (*sub natura communi*), es decir, como sujeto concreto de una esencia universal: “La cogitativa aprehende al individuo como existente *sub natura communi*, lo que ocurre en cuanto se une a la [parte] intelectiva en un mismo sujeto; de donde se sigue que conoce a este hombre en cuanto es este hombre, y a este leño en cuanto es este leño” (*In II De an.*, lect. 13, n. 398). La facultad cogitativa, al igual que la facultad intelectiva, puede actuar como razón o como intelecto, y recibirá distintos nombres según opere de una u otra manera. Actúa como razón –y en este caso se le llama razón particular– cuando realiza un examen comparativo (*collatio*) de los casos particulares para obtener una regla empírica de acción. Por el contrario, actúa como intelecto –y en este caso se la denomina precisamente intelecto– cuando conoce el singular según una consideración absoluta: “... como pertenece al intelecto en lo universal el juicio absoluto acerca de los primeros principios, y a la razón pertenece el discurso a partir de los principios hacia las conclusiones, así también en lo singular la fuerza cogitativa es llamada intelecto según que posee el juicio absoluto acerca de las cosas singulares. [...] Y se llama razón particular según que discurre de uno a otro” (*In VI Ethic.*, lect. 9, n. 1255). Esto explica que santo Tomás nos diga que “hay un doble intelecto” (*In VI Ethic.*, lect. 9, n. 1247), o que “es necesario que la prudencia proceda de un doble intelecto” (*S. th.*, II-II, q. 49, a. 2, ad 1). El primero es el intelecto como virtud intelectual, por el que se conocen los principios universales y necesarios de las ciencias teóricas –en este caso se le llama intelecto de los principios, como ya dijimos– y del obrar humano –en cuyo caso se le llama *sindéresis*–; y el segundo es el intelecto por el que se conoce lo singular y contingente, y que se refiere no ya a la premisa mayor universal del silogismo práctico, sino a la menor particular (cf. *S. th.*, II-II, q. 49, a. 2, ad 1; *In VI Ethic.*, lect. 9, n. 1247).

⁴⁹ *De ver.*, q. 17, a. 2, c. Razón superior y razón inferior designan a la misma razón en cuanto se ocupa de las cosas eternas o en cuanto lo hace de las cosas temporales (cf. *De ver.*, q. 15, a. 2; *S. th.*, I, q. 79, a. 9). Tomás da como ejemplo de lo que compete a la primera el determinar si algo está o no preceptado por la ley divina, y de lo que compete a la segunda el conocimiento de las ideas civiles acerca de lo justo y de lo injusto (cf. *De ver.*, q. 17, a. 2, c.). Ambas, pues, tienen una destacada importancia práctica: “... por referencia a las naturalezas superiores, ya sea contemplando absolutamente la misma verdad y la naturaleza de las cosas, ya sea tomando de aquellas naturalezas la razón y casi el ejemplar de la operación, hablamos de razón superior. En cambio, por referencia a lo que se convierte a las cosas inferiores ya sea considerándolas por la contemplación, ya sea disponiéndolas por medio de la acción, hablamos de razón inferior” (*De ver.*, q. 15, a. 2, c. La cursiva es

En la premisa menor, por consecuencia, confluyen elementos sensibles con elementos racionales, y esto debe tenerse presente para comprender algunos de los ejemplos que se darán a continuación.

3. LAS CAUSAS DE LA FALIBILIDAD EN LA CONCLUSIÓN

Volviendo a nuestro asunto, enseña el Aquinate que tanto en el silogismo especulativo como en el práctico el error de la conclusión puede obedecer a dos causas distintas: 1.^a, que se use como premisas proposiciones falsas (lo que el santo denomina falsa suposición); 2.^a, que el raciocinio mismo se haga de manera incorrecta (a lo que llama deducción falsa)⁵⁰.

3.1. La falsa suposición

Santo Tomás pone como ejemplo de falsa suposición aquel error que se menciona en *Iob. 16, 2*, por el que los asesinos de los apóstoles juzgaban prestar un servicio a Dios. En este caso, el error de la conclusión no provenía del primer principio que dice que Dios debe ser servido, sino de un principio falso de la razón superior que juzgaba que la muerte de los apóstoles era agradable a Él⁵¹.

Un poco después, santo Tomás da otro ejemplo de falsa suposición que se adecua mejor a la estructura del silogismo propiamente práctico. Se refiere al caso de los herejes, quienes no yerran en el primer principio que establece que es malo no creer las cosas que Dios dice, sino en un

nuestra). El término conciencia –tomado en su sentido moral– designa a aquel acto del intelecto en virtud del cual aplicamos nuestra ciencia o conocimiento a lo que hacemos (cf. *S. th.*, I, q. 79, a. 13, c.; *De ver.*, q. 17, a. 1, c.). Santo Tomás nos dice que “es el juicio de la razón deducido de la ley natural” (*De ver.*, q. 17, a. 1, ad s. c. 1).

⁵⁰ Cf. *De ver.*, q. 16, a. 2, ad 1; q. 17, a. 2, c. y ad 1.

⁵¹ Cf. *De ver.*, q. 16, a. 2, ad 2. Sin embargo, según nos parece, el ejemplo aducido aquí por Tomás se encuentra en un terreno todavía especulativo. Para que un silogismo sea en sentido estricto “práctico”, no basta que su contenido se refiera al orden moral: es necesario que de él se siga inmediatamente una acción. Un silogismo como el del ejemplo, que da origen a una acción sólo de modo mediato e indirecto, puede llamarse práctico únicamente en un sentido amplio, si se lo compara, *v. gr.*, con un silogismo como los de la metafísica, que son formal y materialmente especulativos. Por lo tanto, en el ejemplo de Tomás, el silogismo verdaderamente práctico vendría a continuación, tomando como premisa universal la conclusión del anterior: “se debe matar a los apóstoles”, “éstos son apóstoles”, luego, “debo matarlos”. En este caso, el error de la conclusión puede explicarse perfectamente por un error en la premisa mayor universal del silogismo práctico (“se debe matar a los apóstoles”), pues dicho juicio no es un primer principio, es sólo una conclusión errada de ellos. Porque en las conclusiones que se extraen a partir de los primeros principios sí cabe el error, precisamente por un defecto en el razonamiento, que puede usar como premisa menor un juicio erróneo (en este caso: “matando a los apóstoles se hace un servicio a Dios”).

juicio de la razón superior que les dicta que esta verdad determinada no es dicha por Dios, de lo que concluyen no creerla⁵². Por esto, “aunque la razón, por su unión con la sindéresis, no se equivoque, con todo, a una razón superior e inferior erróneas puede aplicarse la sindéresis, como a una premisa menor falsa se une una mayor verdadera”⁵³. De este modo el primer principio no se aplica al caso particular.

Como se ve, en la conclusión particular del silogismo práctico puede darse el error debido a la falsedad de una de las premisas que constituyen su antecedente. Pero cuando la premisa universal es un primer principio práctico, el error de la conclusión ha de encontrarse necesariamente en la premisa particular, pues “en el juicio universal de la sindéresis no puede darse el error”⁵⁴. Por el contrario, en aquellos casos en que la premisa universal no es un primer principio, el error de la conclusión puede proceder del error o de la ignorancia recaídos en cualquiera de las premisas⁵⁵.

3.2. La deducción falsa

La deducción falsa equivale, en el silogismo práctico, a no aplicar los principios con rectitud, y puede originarse, a su vez, por dos razones: 1.^a, por la fuerza de la pasión; 2.^a, por los hábitos viciosos.

En el primer caso, la razón es absorbida por la pasión, de modo tal que, en la elección, no se aplica el primer principio al acto particular⁵⁶. En otras palabras, quien está dominado por la pasión no considera en particular lo que sabe en universal, pues la pasión intercepta el juicio de la razón impidiendo esa consideración⁵⁷. El modo como influye la pasión se explica con el caso de la acción del incontinente, pues el incontinente conoce el principio universal pero no lo aplica al caso particular porque su débil voluntad cede ante la pasión. Cuando un hombre incontinente se encuentra, por ejemplo, ante la ocasión de fornicar⁵⁸, duda acerca de si ha de hacerlo o no. La razón le propone como juicio universal: “la fornicación se debe evitar”; pero la pasión le sugiere otro juicio universal conforme a su propia tendencia: “se debe seguir lo deleitable”. Ambas

⁵² Cf. *De ver.*, q. 16, a. 3, ad 2; q. 17, a. 2, c.

⁵³ *De ver.*, q. 17, a. 2, ad 5.

⁵⁴ *De ver.*, q. 17, a. 2, c.

⁵⁵ Cf. *S. th.*, I-II, q. 76, a. 1, c.; *De malo*, q. 3, a. 6, c. y a. 9, ad 4.

⁵⁶ Cf. *De ver.*, q. 16, a. 3, c. y ad 1; q. 15, a. 3, ad 7; *De malo*, q. 3, a. 12, ad 13; *vid.* también *S. th.*, I-II, q. 58, a. 5, c.; *De ver.*, q. 24, a. 8, c.

⁵⁷ Cf. *S. th.*, I-II, q. 77, a. 2; *De malo*, q. 3, a. 9. (Al primero de estos pasajes remite *S. th.*, I-II, q. 94, a. 6, que trata sobre la indelebilidad de la ley natural).

⁵⁸ En el ejemplo seguimos a santo Tomás, a pesar de que el precepto que prohíbe la fornicación no es primario.

proposiciones se presentan al incontinente en conflicto, dudando éste sobre cuál debe seguir: si la de la razón, que le ordena evitar el mal, o si la de la pasión, que lo llama a buscar lo deleitable. Mas el incontinente sucumbe a la pasión, y como la pasión liga a la razón en lo particular, hace que ésta fije su atención en el aspecto deleitable de la fornicación, juzgando: "esto es deleitable", y no en su aspecto de tal como mal moral ("esto es fornicación"), asumiéndose esa premisa particular bajo la universal a ella adecuada, *i. e.*, bajo la universal de la pasión ("se debe seguir lo deleitable"), y no bajo la universal de la razón ("la fornicación se debe evitar"). De este modo, el silogismo práctico definitivo adopta la siguiente forma: premisa mayor universal: "se debe seguir lo deleitable", premisa menor particular: "esto es deleitable", conclusión particular: luego, "esto se debe seguir"⁵⁹. Veamos cómo lo enseña Tomás:

... aquel que tiene el conocimiento en universal es impedido por la pasión de hacer su aplicación y llegar a la conclusión, pero adopta otra [proposición] universal que la inclinación de la pasión le sugiere, y bajo ella concluye. Por esto dice el Filósofo, en el libro VII de la *Ética*, que el silogismo del incontinente tiene cuatro proposiciones: dos universales, una de la razón —por ejemplo, que no se debe fornicar—, otra de la pasión —por ejemplo, que hay que seguir la delectación—. La pasión liga a la razón para que no asuma y concluya bajo la primera, y, dominándola, asume y concluye bajo la segunda⁶⁰.

La razón, pues, obnubilada por la pasión, deja de considerar a la fornicación en su condición de mal moral, y pasa a considerarla en su calidad de bien deleitable, concluyendo así que es conveniente fornicar. Esto ocurre porque cuando el hombre está bajo el influjo de una pasión adquiere una determinada disposición en virtud de la cual le parece bueno y conveniente lo que sin la pasión le parecería malo y disconveniente, como, *v. gr.*, al que está sumido en la ira le parece bien lo que no le parece tal a quien se encuentra sereno⁶¹. Y esta fuerza de que goza la pasión en el obrar se debe, como dice el Doctor Angélico, a que "los actos y elecciones de los hombres son sobre las cosas singulares. De ahí que el apetito sensitivo, por ser facultad de lo particular, tiene, por sí mismo, gran virtud para disponer al hombre, de modo que algo le parezca de una forma u otra acerca de las cosas singulares"⁶². Pues así como la disposición de la lengua determina el juicio del gusto, así también la

⁵⁹ Cf. *In VII Ethic.*, lect. 3, n. 1347; *De malo*, q. 3, a. 9, ad 7. El silogismo definitivo del continente —que sigue el dictamen racional— será por el contrario: "la fornicación se debe evitar", "esto es fornicación", luego, "este acto se debe evitar".

⁶⁰ *S. th.*, I-II, q. 77, a. 2, ad 4.

⁶¹ Cf. *S. th.*, I-II, q. 9, a. 2, c.

⁶² *Ibid.*, ad 2; cf. *S. th.*, I-II, q. 77, a. 2, ad 1.

disposición de la pasión determina la aprehensión de la imaginación y el juicio de la cogitativa, que son ambas –al igual que el apetito sensitivo al que pertenece la pasión– facultades que versan sobre lo particular⁶³. Esto permite concluir que al decir el Aquinate que la pasión liga a la razón en lo particular, se refiere propiamente a que liga a la cogitativa o razón particular, y por medio de ella, de un modo indirecto, a la razón universal:

... la pasión no está presente en la ciencia principal que es de lo universal, puesto que la pasión existe sólo en particular; ni la ciencia universal es arrastrada por la pasión sino sólo lo es la estimación sensible⁶⁴.

La cogitativa –a quien pertenece la estimación sensible– es, en efecto, la facultad por medio de la cual la razón universal entra en contacto con lo particular y es también el nexo entre dicha razón y los apetitos sensibles⁶⁵. En el caso analizado se ha observado cómo la cogitativa, al concentrar vehementemente su atención en la naturaleza deleitable del acto, condiciona con su juicio particular (premisa menor) el juicio de la razón universal (premisa mayor) y con ello la conclusión del silogismo práctico. De esta manera, la pasión intercepta a la razón y la arrastra a juzgar en el caso particular contra la ciencia o conocimiento que tiene en universal.

En cuanto a los vicios, la explicación es parecida a la anterior, pues “aquel que tiene el hábito de algún vicio está ciertamente corrupto acerca de los principios operables, pero no en universal, sino en lo particular operable, en cuanto que por el hábito vicioso se deprime la razón, de tal modo que, al elegir, no aplica el juicio universal a lo particular operable”⁶⁶. Es claro que si una simple disposición o un estado pasional transeúnte o pasajero afectan al sujeto de modo tal que lo empujan a obrar conforme a ellos, *a fortiori* lo hará una disposición de carácter habitual, que constituye para él como una segunda naturaleza:

... así como la pasión existente en el irascible o el concupiscible causa la elección en cuanto liga la razón por un momento, así también el hábito existente en estas potencias causa la elección, en cuanto liga la razón, no ya al modo de la pasión pasajera, sino al modo de la forma que permanece⁶⁷.

⁶³ Cf. *S. th.*, I-II, q. 77, a. 1, c.

⁶⁴ *In VII Ethic.*, lect. 3, n. 1352.

⁶⁵ Cf. *S. th.*, I, q. 81, a. 3, c.; I-II, q. 10, a. 3, 3 a.

⁶⁶ *De ver.*, q. 16, a. 3, ad 3; cf. *De malo*, q. 3, a. 12, ad 13.

⁶⁷ *De malo*, q. 3, a. 12, ad 12. En el pasaje de *S. th.*, I-II, q. 94, a. 6 sólo se hace alusión a las pasiones como causa de falibilidad en la aplicación de los primeros principios al caso concreto. Sin embargo, esto no significa que Tomás haya abandonado el planteamiento de *De veritate* y *De malo* –que seguimos en este trabajo–, pues en la *Summa* también se mencionan,

El vicio, entonces, de modo semejante a como lo hacía la pasión, determina el juicio de la cogitativa llevándola a centrar su consideración en aquel aspecto del objeto adecuado a sus propios intereses (los del vicio), oscureciendo el principio racional e impidiendo su aplicación a lo particular:

... cuando el deleite o la tristeza son vehementes, eso mediante lo cual consigue el deleite y huye de la tristeza se le aparece al hombre como algo óptimo. Así por ese juicio corrupto de la razón, no aparece para el hombre el verdadero fin, que es el principio de la prudencia que existe en relación con lo operable, ni lo apetece, ni tampoco le parece que deba elegir y hacerlo todo en razón de dicho fin verdadero, sino más bien en razón de lo deleitable. Pues cualquier malicia o hábito vicioso corrompe el principio, en cuanto corrompe la recta apreciación del fin⁶⁸.

