

## ESTUDIO PRELIMINAR A JOHN FINNIS: TEORÍA DEL DERECHO NATURAL

*Dominus illuminatio mea\**

### I. EL AUTOR Y LA OBRA

Una de las ideas más atrayentes y más difundidas en la filosofía contemporánea es la del carácter *tradicional* que revisten casi todas las empresas filosóficas. El más notorio difusor y defensor de esta idea es el filósofo escocés residente en los Estados Unidos, Alasdair MacIntyre.<sup>1</sup> En varios de sus libros, pero en especial en *After Virtue*<sup>2</sup> y *Three Rival Versions of Moral Inquiry*,<sup>3</sup> el multifacético pensador escocés ha desarrollado la idea de que no es posible pensar —se entiende que pensar con cierta profundidad y provecho— fuera de alguna tradición de pensamiento e investigación. Pero quien ha resumido de modo magistral esta idea de la dependencia-de-tradiciones ha sido el filósofo italiano Giuseppe Abbà:

ningún filósofo —escribe— comienza a pensar desde cero; antes bien, se encuentra enfrentado a aquellos problemas filosóficos

---

\* Lema de la Universidad de Oxford. John Finnis afirma, en el prefacio de *Natural Law and Natural Rights*, que este lema debería colocarse en la parte final de ese libro.

<sup>1</sup> Sobre MacIntyre, véase Matteini, M., *MacIntyre e la rifondazione dell'etica*, Roma, Città Nuova Editrice, 1995; y varios autores, *Alasdair MacIntyre*, ed. M. Murphy, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

<sup>2</sup> MacIntyre, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 3a. ed., Notre Dame-Indiana, University of Notre Dame Press, 2007.

<sup>3</sup> MacIntyre, A., *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Encyclopedia, Genealogy, and Tradition*, Notre Dame-Indiana, University of Notre Dame Press, 2006.

que le resultan planteados por la lectura que él ha hecho de la obra de otros filósofos... Esto, que vale para un filósofo individual, vale también para un conjunto de filósofos que adoptan, en diversos tiempos, la misma figura de filosofía moral elaborada por el fundador de una estirpe o escuela filosófica. Continuando su desarrollo, defendiéndola, corrigiéndola, modificándola bajo la presión de nuevos problemas, de nuevas objeciones, de nuevas críticas, de nuevas figuras, ellos dan vida a lo que se llama una *tradición de investigación*.<sup>4</sup>

Esta idea de un pensamiento dependiente-de-tradiciones no implica cerrazón a las ideas defendidas por otras tradiciones distintas y competitivas, ni inmovilismo, ni carencia de adaptación a los nuevos problemas y a las nuevas realidades. Antes bien, supone que no es posible pensar filosóficamente con beneficio y rigor sin un diálogo con otras vías de indagación, pero también que no se progresa en el pensamiento sino a partir de un punto de partida sólido y que no se pueden abordar eficazmente los nuevos problemas sin saber a ciencia cierta de dónde se viene y dónde se está parado.<sup>5</sup> Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, fuera del pensamiento dependiente-de-tradiciones sólo quedan dos alternativas posibles: la originalidad radical de los genios de la filosofía o la esterilidad y pauperización de la especulación filosófica.

En el caso del presente libro, se trata de un conjunto de ensayos de filosofía práctica que se inscriben claramente en una tradición de pensamiento: la del iusnaturalismo clásico. Esta tradición, que fue designada por Isaiah Berlin como la “tradicción central de occidente”,<sup>6</sup> tiene sus raíces en el pensamiento griego

---

<sup>4</sup> Abbà, G., *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1996, p. 27.

<sup>5</sup> Cfr. Massini-Correas, C. I., “Tradicción, universalidad y dialéctica de las filosofías prácticas”, en varios autores, *Scientia, Fides & Sapientia. Escritos dedicados a Gustavo Eloy Ponferrada*, La Plata, Argentina, ed. G. Delgado & M. E. Sacchi, Ediciones Universidad Católica de La Plata, 2002, pp. 373-385.

<sup>6</sup> Véase George, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 19.

clásico de Platón y Aristóteles, atraviesa la especulación romana, principalmente con Cicerón, resurge en la baja Edad Media como una de sus corrientes principales, ejerce el cuasi-monopolio del pensamiento práctico en la Edad Moderna y —luego del paréntesis de la hegemonía positivista— resurge en la segunda posguerra como una corriente viva y presente en los debates ius-filosóficos contemporáneos.

Pero los ensayos aquí reunidos reconocen también otra raíz tradicional: la de la *Analytic Jurisprudence* en la que fue formado su autor durante su juventud y que se conforma, por una parte, por el positivismo radical de Jeremy Bentham y John Austin,<sup>7</sup> y por la otra, por el modo analítico de pensar, centrado en el lenguaje corriente y que tiene sus raíces en George E. Moore y el segundo Wittgenstein.<sup>8</sup> Para la *Analytic Jurisprudence*, el derecho está constituido exclusivamente por reglas que tienen su fuente en hechos sociales y cuya vía excluyente de acceso cognitivo está dada por el análisis lógico-semántico del lenguaje jurídico que usan corrientemente los operadores del derecho. Para esta perspectiva, al menos en algunos de sus autores centrales, en el derecho no hay casi lugar para valoraciones, ni principios morales, ni bienes humanos; se trata principalmente de mandatos de acción con un objetivo de mera supervivencia o de control social.<sup>9</sup> El autor de

---

<sup>7</sup> Sobre esta versión del positivismo, véase Hart, H. L. A., “Introduction”, en Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Indianapolis-Cambridge, Hackett Publishing, 1998, pp. vii-xxi; también, Marmor, A., *Philosophy of Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2011, pp. 35-59.

<sup>8</sup> Acerca de la filosofía analítica, véase Tugendhat, E., *Introduzione alla filosofia analítica*, Genova, Marietti, 1989; y varios autores, *Précis de philosophie analytique*, ed. P. Engel, París, PUF, 2000.

<sup>9</sup> Sobre la *Analytic Jurisprudence*, véase, entre muchos otros, Shiner, R., *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 199; Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 49 y ss.; Bix, B., “Legal Positivism”, en varios autores, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. M. P. Golding & W.A. Edmundson, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2006, pp. 29-49; Finnis, J., “Legal Philosophy: Roots and Recent Themes”, en *Collected Essays: IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 157-173.

estos ensayos adoptó inicialmente esta perspectiva, para abandonarla poco tiempo después y escribir sus trabajos teniéndola como principal oponente; pero no obstante este abandono y esta oposición, siguió conservando la problemática, el lenguaje y el estilo argumentativo de la *Analytic Jurisprudence*.

En este contexto intelectual se inscribe el autor de los ensayos que componen este libro, John Mitchell Finnis, actualmente profesor emérito de *Jurisprudence* (Teoría del Derecho) en la Universidad de Oxford, y docente e investigador en la Universidad de Notre Dame, Indiana, como *Biolchini Family Professor of Law*. Finnis nació en 1940 en Adelaide, South Australia, donde realizó sus estudios escolares —en la South Australia Church of England School— y universitarios de grado, recibiendo de Abogado en la University of Adelaide. Cabe destacar que tanto su padre como su abuelo materno eran profesores de filosofía en esa misma universidad. Después de recibido, a los 21 años, ganó la *Rhodes Scholarship* correspondiente a 1962, para realizar estudios de posgrado en la Universidad de Oxford, donde llevó a cabo sus cursos e investigaciones de doctorado bajo la supervisión del profesor H. L. A. Hart. Estos trabajos culminaron en 1965 con su tesis doctoral sobre *The Idea of Judicial Power*, en la que se estudiaba el tema con referencia principal al derecho constitucional federal australiano.

Además de sus estudios doctorales, Finnis leyó con provecho el libro central del jesuita canadiense Bernard Lonergan, *Insight*,<sup>10</sup> que lo ayudó a desembarazarse de los prejuicios empiristas adquiridos en su educación formal, y también algunas de las obras del Beato John Henry Newman referidas a la revelación cristiana. Asimismo, ya estando en California, comenzó la lectura de las obras de Germain Grisez, profesor en el Mount St. Mary's University de los Estados Unidos, en especial su conocido artículo “The First Principle of Practical Reason. A Commem-

---

<sup>10</sup> Lonergan, B. J. F., *Insight. A Study of Human Understanding*, London, Longmans, Green & Co., 1964 (la primera edición es de 1957).

tary on the *Summa Theologiae* 1-2, Question 94, Article 2”<sup>11</sup>, en el que descubrió un nuevo *approach* a los textos clásicos de la teoría de la ley natural que resultaba inmune a la acusación positivista de incurrir en la denominada “falacia naturalista”. Años más tarde, Finnis realizó varios trabajos de filosofía y teología moral en colaboración con Germain Grisez.

Ya doctorado, comenzó una carrera académica que lo llevó a enseñar primero —por recomendación de Hart— en la Universidad de Berkeley en California, entre 1965 y 1966; al finalizar este curso, fue designado *tutor* en derecho en el University College de la Universidad de Oxford, donde ha enseñado —con algunos breves intervalos— desde 1966 hasta la actualidad. En 1971 tuvo a su cargo un curso en la Universidad de Adelaide, en 1993/94 enseñó en el Boston College de los Estados Unidos, y entre 1976 y 1978 fue docente e investigador en la Universidad de Malawi, un pequeño estado africano, ubicado en el sudeste del continente, entre Zambia y Mozambique, y que tiene al inglés como uno de sus idiomas oficiales. Allí aprovechó para escribir la mayor parte de *Natural Law and Natural Rights*, que fue su primer libro importante y el que sentó las bases de su vasto renombre en el mundo académico y jurídico.<sup>12</sup>