No obstante, a diferencia de lo que sucede en el caso del incontinente, en el vicioso la perversión es tan grande que ni siquiera experimenta un conflicto entre el verdadero principio y el principio corrupto, por eso su silogismo práctico tiene tres proposiciones⁶⁹. Pero ¿quiere esto decir que el vicioso ignora el principio? La respuesta puede ser afirmativa únicamente si el principio en cuestión no es primario; de lo contrario, la ignorancia o el error no son posibles. Por esta razón, la inconsideración del principio por parte del vicioso equivale a una especie de mentira: al

aunque no de modo tan sistemático, las otras causas que aquí señalamos: *vid. S. th.*, I-II, q. 76, a. 1, c., que habla de la ignorancia de las premisas (lo que incluye el posible error), y *S. th.*, I-II, q. 99, a. 2, ad 2, donde se dice que la razón no podía errar en el conocimiento universal de los primeros principios, pero que "por la costumbre de pecar, estaba oscurecido en las obras particulares" (*vid. también S. th.*, II-II, q. 20, a. 2, c.). La razón es clara: éstas son las causas generales por las que el hombre puede obrar el mal: "Como naturalmente existe en toda criatura un apetito del bien, nadie es inducido al pecado sino bajo alguna especie de bien aparente: en efecto, aunque el fornicador sabe en universal que la fornicación es mala, sin embargo, cuando consiente en la fornicación, estima que la fornicación es para él un bien que ahora ha de obrarse. En esta estimación han de considerarse tres cosas. Lo primero es el mismo ímpetu de la pasión -como de la concupiscencia o la ira-, por la cual se intercepta el juicio de la razón y no juzga en particular lo que sostiene en universal, sino que sigue la inclinación de la pasión y consiente en aquello a lo que la pasión tiende como *per se* bueno. Lo segundo es la inclinación del hábito, que es como cierta naturaleza de quien lo tiene -como dice el Filósofo en el libro *Acerca de la memoria y la reminiscencia*, que la costumbre es otra naturaleza, y Tulio en la *Retórica*, que la virtud concuerda con la razón a modo de naturaleza-, y por semejante razón el hábito vicioso inclina como cierta naturaleza a aquello que es conveniente para él, de donde se sigue que a quien tiene el hábito de la lujuria le parece bueno aquello que conviene a la lujuria, como connatural, y esto es lo que dice el Filósofo en el libro III de la *Ética*: que 'cual es cada uno, tal le parece el fin'. Lo tercero es una falsa estimación de la razón en lo particular elegible, la que proviene de cualquiera de las causas ya mencionadas, a saber, del ímpetu de la pasión o de la inclinación del hábito, o también de la ignorancia de lo universal, como la de quien está en el error de que la fornicación no es pecado" (*De ver.*, q. 24, a. 10, c.).

⁶⁸ *In VI Ethic.*, lect. 4, n. 1170.

⁶⁹ *Cf. De malo*, q. 3, a. 9, ad 7.

negar el principio verdadero el vicioso se miente a sí mismo y le miente a los demás. Así lo sugiere Tomás:

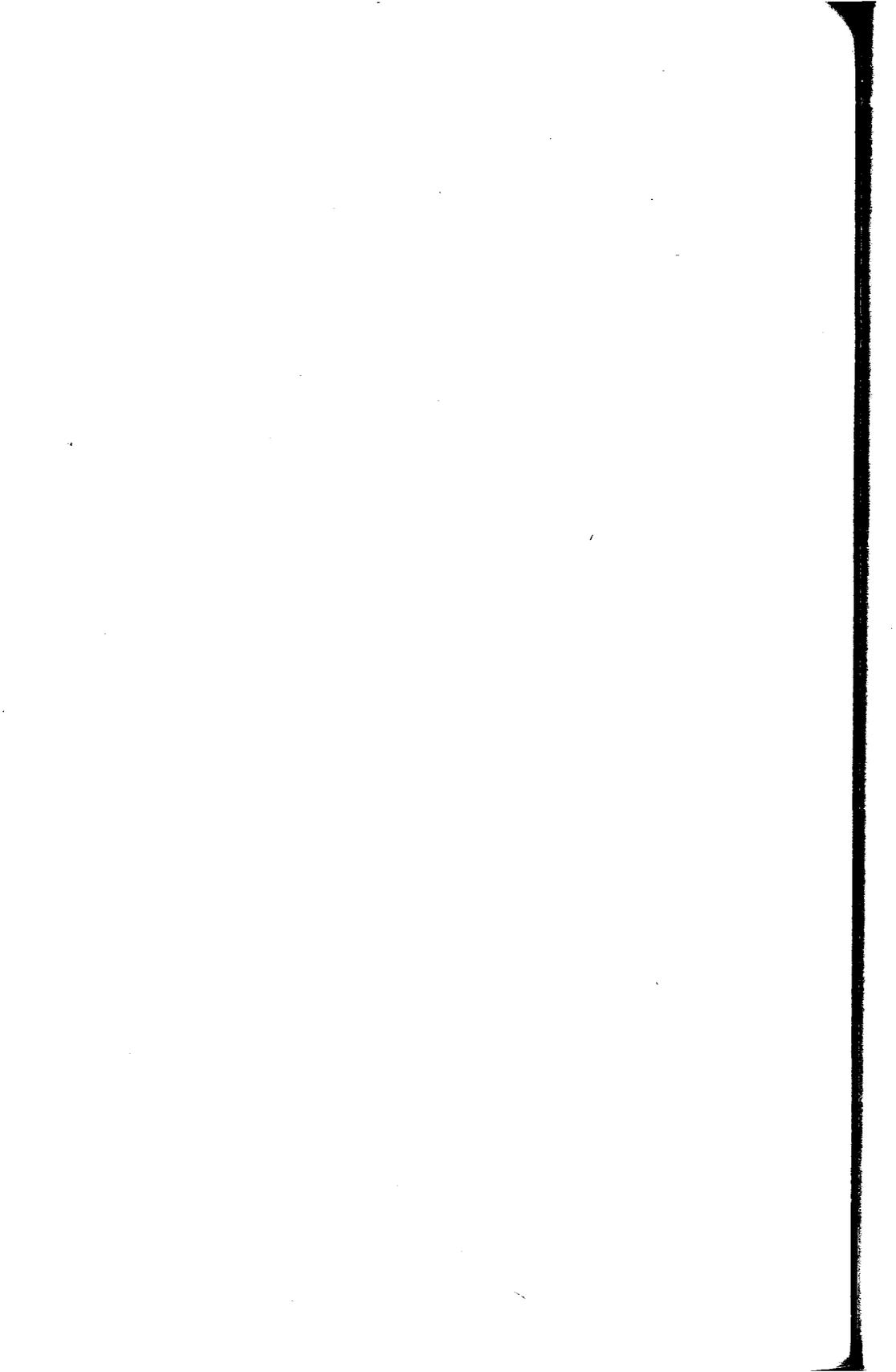
... que para los malos no aparezca lo que en verdad sea mejor se hace patente porque la malicia opuesta a la virtud pervierte el juicio de la razón y hace *mentir* en torno a los fines, que se dan en torno a los principios prácticos. Así, al intemperante le parece óptimo seguir las concupiscencias, pues no puede silogizar rectamente cuando yerra en torno a los principios⁷⁰.

Por consiguiente, pensamos que el error en los principios mismos, al que alude en ocasiones el Aquinate⁷¹, debe interpretarse en este sentido, *i. e.*, como una disposición habitual a transgredirlos en las acciones concretas, disposición por la que el vicioso "no puede conducirse por algunos primeros principios"⁷².

⁷⁰ *In VI Ethic.*, lect. 10, n. 1274 (la cursiva es nuestra). Finnis interpreta del mismo modo este pasaje: "Pero esa negación 'maliciosa' de los principios verdaderos es realmente una especie de mentira (véase *Eth.* VI 10 n. 18 [1274]), porque al igual que todos, uno tiene de hecho al menos un entendimiento general (in universalii) de los principios verdaderos (un entendimiento alcanzado sin razonamiento) y este entendimiento no puede ser suprimido sino que opera constantemente, en algún nivel, para oponerse a lo que uno está afirmando y viviendo" (Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 101).

⁷¹ *Cf. S. th.*, I-II, q. 72, a. 5, c.; q. 88, a. 1, c.; II-II, q. 156, a. 3, ad 2; *De malo*, q. 3, a. 13, c.

⁷² *De malo*, q. 3, a. 13, c.



EL PUNTO DE VISTA INTERNO EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JOHN FINNIS*

CAROLINA PEREIRA SÁEZ

*Candidata al Doctorado en Derecho
Universidad de A Coruña*

I. INTRODUCCIÓN

La filosofía jurídica de Hart se caracteriza, entre otras cosas, por el método que propone: Hart afirma que para comprender el Derecho es necesario adoptar el punto de vista interno, el punto de vista de la persona que lo acepta. Según Hart, desde esta perspectiva el comportamiento que constituye el fenómeno social del Derecho se entiende no como un simple hecho, sino como la respuesta a razones para la acción. La influencia de este aspecto de su pensamiento ha llevado a la teoría jurídica actual a prestar más atención a la justificación de las decisiones jurídicas, es decir, al papel del Derecho en el razonamiento práctico de las personas.

El método de aproximación al Derecho que propone Hart constituye un punto de encuentro entre la filosofía jurídica analítica y la filosofía iusnaturalista clásica¹. Según Hart, la consideración del Derecho como hecho, sea como predicción sea como desencadenante de un sentimiento

¹ *Este trabajo se inscribe en uno de los aspectos concretos del proyecto de investigación "El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del neo-constitucionalismo", financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España y por los fondos Feder de la Unión Europea (código BJU2003-05478).

Vid. Finnis, J., "Introduction" en Finnis, J. (ed.), *Natural Law*, Aldershot, Dartmouth, 1991, vol. I, p. xiv y Finnis, J., "Natural Law: The Classical Tradition" en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1-60, pp. 26-27.

de compulsión, no permite comprender la obligación². Pues bien, esta insuficiencia del hecho para explicar la obligación radica en la imposibilidad de inferir el deber del ser, que tanto la doctrina clásica de la ley natural como la filosofía analítica denuncian. El método de Hart permite evitar este error lógico: la obediencia al Derecho se entiende a partir no de un hecho sino de una razón, que interviene en el razonamiento en el que la persona decide su comportamiento.

Sin embargo, Hart, en su filosofía jurídica, no respeta totalmente las exigencias de este punto de vista, y afirma que el fundamento último de la obligatoriedad del Derecho es un hecho: el hecho de su aceptación como norma. Desde la perspectiva interna el Derecho se ve como lo ve la persona que entiende que proporciona razones para la acción, y bajo este aspecto permite entender por qué da razones. Así, la adopción del punto de vista interno permite comprender no sólo que las personas obedecen el Derecho, sino también por qué lo obedecen. Pero Hart, que afirma que la obediencia es una respuesta a razones y no la mera adecuación del comportamiento a la norma, renuncia a comprender las razones en cuanto tales: renuncia a considerar su capacidad para justificar el comportamiento. Esta renuncia implica el abandono del punto de vista interno, porque supone renunciar a considerar las razones como lo hace la persona que las acepta. También Raz, que entiende la obligación como respuesta a una razón para la acción, renuncia a atender la racionalidad de las razones. Esto les impide a ambos discernir entre posibles razones de aceptación del Derecho. Así, su filosofía jurídica se va a limitar a constatar que el comportamiento responde a razones, pero no va a poder ofrecer una comprensión del comportamiento como respuesta a razones.

La reflexión sobre la necesidad de la perspectiva interna en la filosofía jurídica y el estudio del pensamiento de estos autores lleva a Finnis a detectar ese abandono de los propios presupuestos. Hart afirma que la obligatoriedad del Derecho supone su aceptación, pero no tiene en cuenta que esa aceptación obedecerá a alguna razón, y que tal razón puede ser más o menos racional y objetiva. El único juicio racional que hace Hart sobre la aceptación del Derecho es que de hecho se da. Para Finnis, sin embargo, la obligatoriedad, es decir, la aportación de razones para la acción, sólo puede estar fundamentada en el atractivo inteligible del bien. Si algo se acepta es porque se juzga que, de alguna manera, aceptarlo es bueno. A la vez, esto puede estar más o menos justificado, es decir, puede ser más o menos racional y objetivo. El pensamiento de Finnis en este aspecto se apoya en la afirmación de que la inteligencia puede aprehender el bien:

² Vid. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992 (trad. de G. Carrió), pp. 102-106.

por eso puede haber juicios de valor racionales. El bien que la inteligencia capta no es simple, sino que tiene distintos aspectos inconmensurables: por eso puede haber juicios de valor más o menos racionales y objetivos. Así, además, la comprensión del Derecho no tiene por qué perder objetividad ni racionalidad por estar fundamentada en un juicio de valor. Es más, Finnis sostiene que la negación de ese fundamento niega el sentido del Derecho. Porque, si la acción que motiva el Derecho no carece de sentido, la razón que proporciona el Derecho tendrá que tener algún atractivo inteligible; es decir, ser, de alguna manera, buena. El filósofo del Derecho podrá, así, comprender ese bien como razón de ser de la aceptación del Derecho y, por tanto, como su fundamento en cuanto fenómeno social.

II. LA NECESIDAD DEL PUNTO DE VISTA INTERNO

Hart se propone comprender la naturaleza del Derecho como un fenómeno social que está constituido por una serie de hechos típicos³. La atención a este fenómeno permite, en su opinión, sostener que el Derecho consiste, básicamente, en normas. Sin embargo, a su juicio, las teorías normativas del Derecho más difundidas –principalmente la teoría imperativa– no proporcionan una comprensión adecuada de este fenómeno porque no lo observan desde el punto de vista apropiado. La teoría imperativa, por ejemplo, comprende el Derecho como predicción de la sanción porque lo considera desde fuera, limitándose a observar los hechos. Según Hart, la visión de los hechos desde esta perspectiva es “como la de aquel que habiendo observado durante algún tiempo el funcionamiento de una señal de tránsito en una calle de movimiento intenso, se limita a decir que cuando se enciende la luz roja hay una alta probabilidad de que el tránsito se detenga. El ve en la señal luminosa un simple *signo natural de que* la gente se comportará de cierta manera, tal como las nubes son un *signo de que* lloverá”⁴. El error radica, según Hart, en que esta perspectiva no permite comprender la función de la norma en el razonamiento de la persona que la considera obligatoria. Para la persona que la obedece, la norma no predice, sino que guía el propio comportamiento; es decir, lo justifica, proporciona una razón para llevarlo a cabo, le da sentido. Por eso el observador externo “no verá toda una dimensión de la vida social de aquellos a quienes observa, ya que para éstos la luz roja no es un mero signo de que los otros se detendrán: los miembros del grupo ven en la luz roja una señal para que ellos se detengan, y, por ello, una razón

³ Vid. *ibid.*, pp. 1-7 y 21.

⁴ *Ibid.*, p. 112.

para detenerse"⁵. Por lo tanto, según Hart, para comprender el Derecho –y las normas de conducta, en general–, debe observarse desde dentro, como lo observa quien lo acepta y lo aplica; es decir: desde “el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que *usan* las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás”⁶.

Ahora bien, Hart considera que para identificar el comportamiento desde el punto de vista interno no es necesario ningún juicio valorativo. La perspectiva interna es la de quien acepta la norma, pero, según Hart, tal aceptación no significa necesariamente que se juzgue moralmente correcto hacer lo que la norma prescribe⁷. Para comprender el Derecho, por tanto, es suficiente constatar el hecho de su aceptación pero no es necesario saber si es aceptable, es decir, no es necesario ningún juicio de valor sobre su corrección. Por eso en la filosofía jurídica de Hart la regla de reconocimiento, que recoge la comprensión del Derecho como norma de las personas “internas” al Derecho, tiene carácter fáctico⁸. De esta forma, Hart niega que la teoría social descriptiva necesite apoyarse en juicios valorativos, o que para identificar el Derecho, entendido como fenómeno social, sea necesario hacer referencia a la moral⁹. También Raz propone, siguiendo a Hart, la adopción del punto de vista interno en el estudio del Derecho como un criterio de identificación no valorativo¹⁰. El objetivo de estos autores es, por tanto, ofrecer una comprensión del Derecho como criterio del razonamiento sobre el comportamiento prescindiendo de todo juicio sobre su corrección.