Su carrera en la Universidad de Oxford fue especialmente destacada; como ya se dijo, en 1966 fue designado *tutor* del University College, al que ha pertenecido desde entonces y donde tuvo su despacho por décadas, durante un tiempo ubicado exactamente sobre el que ocupaba Ronald Dworkin. Entre 1972 y 1989 fue *Rhodes Reader* en el derecho del British Commonwealth y de los Estados Unidos, y desde 1989 ejerció como *Professor in Law & Legal Philosophy*, con la máxima categoría docente que se puede alcanzar en esa Universidad. De modo concomitante con lo an-

---

<sup>11</sup> Grisez, G., “The First Principle of Natural Law. A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 92, Article 2”, *Natural Law Forum*, Notre Dame, núm. 10, 1965, pp. 168-196.

<sup>12</sup> Véase Orrego, C., “Estudio preliminar”, en Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 9-32.

terior, fue designado entre 1986 y 1991 miembro de la Comisión Teológica Internacional de la Santa Sede, y desde 1989 integra la British Academy. Además, Finnis ejerció también la profesión de abogado, asesorando a numerosos estados australianos en materias constitucionales y como abogado miembro del Gray's Inn de la English Bar ante varias cortes de apelaciones. Entretanto, llevaba adelante en la Universidad de Oxford un seminario periódico de filosofía del derecho, junto con Herbert Hart y Joseph Raz, en el que se debatían públicamente los temas más polémicos de la teoría jurídica y de la filosofía práctica.

Por otra parte, John Finnis había sido educado religiosamente —como la mayoría de los niños anglosajones— en el cristianismo anglicano, pero al alcanzar la adolescencia no practicaba la religión que, en general, lo tenía sin demasiado cuidado: a todos los efectos prácticos, era un agnóstico. Pero entonces leyó un libro apologético escrito por un sacerdote poco conocido, pero que le hizo replantearse los problemas del cristianismo y comenzar un proceso de conversión, proceso que culminó con su bautismo como fiel de la Iglesia católica, el 19 de diciembre de 1962, en la iglesia de St. Aloysius de Oxford. Finnis comparte esta religión con su esposa —Carmel McNally, graduada en literatura inglesa— y en la que fueron educados sus seis hijos.<sup>13</sup> Como intelectual católico, Finnis se ha desempeñado en el Reino Unido como directivo del Linacre Centre for Health Care Ethics (hoy Anscombe Bioethics Centre), como asesor del Catholic Bishops's Joint Comitee on Bioethical Issues (1981-88), y en el Vaticano, como miembro de la Comisión Teológica Internacional (1986-92), del Consejo Pontificio Justicia y Paz (1990-95) y de la Academia Pontificia Pro Vita, desde 2001 hasta la actualidad.

En lo que respecta a su obra publicada, ya se dijo que su primer libro relevante fue *Natural Law and Natural Rights* (en adelante NLNR), publicado en 1980 en la prestigiosa colección de Oxford

---

<sup>13</sup> En este punto, puede verse: [www.twotlj.org/Finnis.htm](http://www.twotlj.org/Finnis.htm), consulta del 16 de abril de 2013.

University Press, *Clarendon Law Series*, y que le había sido encargado por uno de los directores de la colección, Herbert Hart, catorce años antes. Este libro fue objeto de numerosas reimpresiones y recientemente se ha editado una segunda edición por Oxford University Press,<sup>14</sup> la que contiene un extenso *Postscript* (65 pp.), en el que Finnis aclara varias de sus doctrinas e interpretaciones y responde a algunas de las críticas que se han dirigido al libro. No cabe duda que este libro, algunas de cuyas afirmaciones han sido corregidas, ampliadas y aclaradas por su autor en escritos posteriores, es uno de los textos relevantes de la filosofía del derecho contemporánea. En efecto, son pocos los volúmenes de filosofía jurídica —y, en general, de filosofía práctica— que han sido objeto de más referencias, reseñas, artículos, notas críticas y citas que NLNR.

Sobre este libro, el iusfilósofo positivista Neil Mac Cormick escribió:

pocas veces he leído una obra de filosofía con un mayor sentimiento de excitación y descubrimiento que el que experimenté en la primera recorrida sin aliento a través de la pre-edición de *Natural Law...* Él [libro] sigue siendo para mí un hito intelectual; uno de esos pocos libros que hacen surgir un cambio permanente en la propia comprensión; una transformación en el propio paradigma personal.<sup>15</sup>

Y por su parte, el pensador iusnaturalista Mark Murphy, que profesa en la universidad de Georgetown, sostiene:

---

<sup>14</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, 494 pp. (en adelante se citará NLNR, haciendo siempre referencia a la segunda edición). También influyó de modo importante en la mutación de las ideas de este autor la lectura del libro central del jesuita canadiense Bernard Lonergan; Lonergan, B. J. E., *Insight. A Study of Human Understanding*, London, Longmans, Green & Co., 1964 (la primera edición es de 1957).