Finnis entiende que la filosofía del Derecho debe adoptar el método propuesto por Hart: en su opinión, con este método el comportamiento se identifica en función de su fin, que es, a su juicio, el criterio que permite describir con exactitud los asuntos humanos. 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. Pues bien, la adecuación del punto de vista interno significa que, para la formación de este concepto, debe tenerse en cuenta, principalmente, la concepción

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibid.*, p. 122, cursiva en el original.

⁷ *Vid. ibid.*, pp. 250-251.

⁸ *Vid. ibid.*, p. 310.

⁹ *Vid.* Hart, H. L. A., “Postscript”, en Hart, H. L. A., *The Concept of Law* (2ª ed.), Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 269; *vid.*, también, Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales* (trad. de C. Orrego Sánchez), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 43 y “History of the philosophy of law” en Honderich, T. (ed.), *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 465-468, p. 467.

¹⁰ *Vid.* Raz, J., *Razón práctica y normas* (traducción de J. Ruiz Manero), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 192, 198-207 y 168-171. *Vid.*, también, Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 154-155.

del comportamiento de los participantes. Así, el concepto que se adopte para describir el comportamiento será el más adecuado a su fin, porque la persona que actúa concibe el comportamiento en función de su fin. Ahora bien, Finnis entiende que la diversidad de perspectivas internas, de fines con que se puede llevar a cabo una acción, hace necesario elegir cuál adoptar. Y, a su juicio, para evitar la arbitrariedad, esa elección debe apoyarse en un juicio de valor. Por tanto, frente a Hart, considera que la descripción de los asuntos humanos sí necesita apoyarse en una valoración. Además, en su opinión, esta necesidad se comprende simplemente adoptando el método de Hart y no abandonándolo, prestando atención a todas sus exigencias. Según Finnis, por tanto, su comprensión de la necesidad de apoyar la formación de los conceptos descriptivos en juicios de valor es fruto del desarrollo del método de Hart. Para él, el acierto de Hart es haber adoptado la perspectiva interna y, así, orientar la filosofía del Derecho en la dirección correcta; su error, haber abandonado su propio método¹¹. Pues bien, en mi opinión, el abandono de Hart del punto de vista interno se entiende mejor si se atiende a su clasificación de los puntos de vista, que es la siguiente.

III. LA CLASIFICACIÓN DE LOS PUNTOS DE VISTA

Hart distingue el punto de vista interno o del participante del punto de vista externo o del observador¹². Desde el punto de vista interno, la norma se presenta como una razón para la acción; desde el externo, como un hecho, como un signo de la acción¹³. Distingue, además, dos puntos de vista externos, uno moderado y otro extremo. El primero es el de quien describe la obediencia a una norma como la respuesta de unas personas a lo que ellas consideran que es una razón para la acción. Este punto de vista es externo, porque no considera que las normas sean una razón para la acción; se limita a describir el comportamiento como un hecho. Sin embargo, hace referencia a un punto de vista interno, porque describe el hecho del juicio interno de quienes consideran que el comportamiento responde a una razón. El segundo punto de vista externo es el de quien describe el comportamiento como una serie de hechos, sin referirse en absoluto a su condición de respuesta a una razón. Hart entiende que la concepción del comportamiento que ofrece esta perspectiva es incompleta, porque no atiende a su aspecto interno, a su condición de respuesta a una razón. En concreto, el punto de vista externo extremo resulta

¹¹ Vid. Finnis, J., "Natural Law... *cit.*", pp. 15-16 y 26-28.

¹² Vid. Hart, H. L. A., *El concepto... cit.*, pp. 110-111 y "Postscript... *cit.*", p. 255.

¹³ Vid. Hart, H. L. A., *El concepto... cit.*, pp. 110-112 y 309.

inadecuado para el estudio del Derecho porque no permite distinguir la obediencia a la norma del mero hábito¹⁴; este punto de vista ignora el aspecto interno de los conceptos que es, según Hart, el aspecto distintivo de los conceptos jurídicos y políticos en general¹⁵.

Para Hart, la diferencia fundamental es la que existe entre el punto de vista interno y el externo; no suele distinguir el punto de vista externo moderado. La clasificación tripartita de los puntos de vista ha sido desarrollada principalmente por Raz, que recoge los puntos de vista interno y externo moderado de Hart y añade un tercero. Raz distingue tres tipos de enunciados normativos, a los que corresponden tres puntos de vista distintos: los que hacen quienes creen en la validez del Derecho, los referidos a las creencias de otras personas sobre la validez del Derecho y los enunciados desvinculados. Estos últimos expresan qué debe hacerse desde el punto de vista del Derecho sobre la hipótesis de que es válido, pero sin afirmar que lo sea. Son, según Raz, irreductibles a enunciados de ninguno de los otros dos tipos: no expresan una creencia, propia o de otros, ni someten el deber a la condición de la creencia en la validez del Derecho. En mi opinión, este tercer punto de vista de Raz no es distinto del punto de vista extremadamente externo de Hart¹⁶, aunque sí lo es el sentido que le atribuye: para Hart, los enunciados hechos desde este punto de vista son descriptivos, mientras que para Raz son normativos. Para Hart, la descripción extremadamente externa de una norma no permite comprender su normatividad, porque no hace referencia a su esencia: el juicio interno de que es una razón para la acción. Para Raz, la descripción extremadamente externa de la norma, aunque no haga referencia a este juicio, sí ofrece una comprensión de su normatividad: Raz entiende que la afirmación de que algo es una norma, hecha desde el punto de vista del sistema normativo al que pertenece, significa que debe realizarse la conducta prescrita por esa norma. Aun así, para Raz, la descripción extremadamente externa de la norma no ofrece la comprensión más adecuada de su normatividad, ni sus enunciados tienen la fuerza normativa de los internos¹⁷.

¹⁴ *Vid. ibid.*, pp. 70-71.

¹⁵ *Vid. ibid.*, p. 122.

¹⁶ Hart equipara el punto de vista desvinculado de Raz al punto de vista externo moderado: según Hart, desde el punto de vista desvinculado de Raz se informa de cuál es el contenido del Derecho desde el punto de vista de quienes lo aceptan, pero sin compartir ese punto de vista (*vid. Hart, H. L. A., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 14). Sin embargo, Raz afirma que el punto de vista desvinculado no se refiere a las creencias sobre el Derecho de las personas que lo aceptan (*vid. Raz, J., Razón práctica... cit.*, pp. 203-204, *The Authority... cit.*, pp. 156-157 y *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, (trad. de la 2ª ed., de R. Tamayo y Salmorán), México, UNAM, 1986, pp. 279-280).

¹⁷ *Vid. Raz, J., Razón práctica... cit.*, pp. 198-207 y *The Authority... cit.*, pp. 153-157.

La clasificación de los puntos de vista de Finnis no sigue directamente a la de Hart, sino a la de Raz¹⁸. Sin embargo, la comparo con la de Hart porque creo que conocer sus diferencias ayuda a entender cómo estos autores llegan a distintas conclusiones utilizando, según dicen, el mismo método. Finnis distingue, como Hart, un punto de vista interno y dos puntos de vista externos, y entiende los puntos de vista interno y externo moderado en el mismo sentido que Hart. Sin embargo, el tercer punto de vista de Finnis, que él llama independiente, no coincide, a mi modo de ver, con el punto de vista más externo de Hart. Según Finnis, desde este punto de vista se describe el comportamiento tal y como se concebiría en un juicio interno, pero no se afirma si alguien sostiene ese juicio. Este punto de vista es independiente porque no se apoya en un juicio interno determinado, pero la afirmación que hace es condicional, porque sólo es cierta si alguien la sostiene. La diferencia entre los dos puntos de vista externos de Finnis es, en realidad, muy pequeña: se distinguen sólo porque uno afirma que unas personas determinadas sostienen ese punto de vista interno, mientras que el otro no afirma si alguien lo sostiene. Así, la descripción de una norma desde el punto de vista independiente de Finnis no es una mera predicción de un comportamiento, sino la afirmación condicional de una razón para la acción: desde el punto de vista independiente se enuncia "qué es lo que cuenta con una buena razón para ser hecho desde el punto de vista de cierto grupo o según ciertas reglas o *si* ciertas reglas proporcionan una buena para razón actuar así"¹⁹. En mi opinión, este punto de vista, al referirse, aunque sea condicionalmente, a la perspectiva interna, se aproxima más al punto de vista externo moderado de Hart que al extremadamente externo. Por otro lado Finnis, a diferencia de Raz, sostiene que los enunciados de tercer tipo expresan un deber condicionado, mientras Raz entiende que expresan un deber no sometido a condición²⁰. Así, mientras para Hart y para Raz los enunciados totalmente externos formulan una verdad —fáctica o normativa, respectivamente— independiente de todo juicio interno, para Finnis no.

IV. LAS EXIGENCIAS DEL PUNTO DE VISTA INTERNO

Como vimos, Hart sostiene la necesidad de atender a los asuntos humanos desde el punto de vista interno. Sin embargo, parece que su crítica excluye claramente, por insuficiente, sólo el punto de vista extre-

¹⁸ Vid. Finnis, J., *Ley natural... cit.*, p. 265.

¹⁹ *Ibidem* (cursiva en el original).

²⁰ Vid. Raz, J., *El concepto... cit.*, p. 280, nota 30.

madamente externo, que no se refiere en absoluto al juicio interno. Es decir, parece que, según Hart, es necesario hacer referencia a un juicio interno, pero puede hacerse tanto desde el punto de vista interno como desde el punto de vista externo moderado: en el primer caso, se hace referencia al juicio interno propio; en el segundo, al juicio interno de otros. Así, en mi opinión, Hart, aunque llama "externo" al punto de vista moderado, lo asimila al interno; al menos lo suficiente para satisfacer las necesidades metodológicas de su filosofía analítica. De hecho Raz, al clasificar los enunciados normativos a partir de los puntos de vista de Hart, considera conjuntamente los enunciados internos e intermedios como básicos y prioritarios: ambos ofrecen una comprensión de su objeto basada en creencias o juicios internos. Raz distingue el punto de vista desvinculado precisamente porque no hace referencia a juicios internos, propios o ajenos. Es cierto que, más tarde, este autor relaciona el punto de vista moderado con el externo, como hace Finnis, y considera que se corresponden con los enunciados normativos no comprometidos. Aun así, sigue diferenciando los puntos de vista según el mismo criterio: desde el punto de vista independiente no se hace referencia a ninguna creencia; desde los otros dos, sí²¹. En cualquier caso, lo importante es que en el pensamiento de Hart la necesidad del punto de vista interno se ve satisfecha con la descripción de los juicios de otros sobre las razones para la acción. La atención al aspecto interno de las normas y su consideración como razones para la acción de la filosofía jurídica de Hart parten de esta perspectiva externa moderada²². Hart, por tanto, abandona el punto de vista interno y adopta el intermedio; o, mejor dicho, trata al intermedio como interno: sólo de esta forma puede sostener que el punto de vista interno no implica una aceptación última –moral, dice Hart– de lo que se afirma. Así, afirma que la regla de reconocimiento, fundamento del Derecho, sólo puede observarse desde fuera, porque analizarla desde dentro supondría pasar de un juicio jurídico a un juicio moral²³. De la misma manera, separa las razones que suponen la aceptación interna de la norma de las que suponen el mero cumplimiento externo sin un criterio claro y objetivo. Esto sólo puede hacerse desde el punto de vista intermedio: desde este punto de vista puede afirmarse que algo es una razón para la acción sin fundamentar que lo sea, sino sólo que se acepta como tal. Así, Hart da el mismo trato a razones para la acción que sólo tienen en común que alguien las acepta, pero tan distintas en racionalidad que nadie en un juicio interno podría equipararlas. Lo que ocurre es que

²¹ Vid. RAZ, J., *cit. supra* en nota 16 y *El concepto... cit.*, pp. 278-281.

²² Vid. Hart, H. L. A., "Postscript... *cit.*", pp. 242-243.

²³ Vid. Hart, H. L. A., *El concepto... cit.*, pp. 134-137.

todas las posibles razones para obedecer, aunque no sean igualmente racionales, son internas si se les compara con el punto de vista extremadamente externo, que formula una descripción empírica de la realidad del comportamiento²⁴.

Finnis, por el contrario, entiende que la necesidad de la perspectiva interna significa que sólo es adecuado para la filosofía práctica el punto de vista que refiere el juicio interno propio. Para Finnis, igual que para Hart, la diferencia fundamental es la que separa la perspectiva externa de la interna: desde la perspectiva interna, las normas se describen como razones para la acción, desde la externa, como hechos; no hay perspectiva intermedia entre estas dos²⁵. Tanto para Hart como para Finnis, el punto de vista externo es insuficiente, y es necesario el punto de vista interno. Sin embargo, esta afirmación no tiene para ambos el mismo sentido: para Hart, parece que el único punto de vista realmente insuficiente es el extremadamente externo, mientras que, para Finnis, el único punto de vista suficiente es el interno. Para Finnis, los puntos de vista externos son externos no porque no hagan referencia a un juicio interno, sino porque no hacen referencia al propio juicio interno. Para Finnis no hay enunciados normativos externos independientes²⁶. Todos los enunciados relativos a una realidad normativa hacen referencia a un juicio interno sobre su aceptación. La diferencia fundamental entre ellos es que se sostenga esa aceptación o que simplemente se haga referencia a ella.

A mi juicio, sólo la manera de entender el método que propone Finnis permite la comprensión del Derecho para la que, según Hart, era necesario el punto de vista interno: la comprensión de su funcionamiento en el razonamiento práctico. Según Finnis, para entender las normas como razones para la acción no es suficiente describir el hecho de que funcionan como tales; es necesario comprender por qué. El pensamiento de Hart y de Raz se centra en el estudio de la normatividad, que ambos conciben como el funcionamiento como razón para la acción. Así, estos autores reducen el análisis de las normas a la descripción del aspecto fáctico de este funcionamiento: sucede que las personas creen que las normas son razones para la acción. Pues bien, Finnis sustituye la "normatividad" así entendida por la autoridad, concebida no como funcionamiento sino como condición de razón para la acción. Apoya esta concepción no en la mera descripción de una creencia, sino en la reflexión sobre el fundamento de esta creencia desde el punto de vista interno. Los filósofos analíticos comprenden que la norma funciona, característicamente, como razón para

²⁴ Vid. Orrego, C., *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997, pp. 308-343.

²⁵ Vid. Finnis, J., "Natural Law... *cit.*", p. 15, especialmente nota 31.

²⁶ Vid. Finnis, J., *Ley natural... cit.*, p. 265.

la acción en el razonamiento práctico. Según Finnis, esto implica que, si se quiere reconocer la racionalidad de este razonamiento, no puede negarse que tal funcionamiento obedece a que la norma es razón para la acción. Por tanto, el filósofo analítico, para no reducir arbitrariamente su comprensión del comportamiento, debe admitir que si la norma funciona como razón para la acción es porque tiene algún atractivo racional. Y, a la vez, que tenga atractivo racional se debe a que participa de alguna forma en el bien inteligible. De este modo, Finnis ofrece una comprensión práctica, interna, de por qué las normas son razones para la acción, que permitirá entender que se las considere y que funcionen como tales. Así, desde la descripción fáctica, externa, del comportamiento como respuesta a razones, llega a la comprensión interna del comportamiento libre como elección racional. Si el comportamiento humano tiene sentido, el hecho de la obediencia a las normas debe responder no a cualquier razón, sino a una suficientemente razonable.

Como hemos visto, la comprensión de la aceptación del Derecho como un hecho lleva a Hart y a Raz a tratar toda las razones por las que se puede aceptar como si fueran iguales. Así, para Hart el punto de vista interno incluye, sin hacer distinciones, todas las posible razones de la aceptación de una norma, por ejemplo "cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen otros"²⁷. También Raz entiende que el punto de vista interno admite cualquier razón por la que se acepta una norma: su punto de vista jurídico interno incluye hasta las razones del anarquista que se hace juez con la intención de socavar el Derecho²⁸. Para Raz, los enunciados normativos implican una aceptación, pero que no tiene por qué ser moral: puede ser una aceptación que no se deba a ninguna razón²⁹. Pues bien, a juicio de Finnis, el error de la comprensión del Derecho de Hart y de Raz radica en esta indiscriminación de razones para aceptarlo. Según Finnis, la adopción del punto de vista interno no permite tratar igual todas las posibles razones para la acción. Porque, para la persona que razona sobre su comportamiento, no todas las posibles razones tienen la misma fuerza racional para justificarlo: por eso la postura de Hart y de Raz "implica una negativa a atribuir significación a diferencias que consideraría significativas cualquier actor en el campo"³⁰. Según Finnis, la variedad de posibles razones hace necesario elegir a cuál atender, y esta elección se hace, necesariamente, a partir de un juicio de valor. En su opinión,

²⁷ Hart, H. L. A., *El concepto... cit.*, p. 251.

²⁸ Vid. Raz, J., *Razón práctica y normas... cit.*, p. 170.

²⁹ Vid. Raz, J., *El concepto de sistema... cit.*, pp. 278-279.

³⁰ Finnis, J., *Ley natural... cit.*, p. 47.

también las teorías que se presentan como descripciones a-valorativas –por ejemplo, las teorías del Derecho de Bentham, Austin, Kelsen, Hart o Raz– adoptan un punto de vista elegido, aunque no lo reconozcan, a partir de un juicio de valor. Y, como no lo reconocen, tampoco lo justifican adecuadamente³¹. Por tanto, se reconozca o no, la descripción se apoya en una valoración, y no por eso es arbitraria o irracional; lo arbitrario es partir de una valoración no razonable. Por otro lado, la necesidad de valoración no confunde, según Finnis, la teoría social descriptiva con una teoría normativa: la teoría social descriptiva necesita la valoración no para estudiar qué se debe hacer, sino para seleccionar y formar los conceptos a utilizar en la descripción³².

Es cierto, a juicio de Finnis, que la persona que estudia el comportamiento puede entender y describir las razones de las acciones de otras personas sin valorarlas. Lo que ocurre es que este análisis no puede ofrecer más que una relación interminable de comportamientos como respuesta a distintas razones, y reduce la teoría social descriptiva a “un inmenso montón despreciable de hechos heterogéneos descritos en una multitud de terminologías inconmensurables”³³. En opinión de este autor, para decir algo general sobre el comportamiento que no sea una mera relación de juicios de otros, debe valorarse previamente qué razones iluminan mejor ese comportamiento³⁴. Por lo tanto, el punto de vista que Finnis adopta para estudiar el comportamiento humano es interno, como el de Hart, y crítico. A juicio de Finnis, el carácter crítico es, simplemente, una exigencia de la condición interna: para la persona que reflexiona sobre su propio comportamiento, no todas las posibles razones para actuar son iguales, ni tienen la misma fuerza. Por tanto, no hay ninguna razón para negar las diferencias en la capacidad para justificar racionalmente el comportamiento que existe entre las distintas razones posibles.

Pues bien, desde esta perspectiva interna y crítica, Finnis entiende que para describir el comportamiento deben utilizarse conceptos formados a partir de las razones para la acción del hombre plenamente razonable: es decir, la persona que orienta su comportamiento al bien según todas las exigencias de la razón. Sólo este punto de vista interno permite comprender el comportamiento por completo. El resto son tributarios de este punto de vista, y permiten identificar razones para la acción sólo en cuanto se aproximan a él. Así, mientras para Hart la perspectiva interna es razonable (ofrece una razón distinta del miedo a la sanción), para Finnis

³¹ Vid. Finnis, J., “Natural Law... *cit.*”, p. 17, *Ley natural... cit.*, p. 51 e “Introduction” en Finnis, J. (ed.), *Natural Law... cit.*, vol. II. p. xii.

³² Vid. Finnis, J., *Ley natural... cit.*, p. 49.

³³ *Ibid.*, p. 50.

³⁴ Vid. Finnis, J., “Natural Law... *cit.*”, pp. 16-17.

es plenamente razonable. Como vimos, Hart sostiene que el funcionamiento del Derecho se entiende mejor desde la razón para la acción que como fruto de la coacción: así tiene sentido no sólo la obediencia del ciudadano, sino también la aplicación de la ley por el juez. Del mismo modo, según Finnis, los motivos plenamente razonables de la búsqueda de la justicia y la paz permiten comprender la obediencia al Derecho mejor que otros posibles motivos internos: por ejemplo, permiten comprender el comportamiento de quienes obedecen el Derecho a pesar o en contra del deseo de obrar como otros obran³⁵. De esta manera, frente a Hart y Raz, Finnis propone adoptar una *perspectiva interna crítica*, que permita discernir cuál de las posibles razones del comportamiento tiene mayor fuerza explicativa. Para no ser arbitraria, esta crítica debe hacerse desde el juicio plenamente razonable, que Finnis llama moral. A la vez, que la teoría social descriptiva necesite partir de un juicio moral no significa que deba reducirse a “una apología de los propios juicios éticos o políticos”³⁶. En opinión de este autor, la formación de un juicio de valor correcto necesita el apoyo del conocimiento descriptivo y analítico: “[h]ay así una mutua, si bien no del todo simétrica, interdependencia entre el proyecto de describir los asuntos humanos por vía teórica y el proyecto de valorar las opciones humanas con vistas, remotamente al menos, a actuar razonablemente y bien”³⁷.

Como vimos, según Finnis, Hart, que propone el método adecuado, no ofrece una comprensión completa del comportamiento, porque no reconoce que detrás de las razones para la acción hay valoraciones³⁸. El único juicio de valor que admite Hart es el de que el fin propio de la actividad humana es la supervivencia³⁹. Éste es, entonces, para Hart, el único bien sustantivo, la razón final que da sentido a todo el comportamiento. Con la intención de evitar cualquier otro juicio de valor, Hart rechaza, como vimos, que unas razones para la acción sean mejores que otras: para él, la obediencia propia del Derecho es la que responde a cualquier razón distinta del miedo a la sanción. En mi opinión, Hart no admite que unas razones para la acción sean mejores que otras porque no reconoce otro bien que pueda proporcionar razones para la acción que la supervivencia. En realidad, la aceptación interna de la norma res-

³⁵ Vid. Finnis, J., *Ley natural... cit.*, pp. 46-47 y “Natural Law... cit.”, pp. 27-28.

³⁶ Finnis, J., *Ley natural... cit.*, p. 50.

³⁷ *Ibid.*, p. 52.

³⁸ Vid. Finnis, J., “Problems of philosophy of law” en Honderich, T. (ed.), *The Oxford Companion... cit.*, p. 469.

³⁹ Vid. Hart, H. L. A., *El concepto... cit.*, pp. 236-239. En este punto, Hart se sitúa en la más estricta tradición del pensamiento inglés que se remonta, al menos, a Hobbes (*vid.* v. g., Hobbes, T., *Leviatán*, parte primera, capítulo 14; trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 1989, p. 110).

ponde siempre al juicio de que esa norma dirige, de alguna manera, al bien. Cuando el único bien es la supervivencia, todas las razones para la acción lo son, en último término, porque dirigen a este único bien. Por eso no hay razones para la acción que puedan ser razonable y objetivamente consideradas mejores o peores: racionalmente son todas iguales, porque se orientan todas al mismo bien. Las diferencias entre ellas, que nos pueden hacer pensar que unas son preferibles a las otras, son sólo cuestión de sentimientos u otros criterios subjetivos. Según Finnis, Hart, de este modo, reduce arbitrariamente el razonamiento práctico, que conoce otros bienes distintos de la supervivencia y comprende la superioridad de las buenas razones para la acción sobre otras razones⁴⁰.

Con todo, según Finnis, la filosofía analítica de Hart, con su defensa de la perspectiva interna, muestra —aunque no fuera esa su intención— que la pretensión de hacer una ciencia social descriptiva libre de valores es inviable⁴¹. Los conceptos de la teoría social descriptiva deben seleccionarse y formarse a partir de un juicio de valor, necesario para elegir el punto de vista interno a seguir. En opinión de Finnis, si se enjuician desde dentro, el punto de vista interno que resulta tener mayor capacidad explicativa es el de la persona razonable. Desde este punto de vista se comprende el comportamiento mejor que desde ningún otro precisamente porque señala sus motivos más razonables, los que le dan más sentido⁴². En su opinión, por tanto, el estudio del método de la filosofía analítica de Hart permite concluir que la ciencia social descriptiva debe partir de un juicio de valor moral. De esta manera, el método de Hart, que coincide con el método propio del pensamiento iusnaturalista clásico, acerca el pensamiento analítico a la filosofía de la ley natural, y abre el debate entre la filosofía del Derecho positivista y iusnaturalista. Muestra de ello es la atención que la filosofía analítica contemporánea presta a cuestiones propias de la filosofía del Derecho iusnaturalista clásica, como el razonamiento jurídico, el *rule of law* o la autoridad del Derecho⁴³.

Finnis sostiene que esta necesidad de apoyarse en un juicio moral no resta objetividad ni racionalidad a la filosofía jurídica: el juicio moral es un juicio racional porque el bien es inteligible, es decir, puede ser aprehendido por la razón. Este no es lugar para exponer el pensamiento de Finnis sobre la racionalidad del bien, pero quizá sí puede hacerse referencia a un argumento que propone este autor y que la respalda: el argumento

⁴⁰ Vid. Finnis, J., "Natural Law... *cit.*", p. 17, nota 35.

⁴¹ Vid. Finnis, J., "History of... *cit.*", p. 468 y "Natural Law... *cit.*", p. 17.

⁴² Vid. Finnis, J., *Ley natural... cit.*, pp. 48-50.

⁴³ Vid. Finnis, J., "Introduction" en Finnis, J. (ed.), *Natural Law... cit.*, vol. II, p. xii y "History of... *cit.*", p. 468.

de la incoherencia pragmática, que Finnis toma de la filosofía griega⁴⁴. Según este argumento, el filósofo que niega que el bien sea inteligible niega que el comportamiento, también su propia afirmación de que el bien no es inteligible, pueda tener sentido. Si el bien no es inteligible, el comportamiento es irracional porque carece de un fin racionalmente atractivo, es decir, de un fin que la inteligencia capte como bueno. Pero el escéptico entiende que su comportamiento en la discusión intelectual tiene sentido, es una aportación a la búsqueda de la verdad. De este modo la verdad es el bien inteligible al que se dirige el comportamiento del escéptico y que le da sentido. Por tanto, el filósofo que sostiene que el bien no es inteligible incurre en una incoherencia pragmática: la incoherencia entre lo que afirma y el hecho de afirmarlo.

V. CONCLUSIÓN

Una de las principales aportaciones de Hart al estudio del Derecho y, en general, de los asuntos humanos, es la defensa del punto de vista interno: sólo desde este punto de vista el comportamiento tiene sentido, de modo que para estudiar el comportamiento es necesario adoptarlo: de otra forma, el filósofo partirá de un presupuesto contrario a su propia finalidad. La filosofía jurídica de Hart, sin embargo, no respeta todas las exigencias de su propio método. Tampoco las respeta el pensamiento de otros filósofos analíticos del Derecho que aceptan la necesidad del punto de vista interno, como Raz. Este autor desarrolla la filosofía de Hart de acuerdo con la tesis esencial de su positivismo: la separación entre moral y Derecho; tesis que constituye, a mi juicio, una *petitio principii* en el pensamiento de estos autores. Porque, al adoptar el método que propone Hart, el filósofo se introduce en el ámbito del razonamiento práctico, de la reflexión sobre el comportamiento. Esta reflexión es racional precisamente porque el comportamiento tiene sentido, y el comportamiento tiene sentido porque se dirige a un fin que la persona capta como apetecible: el bien inteligible. Por eso el razonamiento práctico llega inevitablemente a juicios morales, que son juicios racionales sobre el bien como sentido del comportamiento. Sin embargo, el afán por respetar la tesis de la se-

⁴⁴ *Vid.*, v. g., Platón, *Teeteto*, 171a-171c: "Él [Protágoras], en cambio, habrá de aceptar que su propia opinión es verdadera. Escrito nos lo ha dejado. [...] Por parte de todos, y en primer lugar de Protágoras, surgirá la discusión en este punto; o mejor, será Protágoras el que dé su aprobación, ya que reconoce como verdadera la opinión del que afirma lo contrario. [...] Si, pues, es discutida por todos, la verdad de Protágoras no resulta verdadera para nadie; ni lo es para ningún otro, ni siquiera para él mismo" (trad. de M. Araujo *et alii*, Madrid, Aguilar, 2ª ed., 1991, p. 912).

paración lleva a Hart y a Raz a abandonar en este punto la perspectiva interna y paralizar el razonamiento práctico. Frente a ellos, Finnis atiende a las exigencias del razonamiento práctico en que le sitúa el punto de vista interno sin prejuzgar que para preservar la racionalidad del discurso filosófico se debe evitar todo juicio moral. El carácter racional del juicio moral y, en último término, la inteligibilidad del bien, se comprenden precisamente en el razonamiento práctico, que es donde el bien se capta como razón del comportamiento.



LA METODOLOGÍA DE JOHN FINNIS Y LA GNOSEOLOGÍA TOMISTA: UNA COMPARACIÓN

ELTON SOMENSI DE OLIVEIRA

*Master en Filosofía del Derecho (Universidade Federal
do Rio Grande do Sul, Brasil)
Profesor de Filosofía del Derecho
Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*

I. INTRODUCCIÓN

La propuesta de este estudio es reconstruir, haciendo alusión a nociones de la gnoseología tomista, ciertos puntos principales del argumento de John Finnis sobre la metodología de las ciencias sociales descriptivas¹.

El objetivo es analítico y, a causa de los límites de esta ponencia, buscaré presentar las ideas sin poder profundizarlas o exponer todas sus implicaciones.

Esta investigación está compuesta por dos partes. En la primera, sobre las maneras de actuación del intelecto humano, voy a distinguir el intelecto práctico y el intelecto teórico y después diré que las ciencias sociales descriptivas se encuentran en el ámbito del intelecto teórico, pero se relacionan con el intelecto práctico.

En la segunda parte, aplico la distinción citada a las ciencias sociales descriptivas para analizar la metodología adecuada a tal campo del conocimiento, tratando del punto de vista propio de esas ciencias y después apuntando cómo la falacia naturalista demuestra un equívoco descriptivo.

Por fin, como conclusión del análisis, propongo que el procedimiento metodológico que Finnis denomina como "equilibrio reflexivo"² es una necesidad ante las características de las facultades cognoscitivas humanas.

¹ Ver Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: OUP, 1980. p. 3-22. Finnis, John. *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: OUP, 1998. p. 20-55.

² Ver Finnis, J. *Natural...* p. 17-18.

II. LOS MODOS DE ACTUACIÓN DEL INTELLECTO HUMANO: INTELLECTO PRÁCTICO E INTELLECTO TEÓRICO

El intelecto humano actúa de dos maneras distintas, con lógicas propias, aunque compatibles³. Ninguna de las dos maneras es más racional que la otra. La distinción entre ellas resulta solamente de lo que se está discerniendo⁴.

Denominamos intelecto práctico el acto de la inteligencia cuando discierne lo que es bueno, lo que debe ser buscado⁵. Como tal discernir es un acto (del intelecto práctico), es importante decir que es un proceso que ocurre en una única etapa, sin cualquier inferencia. El resultado de ese discernir es la inclinación hacia el bien, por la percepción de ese bien⁶. Así, se puede afirmar que el objeto exterior, por intermedio de los sentidos externos e internos, es la causa eficiente del acto del intelecto práctico⁷.

Por esa razón, se habla que el conocimiento intelectual práctico es siempre un conocimiento particular, de la circunstancia concreta en que se inserta el sujeto que conoce⁸. Utilizando el lenguaje de Finnis, tal conocimiento particular, la verdad práctica, es el conocimiento de lo que "es para ser". Un conocimiento que, por sí mismo, denota inclinación; como es evidente y se percibe en la estructura lingüística que lo designa⁹. Así, puede provocar la actuación del apetito racional (voluntad, cuyo objeto es el bien), o sea, provocar el actuar humano¹⁰.

Por otro lado, llamamos intelecto teórico al acto de la inteligencia al discernir lo que ocurre de hecho. El resultado exitoso de ese discernir se llama verdad (teórica). Recordando, nuevamente, el lenguaje de Finnis, es el conocimiento de lo que es, del "ser". Un conocimiento, por tanto, que no denota inclinación y, por sí mismo, no provoca la actuación del apetito racional (voluntad)¹¹.