<sup>15</sup> MacCormick, N., “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en varios autores, *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, ed. R. P. George, Oxford, Oxford University Press, pp. 105 y 106.

es bastante claro que la resurrección contemporánea del punto de vista estricto de la ley natural, en el marco de la iusfilosofía analítica, data del libro de John Finnis de 1980, *Natural Law and Natural Rights*. Las tesis defendidas por Finnis en esa obra cubren todo el espectro de campos filosóficos en los que las doctrinas de la ley natural han sido defendidas... y esas explicaciones se encuentran, del mismo modo que las ofrecidas por el teorizador paradigmático de la ley natural, Tomás de Aquino, fuerte y adecuadamente integradas.<sup>16</sup>

En ese libro, su autor reformuló la doctrina clásica del derecho natural, presentándola en el lenguaje, las estructuras argumentativas y la temática propias de la teoría jurídica analítica dominante en Gran Bretaña desde mediados del siglo XIX. Finnis conocía muy bien esa tradición, ya que había sido formado en ella, tanto en sus estudios de grado como de posgrado, hasta “el momento —escribe Finnis— en que comencé a sospechar que podría haber algo más que superstición y tinieblas en las doctrinas de la ley natural”.<sup>17</sup> Este nuevo estilo de presentación trastocó completamente la imagen del iusnaturalismo compartida por la gran mayoría de los juristas y pensadores del derecho, según la cual se trataba de una doctrina dogmática, primitiva y basada en fundamentos exclusivamente religiosos. Es más, se referían a él con la etiqueta de “iusnaturalismo teológico” y lo exponían en una síntesis ridícula y caricaturesca, hasta el extremo en que resultaba difícil entender cómo alguien en la historia del pensamiento podía haber sostenido semejante bobería; las varias presentaciones efectuadas por Hans Kelsen del iusnaturalismo resultan muy ilustrativas a ese respecto.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Murphy, M., “Natural Law Jurisprudence”, *Legal Theory*, Cambridge, núm. 9, 2003, p. 241.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. vi.

<sup>18</sup> Entre otros lugares, véase Kelsen, H., “The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science”, *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City-Utah, vol. II, núm. 4, 1949, pp. 481-513.



En este sentido, la presentación realizada por Finnis en NLNR obligó a los estudiosos de la teoría jurídica a tener en cuenta al iusnaturalismo como una corriente filosófica razonable y que tenía algo que decir en el debate de las ideas contemporáneas. Según lo resume muy bien Orrego,

Finnis volvió a poner sobre la mesa cuestiones como la inextricable unión de las valoraciones —morales, en último término— y las descripciones en las ciencias sociales; la necesidad de explicar el derecho positivo en el contexto más amplio de la razonabilidad práctica y de los bienes humanos básicos fundantes del orden moral; la teoría de la justicia, de la obligatoriedad del derecho, del bien común, de la autoridad, de los derechos humanos naturales; el problema de la ley injusta, considerado a la vez desde el punto de vista jurídico, político y moral, sin excluirlo de la teoría analítica del derecho, e incluso la cuestión de Dios como fundamento último del orden moral.<sup>19</sup>

Paradójicamente, luego de un momento de desconcierto inicial, el libro fue resistido duramente en los ambientes más conservadores del iusnaturalismo clásico de raíz tomista, que no comprendieron o no tuvieron en cuenta su estructura argumentativa analítica, ni hacia quienes estaba dirigido, ni la índole de la formación intelectual de su autor, ni las ideas de los autores a los que se oponían las principales tesis del libro. En el *Postscript* de la segunda edición de NLNR, Finnis se refiere a estas incomprendiones diciendo que:

---

<sup>19</sup> Orrego, C., *op. cit.*, p. 14. Sobre el impacto intelectual de NLNR, Fulvio di Blasi ha escrito: “Este libro, en efecto, desde su primera aparición, se ha impuesto a la atención general de los estudiosos de ética, derecho y política como el esfuerzo más imponente y original de retomar críticamente los temas clásicos del derecho natural y de los derechos naturales, que en la filosofía del derecho contemporánea, sobre todo la de matriz analítica, habían caído al presente en un descrédito total”; Di Blasi, F., *Dio e la legge naturale. Una rilettura di Tommaso d’Aquino*, Pisa, Edizioni ETS, 1999, p. 22.

quedé desconcertado por la inhabilidad o poca voluntad de los escritores modernos de esa tradición [de la ley natural] para enfrentarse a los estudiantes seculares de nuestros días, tal y como están equipados intelectualmente por sus maestros de colegio y los periodistas con puntos de vista derivados de Hume y Russell u otras variantes del escepticismo moderno acerca del bien y el mal, lo correcto e incorrecto en la acción humana, y con el determinismo cientista, el materialismo y otras concepciones (*e. g.*, el positivismo lógico) acerca de las limitaciones de la razón. Por ello no debí haberme sorprendido, como lo fui, por la inhabilidad y la poca voluntad de los recensionistas y otros lectores de la tradición más o menos Tomista, para tomar en cuenta el género del libro y la audiencia a la que estaba dirigido primariamente, como parte integral de la *Clarendon Law Series*... El libro era, pensaron, una capitulación ante Hume y su falacia “Ser y Deber-Ser”.<sup>20</sup>

Es cierto que el libro no tenía la estructura expositiva de los manuales clásicos de filosofía tomista y de *ius naturae*, en los que la explicación de la ley natural era precedida de una larga introducción epistemológica, antropológica y metafísica, y en los que se suponía que la audiencia estaría formada por jóvenes católicos practicantes o simplemente por seminaristas. En este abandono de las formas expositivas y en algunas otras afirmaciones discutibles, los representantes de un tomismo excesivamente estructurado e inmovilista creyeron ver una rendición incondicional ante las ideas del mundo moderno y un abandono de las tesis centrales de la tradición tomista. Buscaron en el libro sólo los puntos en los que se apartaba de la ortodoxia tomista y no sus contribuciones a la mejor comprensión de las tesis iusnaturalistas por parte de los lectores más o menos secularizados. Lamentablemente, se trata de un malentendido que no ha logrado todavía ser superado.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> NLNR, pp. 415 y 416.

<sup>21</sup> En este punto, véase, como ejemplo, entre una bibliografía muy vasta: May, W. E., “Contemporary Perspectives on Thomistic Natural Law”, en varios autores, *St. Thomas Aquinas & the Natural Law Tradition. Contemporary Perspectives*,

Después de la publicación de NLNR, Finnis publicó en 1982 *Fundamentals of Ethics*, que recoge el contenido de las *Carroll Lectures* impartidas en la Universidad de Georgetown; en 1987, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, en asociación con Germain Grisez y Joseph Boyle; en 1991, *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*, que incluye el contenido de las *J. McGivney Lectures* ofrecidas en 1988 en la Catholic University of America, y en 1998 *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, que integra la colección *Founders of Modern Political and Social Thought*, editada por Mark Philp para Oxford University Press. Por otra parte, esa misma editorial publicó, en 2011, cinco volúmenes magníficamente editados de *Collected Essays* de John Finnis, con los siguientes títulos: *Reason in Action, Intention & Identity, Human Rights & Common Good, Philosophy of Law y Religion & Public Reasons*. Estos volúmenes, que totalizan más de dos mil páginas, incluyen la gran mayoría de los artículos y notas publicadas por Finnis a lo largo de más de cuarenta años de ardua labor y constituyen una fuente invaluable para el conocimiento de la integralidad y de la evolución de su pensamiento.

---

ed. J. Goyette *et al.*, Washington D. C., The Catholic University of America Press, 2004, pp. 113-156; Long, S. A., “Natural Law or Autonomous Practical Reason: Problems for the New Natural Law Theory”, en *ibidem*, pp. 165-193 (el primer trabajo defiende las ideas de Finnis y sus colegas; el segundo las impugna). Véase, asimismo, Lisska, A. J., *Aquinas’s Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*, Oxford, Oxford University Press, 1996; George, R. P., *In Defense of Natural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Donnelly, B., *A Natural Law Approach to Normativity*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2007, pp. 96 y ss.; Westerman, P., *The disintegration of Natural Law Theory*, Leiden-New York-Köln, Brill, 1998, pp. 231 y ss.; López Martínez, A., *El debate anglo-americano sobre la teoría tomista de la ley natural*, Roma, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, 2006; varios autores, *Natural Law & Moral Inquiry*, ed. R. P. George, Washington D. C., Georgetown University Press, 1998; y varios autores, *The Revival of Natural Law. Philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-Grisez School*, ed. N. Biggar & R. Black, Aldershot, Ashgate, 2000. Puede verse también la bibliografía citada por Orrego, C., *op. cit.*, *passim*.

## II. LA TEORÍA FINNISIANA DEL DERECHO: LA PERSPECTIVA METÓDICA DE ABORDAJE

Una de las características principales de la empresa intelectual encarada por John Finnis es que su propuesta de teoría del derecho se encuentra enmarcada en el contexto de un sistema completo de filosofía práctica: la suya es una filosofía del derecho que supone una filosofía política y una ética general. En lo que sigue del presente estudio, la investigación se centrará en los aspectos más propios de la teoría del derecho, dando por supuestas o mencionando sólo incidentalmente las doctrinas morales y políticas con las que se encuentra vinculado. En otros lugares, el autor de estas líneas se ha referido *in extenso* a esos temas y resultaría reiterativo volver a desarrollarlos aquí.<sup>22</sup> Por ello, se hará un esfuerzo de análisis descompositivo, concentrando el desarrollo de las ideas del profesor oxoniense en sus aspectos más propiamente jurídicos, es decir, en su elaboración de una teoría del derecho iusnaturalista y en las críticas que dirige a algunos de sus principales oponentes: los positivistas jurídicos.