Además, el conocimiento de las ciencias sociales descriptivas es un conocimiento teórico, o sea, que resulta de la actuación del intelecto teórico, por eso científico, descriptivo. Entre tanto, en la medida en que trata de la acción humana (aquí se habla sólo del acto propiamente

³ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 33-34.

⁴ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 34.

⁵ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 34.

⁶ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 34.

⁷ Ver Rüppel, E. *A captação da realidade segundo S. Tomás de Aquino*. Braga: Livraria Cruz, 1974. p. 25-26, 44, 49-75.

⁸ Ver Rüppel, E. *A captação...* p. 56-57, 69-71.

⁹ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 42 e Finnis, J. *Aquinas...* p. 38.

¹⁰ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 39-42.

¹¹ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 42-48.

humano, o sea, racional), está relacionado con la razón práctica, ya que la descripción de la acción humana, demanda describir su principio, que es el intelecto práctico. Así, el “ser” reflejado por las ciencias sociales descriptivas es el bien humano, o sea, las ciencias sociales descriptivas describen lo que “es para ser”¹².

De eso se nota la necesidad del punto de vista interno, como punto de vista adecuado a las ciencias sociales descriptivas. Sólo a partir de tal enfoque se hace posible la descripción del actuar considerando el bien, pues el bien está presente en la intencionalidad del sujeto que actúa; el cual actúa en la medida en que percibe los bienes¹³.

III. EL LUGAR DE LAS CIENCIAS SOCIALES DESCRIPTIVAS

Pero podemos ir más allá de eso. Como la descripción de la acción es la descripción del “es para ser”, que tiene como objeto el bien humano, eso determina que una descripción plena de la acción sólo ocurre cuando es capaz de demostrar la plenitud del ser de la acción humana, lo que demanda la descripción de cada uno de los bienes que se hacen presentes en ese actuar, y por lo tanto, exige la consideración del bien humano a que Finnis denomina “razonabilidad práctica”¹⁴.

Ese bien, “razonabilidad práctica”, es el bien relativo al actuar del sujeto que conoce. O sea, es un bien que el intelecto teórico reflexivamente constata en el sujeto que conoce al verificar que éste está inclinado a tener un orden, una corrección, en su propio actuar. En otras palabras, la “razonabilidad práctica” es el bien del actuar¹⁵.

Eso significa que el sujeto que conoce está inclinado a buscar un orden en la realización de los demás bienes que él percibe. Se establece, de ese modo, en cada circunstancia, un parámetro de realización de los bienes que son percibidos en el actuar. El parámetro universal se denomina principio supremo de la razonabilidad práctica o principio supremo de la moral y, a cada una de las directivas de actuación, que son responsables por constituir el campo de la moralidad, Finnis denomina “exigencias básicas de la razonabilidad práctica” o principios intermediarios de la moral¹⁶.

Por lo tanto, la moralidad está estrictamente vinculada al intelecto práctico y manifiesta la plenitud de la razón práctica. Por eso, una descripción plena del actuar humano no puede ser alcanzada con una mera

¹² Ver Finnis, J. *Natural...* p. 15-18, 33-36.

¹³ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 7-9.

¹⁴ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 88-89, 100-103.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

referencia al punto de vista interno, sino que, como diría Finnis, sólo se realiza desde el punto de vista moral, entendido como la perspectiva del sujeto (que conoce) dedicado a ser plenamente razonable¹⁷.

El "ser" y el bien son análogos, pero la plenitud de la analogía sólo ocurre cuando se comprende que el campo del intelecto teórico también abarca el "deber ser". Descriptivamente, la expresión "deber ser", en el campo de las ciencias sociales, designa la reflexión del intelecto (teórico) sobre la inclinación del sujeto (que conoce) por la actuación del bien humano "razonabilidad práctica", o sea, expresa el ámbito moral.

Propongo, para aclarar algo más, una explicación que, debo admitir, tiene un mayor rigor lingüístico que el notado en el uso actual del lenguaje: la transposición para el ámbito especulativo (intelecto teórico) del "ser", conforme se percibe por el intelecto práctico, demanda una doble designación. Hablando del bien práctico simpliciter, se utiliza la expresión "es para ser" y, de ese modo, se designa la actuación humana en función de su inclinación hacia el bien, propio del conocimiento práctico. Con todo, hablando del bien moral, aunque se utilice también la expresión "es para ser", se debe usar, con mayor precisión, la expresión "deber ser", designando la inclinación para realizar el orden en el actuar que es exigida por el bien humano "razonabilidad práctica".

Con eso, creo que se puede entender la imposibilidad, afirmada por Finnis, del pasaje del ser al deber ser, o sea, la imposibilidad de fundamentar una conclusión moral (valorativa) con base en premisas fácticas (no valorativas) o, más específicamente, con fundamento en la naturaleza humana¹⁸.

Por eso, tanto el "ser" como el "deber ser" son categorías teóricas, respectivamente, descriptiva y prescriptiva. Teóricamente, el pasaje del "ser" al "deber ser" es posible, pero sólo se justifica en lo que se refiere a bienes ("es para ser") y, especialmente, al bien "razonabilidad práctica". Sólo es posible determinar que algo "debe ser" cuando se describe la naturaleza humana en su actuar inclinado hacia los bienes humanos e indicando que uno de esos bienes humanos demanda una ordenación para el actuar, o mejor, inclina al sujeto que conoce a un parámetro de actuación que, de cierta manera, auto-regula tal inclinación.

La imposibilidad de fundamentar en la naturaleza humana tal vez sea mejor percibida cuando se observa que aquellos que pretendiesen fundamentar el actuar humano en la naturaleza humana sólo lograrían éxito si la propia noción de "naturaleza humana" presentase un elemento valorativo. Y eso significaría decir que la noción de naturaleza humana

¹⁷ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 17-18.

¹⁸ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 33-42.

poseería un criterio para los bienes humanos y, de esa manera, sólo podría ser concebida a partir de la reflexión sobre el actuar humano. Sin embargo, eso significaría atribuir a la naturaleza humana elementos que no son propiamente de la naturaleza humana, ya que los bienes humanos no son constitutivos del ser humano, solamente están en el sujeto que conoce como especies sensibles que generan el conocimiento¹⁹.

IV. CONCLUSIÓN

Por fin, concluyendo, buscaré recordar el procedimiento metodológico al que Finnis denomina “equilibrio reflexivo”²⁰. Creo que ese es un aspecto central de su propuesta metodológica que se compagina perfectamente con la explicación tomista de las facultades cognitivas humanas: al expresar teóricamente la relación entre la cogitativa y el intelecto²¹.

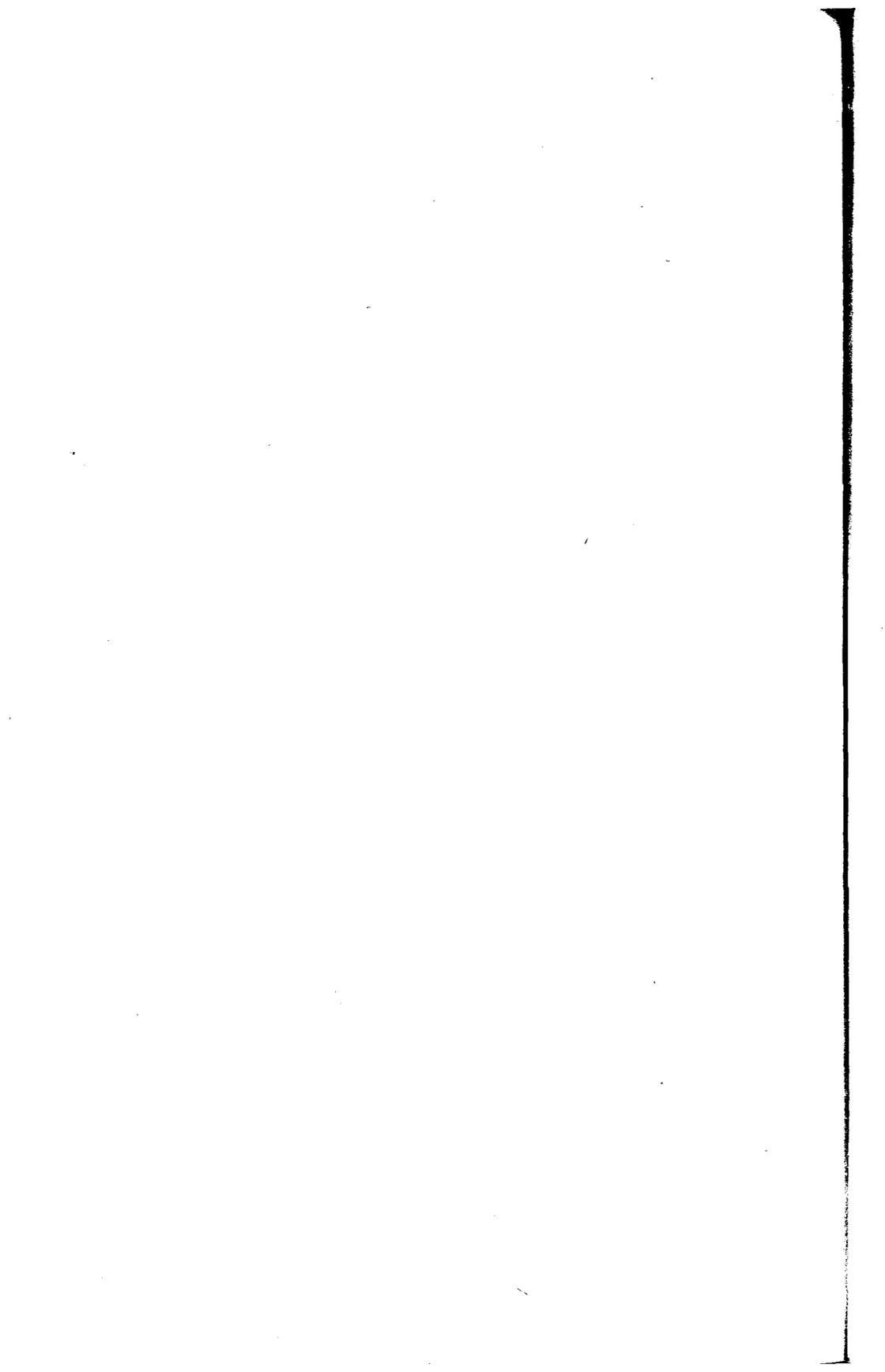
Cabe al “equilibrio reflexivo” la función de garantizar que no habrá equívocos en el proceso de construcción de la teoría descriptiva, o sea, en el proceso de abstracción. Primero, debido a una constante remisión a la necesidad de retomar datos de la experiencia (lo particular), evitando el deduccionismo y los equívocos de percepción. Segundo, al afirmar la importancia de la construcción de las ideas (lo universal) en el perfeccionamiento y profundización de los juicios sobre tal área, evitando el escepticismo y el relativismo²².

¹⁹ Ver Aquino, Tomás de. *Summa Theologiae* I, q. 87 a. 1 ad 3; *Summa Theologiae* I, q. 81 a. 3; *De Veritate* q. 25, a. 1 c.

²⁰ Ver Finnis, J. *Natural...* p. 17-18.

²¹ Ver Aquino, T. *De Veritate* q. 10, a. 5.

²² Ver Finnis, J. *Natural...* p. 16-18.



LA HERMENÉUTICA COMO MODO DE PENSAR JURÍDICO. NOTAS DESDE EL IUSNATURALISMO A LA DOCTRINA DE H. G. GADAMER

FELIPE WIDOW LIRA

*Profesor de Derecho Natural
Pontificia Universidad Católica de Chile*

I. INTRODUCCIÓN

Claramente ni el concepto de hermenéutica ni su importancia estructural y metodológica son un fenómeno contemporáneo. Desde siempre el pensar hermenéutico ha tenido una significativa participación en los más variados sistemas filosóficos y científicos. Ya en los presocráticos encontramos ejemplos clarísimos de la existencia e importancia del pensar hermenéutico, y lo mismo podemos decir de maestros como Sócrates y Platón, cuyas respectivas mayéutica y dialéctica sin duda constituyen modos hermenéuticos de reflexión y aproximación al conocimiento. En Aristóteles la referencia es expresa con su *Peri Hermeneias*, y así, en todo el resto del pensamiento occidental la hermenéutica ha ocupado siempre un lugar visible (aunque no siempre comprendido y apreciado) en la estructura del conocimiento.

Sin embargo, al leer referencias a Schleiermacher, Dilthey, Betti o Gadamer, entre otros muchos, da la impresión de que fueran ellos los creadores del concepto. Leer de Gadamer que es el padre de la hermenéutica y de Schleiermacher y Dilthey que son sus antecesores es una cosa no poco usual. Lo mismo respecto de Betti y la hermenéutica jurídica. No obstante la aparente contradicción, atribuir tal paternidad a estos pensadores del XIX y el XX no es completamente equívoco: es que si bien la hermenéutica como elemento constitutivo del comprender es tan vieja como la inquietud intelectual del hombre, nunca antes había sido concebida como el elemento central y configurador de toda la actividad

cognoscitiva, es decir, nunca antes había sido concebida como *sistema filosófico*.

Ahora bien, al procurar la comprensión de la hermenéutica en este último sentido es preciso situarla en el contexto en el cual irrumpe como tal sistema, porque sin duda —y es este un modo hermenéutico de comprender la hermenéutica— sólo toma sentido la afirmación del pensar hermenéutico como configurador de toda la comprensión humana, en tanto se la entiende en sus raíces filosóficas modernas y dada históricamente precisamente en el momento en que tales raíces hacen su más grave crisis.

Así, para arribar finalmente a Gadamer hay que remontarse a un lejano Descartes, quien con su duda metódica produce —sin duda inconscientemente— la más grande de las revoluciones que ha sufrido la filosofía en su historia: la traslación del centro de gravedad desde el objeto al sujeto. Desde entonces ya no será el problema metafísico el fundante de toda la reflexión filosófica sino, muy por el contrario, el problema gnoseológico: hay que dar razón del conocimiento, y sólo a partir de él podremos aproximarnos a la realidad.

Las consecuencias de tal revolución habían de ser gravísimas. El idealismo hegeliano es quizá el ejemplo más significativo: finalmente el sujeto queda encerrado en sí mismo y se torna absolutamente imposible dar razón de una realidad objetiva. Cae así la filosofía en una demoleadora contradicción vital, por la cual cada uno de nuestros actos propiamente humanos repugna al dictamen de la razón. No hay coherencia posible entre la explicación filosófica y la experiencia vital de lo humano.

En esta circunstancia la reacción no podía hacerse esperar y surge el grito potente y desesperado del vitalismo de Nietzsche; el retorno a la intimidad de la existencia de Kierkegaard y Heidegger; el vano intento metafísico de la fenomenología de Husserl; y la constatación empírica del elemento hermenéutico de nuestro conocer, con Gadamer.

Sin embargo, detrás de todos ellos —idealistas y post-idealistas— se situaba Immanuel Kant, en cuyo pensamiento encontramos finalmente el sentido de toda la discusión filosófica moderna y contemporánea. Es que es Kant, y sólo Kant, quien da razón y profundidad filosófica a aquella revolución iniciada por el matemático Descartes. La afirmación de la existencia y necesidad de *categorías a priori* que permiten explicar el conocimiento, tanto en el nivel de la sensibilidad como en el del entendimiento, supone quebrar aquel principio gnoseológico fundamental de que el sujeto es receptivo y en consecuencia pasivo frente a la actividad del objeto que se le presenta a sus facultades cognoscitivas. Tales categorías nos imponen reconocer en el objeto una subordinación respecto del sujeto, ya que es este último el que, en la medida de sus categorías, determina de algún modo el ser de la cosa extramental.

El camino que media entre Kant y la hermenéutica es largo y pedregoso, mas finalmente Gadamer se enfrentará al mismo problema que todos los que intentan reaccionar contra el idealismo sin superar la carga que les ha dejado el maestro de Königsberg: ¿Cómo sacar al sujeto de su aislamiento y hacerlo partícipe de la realidad extramental? ¿Cómo romper la subjetividad impuesta a toda doctrina epistemológica y teoría del conocimiento? ¿Cómo salvar la necesaria distinción y distancia entre el objeto y el sujeto del comprender?

II. LÍNEAS GENERALES DE LA GNOSEOLOGÍA GADAMERIANA

En su obra fundamental, *Verdad y Método*, y comentando el pensamiento de uno de sus más importantes antecesores –Dilthey–, Gadamer deja clarísima la necesidad de asumir esa distancia si se quiere ver el verdadero alcance del problema hermenéutico:

“El problema epistemológico debe plantearse aquí de una forma fundamentalmente diferente. Ya vimos más arriba que Dilthey comprendió esto, pero que no fue capaz de superar las ataduras que lo fijaban a la teoría del conocimiento tradicional. Su punto de partida, la interiorización de las ‘vivencias’, no podía tender el puente hacia las realidades históricas, porque las grandes realidades históricas, sociedad y estado, son siempre en realidad determinantes previos de toda ‘vivencia’. La autorreflexión y la autobiografía –los puntos de partida de Dilthey– no son hechos primarios y no bastan como base para el problema hermenéutico porque han sido reprivatizados por la historia. En realidad no es la historia la que nos pertenece, sino que somos nosotros los que pertenecemos a ella. Mucho antes de que nosotros nos comprendamos a nosotros mismos en la reflexión, nos estamos comprendiendo ya de una manera autoevidente en la familia, la sociedad y el estado en que vivimos. La lente de la subjetividad es un espejo deformante. La autorreflexión del individuo no es más que una chispa en la corriente cerrada de la vida histórica. Por eso los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser”¹.

En las primeras líneas de este párrafo aparece con toda evidencia la conciencia que tenía Gadamer del problema gnoseológico moderno. Es más, lo señala de un modo expreso: “(Dilthey) no fue capaz de superar las ataduras que lo fijaban a la teoría del conocimiento tradicional”. Y el problema, señala, pasa precisamente por la incapacidad del autor comentado para distinguir entre la realidad que se conoce considerada en sí misma, respecto de la misma realidad pero en cuanto *vivencia*. Es

¹ Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Ediciones Sígueme, Cuarta Edición, Salamanca, 1991, p. 344.

por esto que la labor hermenéutica no puede reducirse a una labor de auto-comprensión, como si en nosotros pudiésemos encontrar la razón de sentido de toda realidad, sino que debe comenzar por la constatación de que el cognoscente está *puesto* en una realidad que existe y tiene sentido con independencia de su conocimiento

Es esto lo que sostiene Gadamer cuando afirma que “no es la historia la que nos pertenece, sino que somos nosotros los que pertenecemos a ella”, que en términos heideggerianos, de los cuales Gadamer es deudor, podríamos expresar diciendo que no es el mundo el que adquiere sentido y existe en nuestro conocimiento, sino este último el que, como todo el sujeto, *es en el mundo*.

La herencia kantiana, sin embargo, no desaparece del todo en Gadamer, como no lo había hecho en Heidegger, y esto también queda en evidencia en el texto citado: “los prejuicios de un individuo son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser”. Es que nuestro autor se va a intentar equilibrar en un hilo delgadísimo que intenta conciliar la subjetividad del intérprete —el cognoscente— con la objetividad del texto interpretado —es decir, de la realidad misma—.

La cuestión que plantea a la gnoseología la subjetividad del cognoscente es un problema de índole cuasi dramática en los filósofos contemporáneos que intentan alejarse del idealismo. El caso de la hermenéutica no es distinto, y todo el planteamiento gnoseológico hermenéutico se va a mover en la línea de la conciliación entre estos dos extremos relativos que no hay que fundir ni aislar el uno del otro: el intérprete y el texto.

1. LINGÜÍSTICIDAD DE LA COMPRENSIÓN

Para entender claramente en qué dimensión se plantea este problema, es necesario partir de un elemento esencial de la gnoseología hermenéutica: la ‘lingüísticidad’².

Por tal debemos entender el hecho de que todo acto de comprensión está mediado por el lenguaje. Cada vez que aprehendemos algo racionalmente, de alguna forma lo que estamos haciendo es *leer un texto*. Mas el lenguaje no es algo que goce de contenido intrínseco, sino que se constituye en *signo*, es decir, algo que nos refiere a un determinado significado sin que en el signo mismo se halle propiamente aquello que se quiere significar. El problema, entonces, es que hace falta dotar al signo de un determinado significado, y esto lo hacen los sujetos, no los objetos. En otras palabras, no es la mesa la que determina qué sea lo significado

² Vid. Hans-Georg Gadamer. *Ibid.*, pp. 461-585. Manuel Calvo García. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pp. 179-190.

por la voz *mesa* sino aquél que la conoce y la designa. El problema se plantea cuando se advierte que ese mismo conocimiento y designación está en dependencia del lenguaje mediante el cual se conoce, ya sea que se conozca la mesa con el mismo signo *mesa*, recibido de una determinada tradición, o que al signo se le atribuya un sentido originario en el contexto de esa u otra cualquiera tradición. Más intrincada aún se torna la cuestión si consideramos que aquella tradición que dota de significado a un determinado signo pueda cambiar, sin que cambie la realidad *mesa*.

El problema, que tal como se ha expuesto en las líneas previas parece excesivamente complejo, no es otro que el de la fusión de un sujeto, una tradición, un texto y un contexto, en un solo momento y acto: el de la comprensión.

Gadamer procurará resolver los nudos de tan intrincada madeja distinguiendo con claridad la realidad reflejada en el texto respecto del intérprete, de tal modo que si bien este último se encuentra condicionado en su subjetividad por la tradición que le entregan los instrumentos de comprensión, aquella realidad histórica que comprende se encuentra en independencia efectiva respecto de la misma tradición interpretativa³, de tal modo que el sentido real de la cosa comprendida va más allá de la interpretación y la tradición interpretativa, lo que tiene como consecuencia que nunca se puede afirmar que una determinada interpretación sea la definitiva y absoluta. De aquí que a Gadamer le parezca que es necesario integrar el mismo dato de la subjetividad como elemento constitutivo de la interpretación, ya que permitirá hacer al intérprete consciente de sus propias pre-comprensiones y de este modo hacerlo capaz de discriminar entre aquellas que lo mueven a error y las que, en cuanto constitutivos esenciales de la tradición y momento histórico al que se pertenece, no hacen sino situar una determinada comprensión en un contexto definido. A esto se refiere cuando afirma que "también la subjetividad humana posee validez óptica. En consecuencia debe ser considerada también como 'fenómeno', es decir, también ella debe ser investigada en toda la variedad de sus modos de estar dada"⁴. Es más, la dimensión propiamente ontológica de la subjetividad es la de su temporalidad:

"Es la falta de una base ontológica propia de la subjetividad trascendental, que ya Heidegger había reprochado a la fenomenología de Husserl, lo que parece

³ "El mundo histórico no es un nexo vivencial, al modo como por ejemplo se representa la historia para la interioridad de la subjetividad en la autobiografía. En definitiva, el nexo histórico tiene que entenderse como un nexo de sentido que supera fundamentalmente el horizonte vivencial del individuo. Es como un gran texto extraño que la hermenéutica debe ayudar a descifrar". Hans-Georg Gadamer. *Op. cit.*, p. 600.

⁴ *Ibid.*, p. 308.

quedar superado en la resurrección del problema del ser. Lo que el ser significa debe ahora determinarse desde el horizonte del tiempo. La estructura de la temporalidad aparece así como la determinación ontológica de la subjetividad. Pero es algo más. La tesis de Heidegger es que el ser mismo es tiempo. Con esto se rompe todo el subjetivismo de la nueva filosofía, incluso, como se verá más tarde, todo el horizonte de problemas de la metafísica, encerrado en el ser como lo presente.⁵

Es que la comprensión del sujeto, sostendrá Gadamer siguiendo a Heidegger, se constituye en un *círculo hermenéutico* que tiene tal carácter ontológico que saca al intérprete de su subjetividad y lo pone en la situación relativa y dependiente de su comunidad y tradición determinadas.

Esta situación constitutiva del comprender no es por definición ni subjetiva ni objetiva, sino que se configura en el texto mismo, que en cuanto manifestación de lenguaje corresponde al sujeto, y en cuanto significante de una realidad está fuera del mismo. Este *círculo hermenéutico* se genera en el mismo acto de comprender y supone una *anticipación de sentido* por la cual en la mismísima primera aproximación del sujeto a la realidad ya hay una serie de supuestos o *pre-comprensiones* de la misma, sin los cuales no podría ser siquiera puesto en marcha el proceso de la comprensión. Lo fundamental es que frente a esta situación cognoscitiva no se debe caer en ninguno de los dos extremos posibles: quedarse en la primera impresión o pretender liberarse completamente de los *pre-conceptos* o *prejuicios*.

De este modo, aparece en nuestro autor una nueva noción que va a hacer de fundamento intrínseco de su construcción epistemológica: los *prejuicios legítimos*⁶.

Es éste el concepto esencial que nos permite comprender la inevitable subjetividad del cognoscente, quien no puede sino comprender a partir de una serie de *prejuicios* que están presentes implícitamente, casi todos ellos, en el mismo lenguaje que utiliza. Es que leer (en el sentido amplísimo del término) es siempre traducir y nunca la nuestra será ni la primera ni la última lectura. Así, somos deudores de sentido respecto de quienes interpretaron antes que nosotros, y dadores de sentido en relación con quienes nos sucederán. En este contexto, prejuicio es todo juicio que no es originario del mismo acto de comprensión en el cual se presenta.

Ahora bien, al intérprete, encerrado en esta inevitable subjetividad, le corresponde distinguir, discriminar o separar aquellos prejuicios que son

⁵ *Ibid.*, p. 322.

⁶ "Si se quiere hacer justicia al modo de ser finito e histórico del hombre es necesario llevar a cabo una drástica rehabilitación del concepto del prejuicio y reconocer que existen prejuicios legítimos". *Ibid.*, p. 344.

válidos para una determinada comprensión de los que la dificultan, y el criterio que debe usar para tal distinción no es ya un criterio subjetivo sino uno objetivo, que es el texto mismo⁷.

En efecto, un texto determinado puede tener la capacidad de rechazar ciertos prejuicios en tanto tenga su fundamento ontológico en una realidad efectivamente distinta del sujeto. Por tanto, teniendo en cuenta que el lenguaje que conforma al texto existe en cierto modo sólo en los sujetos cognoscentes, entonces, para salvar la necesaria objetividad de la comprensión, hace falta entender al sujeto en aquella particular dimensión heideggeriana del ser-ahí:

“El que el estar ahí se pregunte por su ser, y el que se distinga de todo otro ente por su comprensión del ser, esto no representa, como parece en ‘Ser y Tiempo’, el fundamento último del que debe partir un planteamiento trascendental. El fundamento que aquí está en cuestión, el que hace posible toda comprensión del ser, es uno muy distinto, es el hecho mismo de que exista un ‘ahí’, un claro en el ser, esto es, la diferencia entre ente y ser”⁸.

Es, entonces y en definitiva, la ontología de la existencia —en la cual descubre Gadamer el gran aporte de su maestro— la que permite dar razón de este difícil equilibrio entre la subjetividad del intérprete y la objetividad del texto.

2. HISTORICIDAD DEL PENSAMIENTO

Sin duda que junto a esta noción de lingüisticidad, que permite explicar la unidad de sujeto y objeto en el texto sin que se diluya la distancia entre ambos términos de la relación cognoscitiva, el segundo elemento más importante en la comprensión de la hermenéutica gadameriana es el de la historicidad del pensamiento. En realidad, ya en la explicación misma del elemento anterior aparece la necesidad de este último⁹:

⁷ “El que intenta comprender un texto tiene también que mantener a distancia algunas cosas, todo lo que intenta hacerse valer como expectativa de sentido desde los propios prejuicios, desde el momento mismo en que el sentido del texto lo rechaza” *Ibid.*, p. 557.

⁸ *Ibid.*, p. 322.

⁹ “El círculo no es, pues, de naturaleza formal; no es subjetivo ni objetivo, sino que describe la comprensión como la interpenetración del movimiento de la tradición y del movimiento del intérprete. La anticipación de sentido que guía nuestra comprensión de un texto no es un acto de la subjetividad sino que se determina desde la comunidad que nos une con la tradición. Pero en nuestra relación con la tradición, esta comunidad está sometida a un proceso de continua formación. No es simplemente un presupuesto bajo el que nos encontramos siempre, sino que nosotros mismos la instauramos en cuanto que comprendemos, participamos del acontecer de la tradición y continuamos determinándolo así desde nosotros mismos. El círculo de la comprensión no es en este sentido un círculo «metodológico» sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión”. *Ibid.*, p. 363.

El solo hecho de que el lenguaje nos saque de un ámbito de pura subjetividad y nos haga depender de una determinada comunidad a la cual pertenece una tradición específica, nos refiere a aquella condición esencial de toda comunidad humana y, de un modo aún más claro, de toda tradición. Tradición es aquella herencia que hemos recibido del pasado no al modo de la historia decimonónica, que aspiraba a entregarnos un determinado pasado cual fósil que se obtiene sin agregarle nada del presente; ni tampoco al modo como se reciben las cosas materiales, cuyo ser está circunscrito a ese mismo presente. Tradición es la herencia del pasado que se *hace vivo* en el presente. Tradición son la lengua, la religión, la filosofía. Tradición es toda la cultura de una nación o comunidad. Tradición, en definitiva, es el ser histórico que no *fue*, sino que *está siendo*.

En consecuencia, todo lo que es propiamente humano, es decir todo aquello que pertenece de un modo propio al ámbito de las facultades superiores: inteligencia y voluntad, está indefectiblemente rodeado, condicionado y determinado (con límites) por la tradición. En otras palabras, el mismo ser del hombre en aquello que lo distingue de los demás seres, es un ser esencialmente histórico.

La comprensión, por consiguiente, como dimensión distintiva y exclusiva del hombre no puede escapar a esta condición histórica:

“La referencia del texto no se puede comparar, según esto, con un punto de vista fijo, inamovible y obstinado, que sólo planteara al que intenta comprenderlo la cuestión única de cómo ha podido el otro llegar a una opinión tan absurda. En este sentido la comprensión no es seguramente una «comprensión histórica» que reconstruya la génesis del texto. Lo que no entiende es que está comprendiendo el texto mismo. Pero esto quiere decir que en la resurrección del sentido del texto se encuentran ya siempre implicadas las ideas propias del intérprete. El horizonte de éste resulta de este modo siempre determinante, pero tampoco él puede entenderse a su vez como un punto de vista propio que se mantiene o impone, sino más bien como una opinión y posibilidad que uno pone en juego y que ayudará a apropiarse de verdad lo que dice el texto”¹⁰.

Es decir, la historicidad de la comprensión no dice simplemente relación con el hecho de ser el hombre sujeto histórico en el sentido de ser parte de una línea que lo precede y sucede temporalmente, sino con la necesaria conciencia de que el acto comprensivo se da en un *momento histórico* y que la comprensión misma no es independiente de ese momento, a tal punto que la misma posibilidad de *verdad* del conocimiento sólo es real en tanto se admite la limitación temporal intrínseca del acto cognoscitivo.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 466-467.

En otras palabras, la lingüística en la cual se fundamenta la comprensión presupone la historicidad de la misma, y esta historicidad sólo se da en el ámbito de la lingüística, que es configuradora de la dimensión propiamente humana.

Este carácter esencialmente histórico de todo fenómeno lingüístico, lo pone constantemente en evidencia Gadamer en sus escritos:

“Con esto el fenómeno hermenéutico se muestra como un caso especial de la relación general entre pensar y hablar, cuya enigmática intimidad motiva la ocultación del lenguaje en el pensamiento. Igual que la conversación, la interpretación es un círculo encerrado en la dialéctica de pregunta y respuesta. Es una verdadera relación vital histórica, que se realiza en el medio del lenguaje y que también en el caso de la interpretación de textos podemos denominar «conversación». La lingüística de la comprensión es la concreción de la conciencia de la historia efectual”¹¹.

Esta última frase nos parece definitiva respecto del tema que tratamos: la lingüística, nos dice Gadamer, no es otra cosa que la historicidad misma presente en la conciencia del sujeto. Cada concepto, juicio, apreciación o idea están constituidos a partir de un determinado lenguaje que tiene una fortísima carga histórica. Desconocer esto significa negar la influencia de la comunidad y la tradición en el sujeto, y, en definitiva, encerrar al mismo en su propia subjetividad.