Finnis comienza su teoría del derecho con algunas precisiones metodológicas acerca del modo en que se abordará el estudio de su objeto, y hace especial hincapié en dos de ellas: la primera referida al carácter principalmente *práctico* de la aproximación y de la explicación acerca de lo jurídico, y la segunda acerca del uso de la llamada *analogía* de atribución como instrumento para determinar el caso central del derecho y la significación focal del correspondiente término “derecho”. Respecto de lo primero,

---

<sup>22</sup> Véase, principalmente, Massini-Correas, C. I., “The New School of Natural Law. Some Approaches”, *Rechtstheorie*, Berlín, núm. 30-4, 1999, pp. 461-478; “Derechos humanos y bienes humanos”, en *Teoría del derecho y de los derechos humanos*, Lima-Perú, ARA Editores, 2011, pp. 23-51; “Sobre ciencia práctica y *prudentia*. Aproximaciones desde las ideas de John Finnis”, *Sapientia*, Buenos Aires, núms. 227 y 228, 2010, pp. 41-53; “Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, núm. 89-4, 2013, pp. 497-517.

Finnis precisa que “el desarrollo de la teoría del derecho sugiere, y la reflexión sobre la metodología de cualquier ciencia social confirma, que un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que también él participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la racionalidad práctica”, y esto es así, toda vez que “las acciones, prácticas, etc., solamente pueden comprenderse plenamente captando su fin, es decir, su objetivo, su valor, su relevancia o importancia, tal como fueron concebidos por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etc.”.<sup>23</sup>

Para Finnis, esta necesidad de atención central al punto de vista práctico se revela claramente en la crítica de Hart a Austin y a Kelsen, en la que el antiguo profesor oxoniense pone de relieve que la doctrina de esos autores no se adecuaba a los hechos pertinentes, aclarando Finnis que

los hechos a los que esa teoría no se adecuaba, según Hart, eran hechos acerca de las funciones... La descripción (“concepto”) del derecho de Hart se construye apelando, una y otra vez, al fin práctico de los componentes del concepto. El derecho ha de describirse en términos de reglas *para* la orientación de funcionarios y de ciudadanos por igual, y no meramente como un conjunto de predicciones de lo que harán los funcionarios... El derecho debe establecer sanciones y un contenido mínimo de reglas primarias *con el fin* de garantizar la supervivencia de la sociedad o de sus miembros y para darles a éstos *una razón práctica* para conformarse con él.<sup>24</sup>

Pero además, en su obra posterior, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Finnis precisa que

---

<sup>23</sup> NLNR, p. 3.

<sup>24</sup> NLNR, pp. 40 y 41. En este punto, véase Covell, Ch., *In Defence of Natural Law. A Study on the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon Fuller, Michael Oakeshott, F.A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, London, MacMillan, 1999, pp. 198 y 199.

lo que es práctico, es acerca de qué cosa hacer... No es acerca de lo que es el caso, tampoco acerca de lo que será el caso. Es acerca de lo que ha de ser hecho, debe ser hecho —una prescripción y no, en cuanto tal, una predicción—. Si uno tiene una intención, el propio conocimiento de esa intención es, primero y principalmente, conocimiento *práctico*, un conocimiento del fin, del propósito que uno tiene y de los medios de la conducta propositiva. Como conocimiento práctico, es realmente conocimiento, verdadero y, en su propia dimensión, completo, aun cuando la conducta resulte impedida y nunca tenga lugar.<sup>25</sup>

Un poco más adelante precisa que

una ciencia o teoría es práctica en el sentido más pleno, si ella es *acerca de y dirigida hacia* aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser... Es práctica en su sentido más pleno cuando es acerca, y prescribe, lo que ha de ser hecho en el campo abierto a fines de la vida humana en su conjunto, por elecciones y actos... y en vista de objetos, fines-bienes que proveen razones para obrar y otorgan sentido a la vida individual o grupal como un todo abierto a fines.<sup>26</sup>

Aquí resulta conveniente recalcar que los autores contra los que escribe John Finnis —los positivistas estrictos— sostienen que el teórico social es un espectador de un espectáculo que puede tener cualquier fin-bien, y que es muy poco lo que puede decirse acerca de la razonabilidad de los fines. Finnis muestra que todo espectador indispensablemente habla del fin de la obra y lo valora, y esto es inevitable porque de lo contrario no se podría describir el espectáculo como tal espectáculo, es decir, saber que esto es un espectáculo y no una matanza, que esto es un espectáculo y no la vida real, etcétera. Dicho de otro modo, que un análisis interesante y explicativo de la realidad social implica, de

---

<sup>25</sup> Finnis, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 38 (en adelante AQ).

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 41.

algún modo, el análisis de la razonabilidad de fines y bienes. Esto es así porque cuando nos preguntamos por el derecho nos preguntamos cuál es la decisión razonable, y la respuesta a esta pregunta implica: (i) la existencia de varios fines (y medios) eslabonados que hacen a una decisión razonable (o irrazonable); (ii) la aceptación de que esa cadena puede ser conocida. En esto último quizá resida el núcleo de la perspectiva práctica: al teórico del derecho no le interesa cualquier decisión, sino sólo la justa o razonable.<sup>27</sup>

La adopción de esta perspectiva resulta entonces indispensable para la explicación y comprensión de las realidades prácticas, toda vez que su sentido se revela a partir de los fines-bienes del obrar y sólo al que tiene acceso a esos fines, así como a las realidades vinculadas con ellos: normas, instituciones, facultades de hacer o de no hacer, etcétera. Esto es así, toda vez que la experiencia de la que parte más relevante del conocimiento ético y jurídico es intrínsecamente una experiencia práctica, colmada de valoraciones, directivas, intenciones, praxis intencionales e instituciones, que adquieren su sentido —y por lo tanto pueden ser comprendidas— sólo por referencia a fines-bienes humanos. Este punto de vista ha sido denominado por Giuseppe Abbà la “perspectiva de la primera persona”, o “perspectiva del actor”, que el autor italiano opone a la “perspectiva del espectador”, o de la “tercera persona”, que es la adoptada por la gran mayoría de los autores modernos, como Adam Smith en su *Teoría de los sentimientos morales*, o John Rawls en su *Teoría de la justicia*.<sup>28</sup> Ha escrito en este punto Abbà que “la vida buena, en cuanto vida a conducir por parte de los individuos, es precisamente el tema de la Ética. Debe notarse que ella es considerada desde el *punto de vista*

---

<sup>27</sup> Debo estas últimas consideraciones a una indicación del profesor Juan Cianciardo.

<sup>28</sup> Véase Rawls, J., *A Theory of Justice*, Cambridge-Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971; Smith, A., *La teoría de los sentimientos morales*, trad. de C. Rodríguez Braun, Madrid, Alianza, 1997.

*de los agentes*, en cuanto este es el fin que ellos realizan, la vida que practican, ejercitando su sabiduría práctica”.<sup>29</sup>

Esto ocurre del mismo modo en el caso del derecho, toda vez que resulta imposible saber de qué estamos hablando si se hace abstracción de los fines para los que se sancionaron las normas, de los bienes a alcanzar mediante los actos jurídicos, los valores que presiden su regulación, el sentido propio del sistema jurídico-normativo, etcétera. El derecho —toda la realidad jurídica— pertenece al orden práctico,<sup>30</sup> aquel que la razón pone en las conductas en orden al bien humano. De aquí que la perspectiva adecuada —adecuada a su objeto— para la consideración del derecho sea la propia del agente de praxis, que reflexiona sobre el fin de cada institución jurídica y del derecho como un todo, y sobre los medios para alcanzarlos en la convivencia política. Esto se percibe especialmente en el caso de la interpretación jurídica, donde la desatención del aspecto valorativo-finalista torna imposible la realización de cualquier labor hermenéutica.<sup>31</sup>

### III. LA APROXIMACIÓN “ANALÓGICA”

Pero esa aproximación práctica tiene otra nota relevante: se trata de un *approach* “analógico”, es decir, que focaliza las consideraciones en el *caso central* de la realidad estudiada, para después pasar al análisis de aquellas otras concreciones de esa realidad en las que la significación principal del término —y del concepto— de que se trata se da de un modo determinado, o matizado, o imperfecto, o diluido, o parcial, o menguado, o aun desfigurado o pervertido.

---

<sup>29</sup> Abbà, G., *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1996, p. 42. Véase Rhonheimer, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. de J. Mardomingo, Madrid, Rialp, 2000, pp. 41 y ss.

<sup>30</sup> Véase AQ, pp. 20-42.

<sup>31</sup> Véase, entre otros lugares, Massini Correas, C. I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, México, Porrúa, 2008, *passim*.