III. HERMENÉUTICA Y CIENCIA JURÍDICA

1. LA SINGULARIDAD DEL OBJETO DE LA CIENCIA JURÍDICA

Como hemos visto, la teoría gnoseológica hermenéutica abre la ventana a la comprensión de un aspecto del conocimiento muchas veces ignorado por quienes se entienden deudores de la filosofía realista tradicional, como es la necesaria subjetividad que se sigue del hecho de la historicidad de la vida humana y del carácter aspectual del conocimiento que en un momento histórico determinado se pueda dar. Sin duda que las intuiciones de Dilthey, Gadamer o Ricoeur constituyen un avance extremadamente importante en la comprensión del ser temporal de la intención cognoscitiva en la cual se unen el sujeto y el objeto, el cognoscente y lo conocido, la inteligencia y la cosa.

Sin embargo, no es menos cierto que las líneas de solución que estos autores plantean para los problemas que este mismo avance epistemo-

¹¹ *Ibid.*, pp. 467-468.

lógico presenta sugieren una serie de objeciones, particularmente por aquellas fuentes kantianas de su pensamiento, que por momentos impiden ver claramente el punto de distinción entre los dos extremos de la relación cognoscitiva. Así, hay puntos de la argumentación hermenéutica en que pareciera que ese carácter histórico y aspectual del conocimiento considerado en el sujeto, se trasladara al mismo objeto, y no pudiéramos ya reconocer una 'cosa' necesaria y atemporal. Resulta difícil, llegados a determinados puntos, conciliar la estructura hermenéutica del comprender con las certezas de índole metafísica que hacen falta desde luego para la filosofía, pero también para todas las demás ciencias. Es que aquella *seguridad en el juicio* que constituye la certeza fundante de todo conocimiento causal —es decir, científico— podría quedar reducida, si se sigue la lógica estrictamente hermenéutica, a una certeza puramente moral y, en consecuencia, histórica.

Estas objeciones, sin embargo, se disipan en cierta medida cuando nos referimos a la ciencia del derecho. Evidentemente las objeciones no se esfuman totalmente, porque no escapa la ciencia del derecho, ni ninguna otra ciencia, a la necesidad de tener un fundamento sólido en ciertas certezas metafísicas. Sin la seguridad absoluta en el juicio metafísico de que *nada puede ser y no ser a la vez y bajo el mismo respecto*, no es posible ni la ciencia del derecho ni ninguna otra. Es más, la negación de tal principio sólo conduce a la imposición de la absoluta irracionalidad y se hace imposible todo conocimiento.

Respecto del conocimiento de este *principio de no contradicción*, como se le ha llamado tradicionalmente, y respecto del conocimiento de otras muchas certezas metafísicas, una hermenéutica cerrada siempre andará a los tropezones, y sólo conseguirá librarse de la caída con el recurso a principios extremadamente cercanos a los *a priori* kantianos, donde otra vez volvemos sobre el problema de la distinción entre sujeto y objeto...

No obstante lo anterior, podemos insistir en que buena parte de estos problemas desaparecen respecto del objeto propio de la ciencia del derecho, ya que buena parte de este objeto carece de aquella necesidad que parece difícil de fundamentar desde una perspectiva hermenéutica. Y es que el derecho (la ciencia del) es una ciencia eminentemente práctica. El profesor Martínez Doral ofrece gran claridad respecto de este punto: "su objeto (el de las ciencias prácticas) es un 'operable', algo que todavía no ha sido *hic et nunc* y a lo cual debe darse forma, algo que está aún por realizar o en lo que la idea de realización interviene de manera decisiva"¹².

¹² José María Martínez Doral. *La estructura del conocimiento jurídico*. Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, pp. 15-16.

Hace referencia el autor, en estas líneas, a la clásica distinción de las dos dimensiones del entendimiento: especulativa y práctica. La primera, tal como lo indica su nombre —que proviene de *speculum*: espejo— dice relación con la inteligencia en cuanto refleja en sí misma la realidad tal cual es, presentándose esta última, en consecuencia, de un modo necesario, donde no cabe intervención constitutiva de la misma inteligencia respecto de su objeto. Éste simplemente es o no es, y el entendimiento, en consecuencia, debe única y exclusivamente asimilarse —en el sentido más propio de la palabra, de constituirse en símil o semejanza— al ser de la cosa en cuanto es, y al no ser en su relación con el ser, como potencia o privación.

El entendimiento práctico, en tanto, es una dimensión de nuestra inteligencia referida a un objeto que no es del todo independiente en su ser de la misma inteligencia, ya que ella interviene de algún modo en la constitución de la realidad que entiende. Esta realidad se refiere a las *acciones contingentes* u *operables*, que son precisamente las acciones humanas que nuestra inteligencia entiende en cuanto *realizables*, y que por tanto no se presentan a ella como necesarias, sino, ya el nombre lo dice, como contingentes, es decir, como algo que puede ser o no ser.

Toda ciencia, por el solo hecho de serlo, es formalmente especulativa. Sin embargo, podemos hacer entre las distintas disciplinas científicas una distinción relativa a su objeto material, de tal modo que habrá ciertas ciencias especulativas en cuanto su objeto sea en sí mismo necesario, y otras prácticas, en cuanto tengan por objeto acciones contingentes u operables.

Que el objeto de la ciencia del derecho son *acciones contingentes* u *operables*, se evidencia con total claridad si se abandonan ciertos prejuicios racionalistas o positivistas que pretendían reducir la realidad jurídica a un orden preciso y específico dado en una sociedad concreta o, peor aún, simplemente a un conjunto de normas. Una definición del derecho que creemos esclarecedora respecto de este punto es la del gran catedrático español Álvaro d'Ors, quien sostenía que derecho es "aquello que aprueban los jueces"¹³. Aunque el modo lógico de formular tal definición nos pueda parecer discutible, su sentido en el contexto del pensamiento orsiano merece nuestra total adhesión. En lo que respecta a nuestro problema, claramente esta definición pone de relieve esa particular condición del derecho de ser un ente que está permanentemente adquiriendo el ser, una *realidad realizándose* constantemente¹⁴.

¹³ Álvaro d'Ors. *Una introducción al estudio del derecho*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, tercera edición, Valparaíso, 1989, p. 24.

¹⁴ También en este punto encontramos el apoyo de Martínez Doral: "El objeto del conocimiento jurídico es por cierto, un operable, jamás una realidad simplemente especulable; no algo

Por ello, pretender para la ciencia del derecho un objeto absolutamente necesario y universal no es sino desconocer la esencia misma del objeto de tal ciencia, lo cual significa condenarla inevitablemente al fracaso en su labor científica. Es que no es posible hacer ciencia del derecho cual si se tratase de metafísica o teología sobrenatural (lo cual no significa en absoluto que pretendamos afirmar que la metafísica y la teología nada pueden decir del objeto del derecho, ni menos aún que sus juicios en esta materia no deban ser directivos respecto de una ciencia de objeto subordinado como el derecho¹⁵, pero claramente cuando se hace metafísica no se hace ciencia del derecho, ni cuando se hace esta última se hace metafísica). Otra vez, en este punto, el autor citado ofrece una claridad meridiana: "Una ciencia que se propone analizar teóricamente un objeto realizable, haciendo abstracción absoluta de toda idea de realización, no conseguiría por eso mismo ser una ciencia práctica"¹⁶.

La consecuencia de tal pretensión puede ser doble: o se confunde la metafísica con el derecho, lo que indica que se está incapacitado para ambas, o se asume una posición de raíz netamente ideológica, por la cual la ciencia del derecho pierde su carácter propiamente científico, ya que se pierde de vista la realidad que se busca comprender y, muy por el contrario, se intenta imponer a la realidad un sistema de ideas que es un constructo mental independiente respecto de la realidad misma.

Ahora bien, ¿qué puede tener esto que ver con nuestro tema, el de la hermenéutica como modo de pensar jurídico?

La respuesta la encontramos en las objeciones que formulábamos a la estructura del conocimiento propuesta por los pensadores 'hermenéuticos'. Es que estas objeciones se centraban esencialmente en el problema de la fundamentación de la razón de necesidad de que goza buena parte del conocimiento intelectual, necesidad ante la que la hermenéutica tropie-

que ya es, que está ahí y puede ser objeto de nuestra contemplación, sino algo que todavía no es, que aún no ha sido realizado en su existencia concreta y que ha de ser puesto en obra" José María Martínez Doral. *Op. cit.*, p. 17.

¹⁵ No sostenemos tal cosa con la intención de restarle al conocimiento jurídico calidad científica, ni mucho menos independencia respecto de su objeto propio. Simplemente queremos dejar en evidencia que la ciencia del derecho, como cualquier otra ciencia particular, depende en su fundamento mismo de ciertos conocimientos que no caben bajo la formalidad de su objeto. Así, es claro que lo que primero aparece al conocimiento humano, antes que el fenómeno jurídico, es el ser y que, en consecuencia, el conocimiento de las causas del ser —es decir, el conocimiento metafísico— es anterior y fundante del conocimiento jurídico. De este modo, por ejemplo, la metafísica puede señalarle ciertos límites a la ciencia del derecho, como son la misma distinción entre el ser y la nada, la relación entre la esencia y la existencia, la estructura de naturaleza y legalidad y un largo etcétera. Todas estas distinciones y relaciones están presentes implícitamente en la obra intelectual del jurista, como también en la del biólogo, el físico y el historiador; y sin embargo, es evidente que no corresponde a estas disciplinas la reflexión sobre estos problemas, sin que por ello dejen de ser fundantes y fundamentales para su propio desarrollo científico.

¹⁶ José María Martínez Doral. *Op. cit.*, p. 16.

za, por la absolutización del principio de historicidad del conocimiento humano.

Pues bien, evidentemente si en una determinada ciencia desaparece el carácter de necesidad de su objeto, desaparecen también buena parte de las objeciones que nos sugiere la hermenéutica.

Así, estando el objeto de la ciencia del derecho constituido esencialmente por operables, no sólo no aparece en todo momento el carácter de necesidad, sino que se nos muestra tal objeto como eminentemente histórico y, en consecuencia, como perfectamente conciliable con un modo de pensar hermenéutico. Es que toda acción humana participa necesariamente de las propiedades esenciales del sujeto al cual pertenece, y siendo el hombre un ser esencialmente histórico, sus acciones necesariamente también lo son. En consecuencia, una ciencia que tiene por objeto los operables o acciones contingentes es, por definición, una ciencia histórica.

Y a pesar de las apariencias, esto no significa en absoluto relativizar al derecho, sino simplemente comprender que, conformado por elementos universales y permanentes, su manifestación es siempre, inevitablemente, histórica, tal como expresa Andrés Ollero Tassara: "La historicidad del derecho no radicaría propiamente en su 'esencia' natural sino en la 'existencia' positiva, en que se actualiza. La estructura ontológica del derecho incluiría la tensión entre absoluto y relativo, permanencia y desarrollo, eternidad e historicidad"¹⁷.

En consecuencia, una recta comprensión del derecho en su dimensión *existencial*, va a exigir una postura *hermenéutica* desde la cual se asuma que el intérprete, es decir, cualquiera que procure conocer intelectualmente la realidad *derecho*, está siempre en una posición histórica que lo condiciona respecto de su propia comprensión, de tal modo que deberá hacerse consciente de tal condicionamiento, no para intentar vanamente superarlo, asumiendo una posición de una objetividad ahistórica inexistente, sino para ser capaz de volver sobre aquel condicionamiento e integrarlo como elemento clave de su misma interpretación.

2. PRINCIPIOS ESENCIALES A UNA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Siguiendo en este punto el análisis del profesor español Antonio Osuna Fernández-Largo¹⁸, desarrollaremos el tema de la hermenéutica en el caso

¹⁷ Andrés Ollero Tassara. *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 318.

¹⁸ Vid. Antonio Osuna Fernández-Largo. *El debate filosófico sobre la hermenéutica jurídica*. Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1995; Antonio Osuna

especial del pensamiento jurídico a partir de dos principios esenciales: el carácter necesariamente histórico de la interpretación del derecho y la índole práctica de la interpretación jurídica.

Antes sin embargo, de entrar en esta materia nos parece extremadamente importante hacer una aclaración sin la cual es muy posible caer en graves equívocos:

Cuando intentamos describir la hermenéutica como un modo de pensamiento jurídico, no estamos haciendo referencia a una metodología particular aplicable a ciertos problemas que se presentan en la interpretación jurídica. Gadamer lo afirma con toda claridad:

“El problema de la hermenéutica va más allá de las fronteras impuestas por el concepto de método de la ciencia moderna. Comprender e interpretar textos no es sólo una instancia científica, sino que pertenece con toda evidencia a la experiencia humana del mundo. En su origen el problema hermenéutico no es en modo alguno un problema metódico. No se interesa por un método de la comprensión que permita someter los textos, igual que cualquier otro objeto de la experiencia, al conocimiento científico. Ni siquiera se ocupa básicamente de constituir un conocimiento seguro y acorde con el ideal metódico de la ciencia. Y sin embargo trata de ciencia, y trata también de verdad. Cuando se comprende la tradición no sólo se comprenden textos, sino que se adquieren perspectivas y se conocen verdades. ¿Qué clase de conocimiento es éste, y cuál es su verdad?”¹⁹.

Esta visión universal de la hermenéutica como estructura cognoscitiva que va más allá de una metodología particular es lo que mueve a Gadamer, tras una inicial proximidad intelectual, a alejarse radicalmente de un gran teórico de la hermenéutica jurídica como fue Emilio Betti.

Si bien en un primer momento Gadamer descubre en Betti a una fuente valiosísima para el desarrollo de la doctrina gnoseológica hermenéutica, finalmente el lazo intelectual se rompe porque, según palabras de Gadamer, nunca consiguió convencer al jurista de que la hermenéutica iba más allá de la pura formulación metódica, además de que Betti siempre tuvo sospechas de las consecuencias de la influencia heideggeriana en la hermenéutica, particularmente en la hermenéutica de Gadamer²⁰. Es que toda *lectura jurídica*,

Fernández-Largo. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992.

¹⁹ Hans-Georg Gadamer. *Op. cit.*, p. 23.

²⁰ Respecto de su disputa con Betti, Gadamer dice literalmente lo siguiente: “Betti sigue a Schleiermacher, Boeckh, Croce y otros. Y sorprendentemente considera que con este psicologismo estricto de cuño romántico está asegurada la ‘objetividad’ de la comprensión, que considera amenazada por todos aquellos que, enlazando con Heidegger, consideran errónea esta vuelta a la subjetividad de la intención. En su confrontación conmigo, sostenida también varias veces en Alemania, no percibe en mí más que equívocos y confusiones conceptuales (...) Evidentemente, no he conseguido convencer a Betti de que una teoría filosófica de la hermenéutica no es una metodología –ni correcta ni incorrecta (‘peligrosa’)–”

dirá Gadamer, incluso la del lego que apenas entiende lo que lee, es una lectura hermenéutica, porque no hay comprensión humana que no lo sea.

Así, el caso especial que el derecho supone para la hermenéutica no es tal porque en relación con esta ciencia se constituya en un método científico particular, sino más bien porque la disciplina del conocimiento jurídico, al igual que toda otra ciencia pero de un modo mucho más evidente en este caso singular, exige un *hábito intelectual hermenéutico* propio de la ciencia jurídica sin el cual tal conocimiento se frustra.

Hecha esta aclaración entremos directamente en nuestro asunto, que son aquellos dos principios esenciales a la hermenéutica jurídica, esto es, el carácter histórico de la interpretación jurídica y la índole práctica de esta misma interpretación. Podría parecer, de la sola lectura de estos dos principios, que no vamos a hacer otra cosa que repetir ciertos elementos que ya están señalados en páginas anteriores relativos a la historicidad del derecho y a la índole práctica del conocimiento jurídico. Sin embargo, en el primer caso el derecho le agrega algo a la historicidad de la hermenéutica, y en el segundo la hermenéutica le agrega algo a la índole práctica del conocimiento jurídico. Entremos, pues, en materia.

2.1. El carácter histórico de la interpretación del derecho

Todo lo que hemos sostenido respecto de la historicidad del conocimiento humano, en la primera parte de este trabajo, adquiere una particular relevancia cuando el objeto de este conocimiento es el derecho. Es que si hay algún objeto del conocimiento humano que reúne en sí, como constitutivo esencial, aquellos factores que señalábamos como determinantes de la tradición, esto es, el ser histórico que no *fue*, sino que está permanentemente *siendo*, ese objeto es el derecho.

Otra vez la doctrina gadameriana es en esto nítida:

"El jurista siempre se refiere a la ley en sí misma. Pero su contenido normativo tiene que determinarse respecto al caso al que se trata de aplicarla. Y para determinar con exactitud este contenido normativo no se puede prescindir de un conocimiento histórico del sentido originario; por eso el intérprete jurídico tiene que implicar el valor posicional histórico que conviene a una ley en virtud del acto legislador. Sin embargo no puede sujetarse a lo que, por ejemplo, los protocolos parlamentarios le enseñarían respecto a la intención de los que elaboraron la ley. Por el contrario está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que en consecuencia la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo"²¹.

Ibid., pp. 606-607. Quien expone breve y claramente la disputa entre Gadamer y Betti es Antonio Osuna Fernández-Largo, en su obra *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer* (Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992).

²¹ Hans-Georg Gadamer. *Op. cit.*, pp. 398-399.

Así, resulta que el ser de la norma es a la vez histórico y ahistórico. Supone distintos momentos históricos, como por ejemplo el de su promulgación, pero sin embargo su existencia no se verifica sino en la actualización que se hace de ella al aplicarla. En este sentido, podemos decir que no existe derecho romano, en el significado estricto del derecho, en la comprensión que la noción *derecho romano* pueda suponer para la historia del derecho. Existe, en cambio, en el significado estricto del derecho, en tanto aquello que llamamos *derecho romano* se hace presente actualmente —con la mediación de una multitud de intérpretes— en las normas que se aplican hoy a un caso concreto.

Es así que para Gadamer es radicalmente distinto el fenómeno *derecho* tal como se presenta para el historiador del mismo que como se presenta al jurista. El primero tiene la intención de determinar con mayor o menor precisión (para lo cual debe ser consciente de los prejuicios que necesariamente van a acompañar su labor de reconstrucción histórica) el modo de existir que el derecho romano o cualquier otro derecho pasado tuvo en ese tiempo pasado. El jurista, en cambio, sólo pone atención a tal derecho en cuanto importa un valor determinado para la aplicación actual de las normas a un caso concreto o hipotético.

Esto no significa que la labor del jurista sea contradictoria con la del historiador: todo texto jurídico, en cuanto obra humana, tiene un carácter histórico que la ciencia jurídica no puede ignorar, pero el diálogo hermenéutico entre el texto y el intérprete (que conforma el círculo hermenéutico, en el cual la pregunta más precisa del segundo produce una respuesta más comprensiva del primero, aproximándose así el jurista, como en una espiral de sentido, a aquella interpretación que le va permitir determinar la solución del caso) debe recoger *prejuicios* o *pre-comprensiones* diversas de las que asume el historiador, incluso cuando el objeto de ambos es aparentemente el mismo texto. Así, por ejemplo, los prejuicios que den razón de la interpretación que el historiador político hace de la Constitución chilena de 1980, son radicalmente distintos de aquellos que deben iluminar la interpretación de la misma Constitución cuando un juez debe determinar la aplicabilidad o inaplicabilidad de una ley determinada.

Por esta razón de que el derecho verifica su existencia en la aplicación —es decir, se actualiza y adquiere sentido, ya que sólo existe propiamente en la misma aplicación y, en consecuencia, sólo allí se hace verdaderamente cognoscible—²² es que el carácter hermenéutico de la comprensión

²² Cuando decimos *aplicación*, no hay que entender esto en un sentido reductivo según el cual tal aplicación sea un acto positivo de una autoridad humana, sino en el sentido, más amplio de *atribución* concreta de lo suyo de cada uno. Sin embargo, tal atribución se manifiesta

jurídica adquiere particular relevancia, porque sin ella no podría el juez –por citar un ejemplo– entender la norma en el caso concreto respecto del cual dicta una sentencia, o el jurista respecto del caso hipotético para el cual idea una solución.

Esta historicidad hermenéutica del conocimiento jurídico supone además en el intérprete la conciencia de la pertenencia a una determinada tradición, en la cual y desde la cual puede interpretar acertadamente la norma, y sin la cual esta interpretación va a carecer de coherencia con todo el entramado jurídico. De este modo, la hermenéutica como modo de pensar jurídico se constituye en fuente de integración de las normas, permitiendo la unidad y coherencia entre ellas.

Esto se explica por el hecho de que la pertenencia a una determinada tradición no es simplemente una restricción inconsciente del modo de pensar y, en consecuencia, de interpretar jurídicamente, sino que es más bien un supuesto fundamental de toda lectura hermenéutica, y en particular de la interpretación hermenéutica jurídica. Esta tradición dice relación fundamentalmente con los prejuicios necesarios para la interpretación de la norma, pero no ya considerados aisladamente sino en su conjunto, en cuanto son configuradores de una determinada comunidad jurídica que se constituye en tal comunidad precisamente porque lo que tiene de *común* son aquellos prejuicios que en su conjunto llamamos tradición.

Esto es de radical importancia para comprender nuestro caso particular de la hermenéutica jurídica, porque respecto del derecho la tradición supone el sometimiento del intérprete a la ley, a tal punto que la ausencia de tal tradición supondría que la actividad interpretativa sería casi estrictamente poética, es decir, creativa, quitándole al ordenamiento jurídico toda objetividad y, en consecuencia, toda exigencia de unidad y coherencia.

Así, la tradición conforma el marco de legitimidad de una interpretación jurídica o, tal como lo expresa el mismo Gadamer: “El que comprende no elige arbitrariamente su punto de mira sino que su lugar le está dado con anterioridad. Para la posibilidad de una hermenéutica jurídica es esencial que la ley vincule por igual a todos los miembros de la comunidad”²³.

Es decir, el límite de la autonomía del intérprete está dado por la tradición desde la cual interpreta, de tal modo que esta tradición adquiere un cierto carácter de mediadora entre la ley y la aplicación, integrando a esta última a un sistema orgánico no por método de subsunción lógica, sino más bien por su incorporación a una unidad de sentido determinada precisamente por la misma tradición.

de un modo muy claro en la acción judicial que, por lo tanto, tomaremos de ejemplo en el desarrollo que sigue.

²³ *Ibid.* p. 401.

De este modo, a la hora de pesar todos estos elementos, aparece a todas luces que la negación del principio de historicidad del derecho, que aquí hemos expuesto, tendría consecuencias insospechadamente graves, tal como pone en evidencia Osuna Fernández-Largo: "El proceso histórico del desarrollo de las ciencias es prueba de cómo la historia efectual es la vía que explica este desarrollo. En el mundo del derecho, esto significa que la historia de una norma jurídica y su jurisprudencia son vías ineludibles en la comprensión de la misma. Ningún intérprete puede pretender estar frente al texto normativo libre de precomprensiones, pues ello equivaldría a estar fuera de la historia y a hacer enmudecer a la norma"²⁴.

2.2. La índole práctica de la interpretación jurídica

Un segundo elemento de trascendental importancia a la hora de comprender la peculiaridad de la hermenéutica jurídica, es la condición de conocimiento práctico que le cabe a la ciencia del derecho.

Se relaciona directamente con lo que explicábamos algunos párrafos más arriba, respecto de que la existencia del derecho se verifica sólo en el caso concreto o hipotético, y en relación con este punto –al cual nos remitió la historicidad del derecho–, hemos desarrollado ya los elementos centrales de este carácter eminentemente práctico de la interpretación jurídica. Pero es necesario aún detenernos brevemente en un elemento sustantivo que hace falta poner en relieve:

Es que esta *practicidad* del derecho adquiere especial sentido en tanto se entiende que el conocimiento jurídico tiene una condición *creadora de vigencia*: efectivamente, la vigencia de la norma, elemento central de toda la ciencia jurídica, sólo es determinable a partir del conocimiento efectivo de una norma en cuanto tal norma, es decir, como razón y mandato de lo que es necesario para el bien común. Y si este conocimiento jurídico exige un hábito intelectual hermenéutico que permita comprender adecuadamente esa norma en el contexto de la tradición en la cual se enmarca, entonces la misma comprensión hermenéutica se presenta en esta condición creadora de vigencia.

Expliquemos un poco más esta afirmación: en cuanto la actividad hermenéutica determina el sentido de un texto (en el sentido amplio del término), y el texto jurídico tiene estos dos elementos esenciales: un contenido racional y un mandato voluntario, entonces la hermenéutica jurídica no limita su actuar a la *dación* de un sentido racional a su objeto, como sucede en el caso de la hermenéutica histórica o teológica, sino

²⁴ Antonio Osuna Fernández-Largo. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. p. 88.

que también hace manifiesto aquel mandato voluntario, adquiriendo así una cierta capacidad de promulgación sin la cual no es posible concebir derecho vigente alguno.

Un ejemplo claro de este hecho lo encontramos en la promulgación de las normas propias del derecho natural, puesto que esta promulgación corresponde inmediatamente a la misma razón natural humana: cuando un determinado sujeto entiende, por ejemplo, el precepto de que *hay que levantarse ante la cabeza cana y honrar a la persona del anciano*²⁵ como una norma inmediata de su acción concreta, tal precepto le aparece en todo su sentido sólo en el contexto de unos determinados prejuicios que conforman la tradición desde la cual tal norma se le presenta a su inteligencia (así, siendo el precepto en sí universal e inmutable, la comprensión particular acerca de, por ejemplo, quién tiene la calidad de anciano y cuál es el honor que hay que rendirle, estará radicalmente condicionado por el momento histórico y la herencia cultural de la sociedad en la cual el sujeto en cuestión se halle). De este modo, la interpretación hermenéutica del precepto tendrá un carácter promulgador de la norma, en la medida en que el sujeto queda obligado a todo aquello que el precepto le indica a la luz de los prejuicios legítimos con los cuales lo entiende.

En otras palabras, por cuanto el texto jurídico no conlleva exclusivamente una cierta intención intelectual (como sucede con el texto histórico, literario, filosófico o teológico, sólo por citar algunos ejemplos), sino que aneja a ésta supone también una intención volitiva, resulta que cada vez que se interpreta aquel texto de un modo estrictamente jurídico (y no histórico, político o sociológico) se expresa implícitamente la vigencia del texto interpretado y al modo como ha sido interpretado.

Volviendo sobre el ejemplo que hemos venido utilizando, esto es evidente en el caso de la interpretación judicial, pero también es aplicable a la labor del jurista que piensa el caso hipotético, porque si bien no aparece en él con tanta fuerza esta capacidad creadora de vigencia, al menos existe siempre en él una pretensión de tal vigencia, pretensión que no es meramente intelectual, sino que tiene inevitablemente un correlato jurídico concreto. E incluso, podemos agregar, se aplica a la actividad intelectual de todo ciudadano que, conociendo la ley, la hace propia.

De tal cosa no se puede deducir una suerte de subjetividad o relativismo respecto de la vigencia de la ley. No se trata de que ésta quede entregada de un modo incondicional a la interpretación subjetiva de cada individuo ya que, como se infiere de párrafos anteriores, la comprensión hermenéu-

²⁵ Vid. *S. Th.*, Ia IIae, q. C, a. 11, in c.

tica está subordinada a su coherencia con una tradición legítima²⁶, pero no sólo eso, sino que también –en el caso del ciudadano, del jurista, e incluso, en cierta medida, en el del juez– sus respectivas interpretaciones deben incorporarse coherentemente al ordenamiento jurídico objetivo, en el cual se impone la interpretación hermenéutica de la autoridad (que tampoco, vale decirlo, es meramente subjetiva, ya que no corresponde esencialmente a un acto de la voluntad, sino a uno de la razón).

Así pues, y partiendo de la base de todas las limitaciones y condiciones que brevemente hemos expuesto en las líneas precedentes, debe entenderse que la comprensión hermenéutica tiene un correlato de intención volitiva que es creadora de vigencia. Y a tal punto es así, que si tal pretensión de vigencia jurídica no fuera real sino meramente intelectual –como sólo ejercicio de sabios–, entonces no estaríamos frente a la ciencia del derecho, sino frente a una disciplina de otro orden, puramente especulativa.

Significativamente, esta singular dimensión de la hermenéutica jurídica como directiva del acto humano en lo propiamente jurídico –es decir, su aspecto práctico–, pero en dependencia de una tradición, es una de los que más destaca Gadamer cuando se refiere a esta disciplina como caso ejemplar de todo pensamiento hermenéutico, por lo cual nos permitimos terminar este parágrafo con un texto suyo:

“Cuando el juez intenta adecuar la ley transmitida a las necesidades del presente tiene claramente la intención de resolver una tarea práctica. Lo que en modo alguno quiere decir que su interpretación de la ley sea arbitraria. También en su caso comprender e interpretar significa conocer y reconocer un sentido vigente. El juez intentará responder a la ‘idea jurídica’ de la ley mediándola con el presente. Es evidente una mediación jurídica. Lo que intenta reconocer es el significado jurídico de la ley, no el significado histórico de su promulgación o unos cuantos casos cualesquiera de su aplicación”²⁷.

IV. CONCLUSIONES

Finalmente, y a modo de conclusión, queremos resaltar un punto que está presente de modo velado en todo el desarrollo de estas líneas y que nos parece de radical importancia en la ponderación que se haya de hacer respecto del aporte de la hermenéutica al pensamiento jurídico.

²⁶ Las condiciones de legitimidad de los prejuicios y la tradición constituyen por sí mismos un tema de extraordinaria importancia a la hora de considerar la naturaleza de la hermenéutica jurídica, pero es también un tema demasiado extenso y complejo para intentar tratarlo en estas líneas.

²⁷ Hans-Georg Gadamer. *Op. cit.*, p. 400.

El punto en cuestión es el siguiente: creemos que la modificación del modo de pensar jurídico moderno y contemporáneo en virtud de la hermenéutica, en algún sentido –y siempre que se ponga atención a las limitaciones intrínsecas de la misma hermenéutica– podría constituir un regreso a las fuentes clásicas de la comprensión del derecho. Esto por dos razones:

La primera, de orden netamente filosófico, radica en el hecho indismutable de que lo que está detrás de la actitud epistemológica de Gadamer es el reconocimiento de que el sujeto no es capaz de dar razón de su conocimiento y que, en definitiva, no se puede explicar nada de la realidad sino tomando como punto de partida el objeto en su independencia existencial del sujeto. Aunque por sus raíces modernas no sea Gadamer en este punto todo lo concluyente que, nos parece, le habría permitido su intuición hermenéutica, sin duda podemos afirmar que a partir de sus juicios, y en tanto se los oriente adecuadamente, es posible volver a producir, con dificultades –es cierto–, la superposición de la metafísica respecto de la gnoseología. Es decir, pareciera que Gadamer realiza ciertos juicios que podrían producir una involución en aquella historia de la filosofía que inicia Descartes y de la que hacemos mención en las primeras páginas de este artículo. En lo que toca al derecho, esta razón, aparentemente alejada de la materia jurídica, adquiere singular importancia en tanto se considera que tal posición epistemológica supone el rechazo de todo voluntarismo jurídico y, por tanto, de todo ordenamiento de raíz puramente positiva.

La segunda razón es más bien relativa a la naturaleza del conocimiento jurídico. Nos parece que la visión hermenéutica de tal conocimiento como un ámbito del pensamiento eminentemente práctico entronca con la más pura doctrina aristotélica, según la cual la verdad se halla de distinto modo en la inteligencia conociendo la acción contingente y en la misma inteligencia conociendo la esencia universal e inmutable. Las consecuencias de tal distinción en la perspectiva de la hermenéutica son de gran importancia para la teoría jurídica. Supone, de hecho, introducir como elemento central de la comprensión de la naturaleza del entendimiento práctico y de su objeto propio, aquellas características esenciales que pone Gadamer en la hermenéutica: la lingüística y la historicidad. La afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho tiene un carácter eminentemente contingente e histórico (sin negar sus fundamentos necesarios y ahistóricos), mediado por su naturaleza comunicacional y, por tanto, lingüística, lejos de constituirse en una suerte de subjetivismo diluyente de todo derecho, aparece como un elemento iluminador para comprender el carácter singular y, en este sentido, subjetivo de la acción contingente a la cual se refiere y en la cual toma sentido la norma jurídica.