El campo propio de cualquier teoría o ciencia —escribe Finnis— incluye propiamente todo lo que está relacionado con un tipo central y las formas relevantes de “relación con el tipo central” incluyen, *inter alia*, no sólo lo que genera realidades de ese tipo, sino también sus característicos defectos o corrupciones y las causas de esas frustraciones o fallas (*breakdowns*). Por lo tanto, una versión diluida o corrupta del tipo puede correctamente... ser llamada por el mismo nombre, aunque no exactamente con el mismo significado (“unívocamente”, como traduce el Aquinate), ni de modo meramente equívoco, sino por el tipo de relación-en-la-diferencia de significado que Tomás de Aquino (cambiando el vocabulario de Aristóteles) llama *analogía*.<sup>32</sup>

Finnis está haciendo referencia aquí a lo que tradicionalmente se ha denominado “analogía de atribución”, figura lógica —y en definitiva ontológica— según la cual un término se aplica propia y formalmente a una cierta índole de realidades, pero también a otras de modo semejante pero no idéntico; esto es lo que sucede, *v. gr.*, con términos como “luz” que se aplica de modo principal y formalmente al agente físico que hace visibles los objetos, pero también se dice de una persona inteligente que es una “luz”, de Dios que es la “luz” del mundo, de un autor que dio a “luz” un nuevo libro, y del utensilio que sirve para alumbrar. En todos los últimos casos, la palabra se usa porque la realidad designada tiene una semejanza con el caso central, o porque es su causa o su efecto, o su condición, etcétera.<sup>33</sup> Otro tanto ocurre en las realidades prácticas, tal como ocurre, *v. gr.*, con la palabra “político”, que se aplica con distintos grados de propiedad a un tipo de comunidad, a los grupos que intentan influir en el gobierno de esa comunidad, a un tipo de carácter especialmente dúctil

---

<sup>32</sup> AQ, p. 43.

<sup>33</sup> Sobre la noción de analogía, véase McInerny, R., *Studies in Analogy*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1968; Gamba, J. M., *La analogía en general*, Pamplona, EUNSA, 2002; Montagnes, B., *La doctrine de l'analogie de l'être d'après Saint Thomas d'Aquin*, Louvain-Paris, Publications Universitaires de Louvain-Béatrice-Nauwelaerts, 1963.

o a una cierta clase de actividades. En estos casos, el significado focal es el que corresponde a cierto tipo de actividad “política”, aplicándose analógicamente a la comunidad en la que esa actividad se desarrolla, al tipo de carácter que la facilita y a los grupos que la realizan y promueven.

En este punto, Finnis agrega:

aprovechando la sistemática multiplicidad de significados de los términos teóricos que uno usa, se puede diferenciar lo maduro de lo inmaduro en los asuntos humanos, lo refinado de lo primitivo, lo plenamente realizado de lo corrompido, el buen ejemplar del caso desviado, lo que se dice “con propiedad”, “sin restricciones” y “hablando de modo absoluto” (*simpliciter*), de lo que se dice “en cierto sentido”, “por decirlo así” y “de algún modo” (*secundum quid*), pero todo esto sin ignorar ni desterrar a otra disciplina los casos de la materia de estudio que sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquier otra forma sean ejemplos sólo “en un sentido restringido” o bien “en un sentido amplio”.<sup>34</sup>

En este lugar, Finnis equipara las nociones analógicas de atribución propia y formal y de atribución secundaria con las de predicación *simpliciter* y *secundum quid*, lo que Tomás de Aquino no hace expresamente, pero que —con las debidas precauciones— puede realizarse en ciertos casos.

En el caso de “derecho”, Finnis sostiene que el “significado focal” es el que corresponde a “un punto de vista en el que el establecimiento y el mantenimiento de un orden jurídico, en cuanto distinto de uno discrecional o estáticamente consuetudinario, se considera un ideal moral, o bien una apremiante exigencia de justicia, entonces ese punto de vista constituirá el caso central del punto de vista jurídico”.<sup>35</sup> Dicho en otras palabras,

---

<sup>34</sup> NLNR, pp. 10 y 11.

<sup>35</sup> NLNR, pp. 14 y 15. En este punto, véase Pereira Sáez, C., *La autoridad del derecho. Un diálogo con John M. Finnis*, Granada, Comares, 2008, pp. 17-39.

para el pensador australiano, el significado principal de “derecho” incluye constitutivamente una dimensión ético-valorativa. Por ello es posible distinguir en este significado focal dos dimensiones centrales: (i) la que corresponde a *ordenamiento jurídico positivo*, que puede denominarse dimensión institucional, autoritativa o social-fáctica, y (ii) la que corresponde a un *ideal racional o de justicia*, que determina el sentido y la razón de ser del derecho. Ambas dimensiones integran lo que puede llamarse propiamente “derecho”, y las atribuciones secundarias se referirán a aquellas realidades que realizan estas dos dimensiones de modo disminuido, parcial o imperfecto.

Esto es lo que un pensador relevante como Robert Alexy denomina el “carácter dual del derecho”,<sup>36</sup> a lo que ha aludido recientemente N. E. Simmonds cuando afirma que el derecho consiste también en un “ideal moral”,<sup>37</sup> y que Finnis expone al decir que

durante la centuria que va desde alrededor de 1850 hasta aproximadamente 1950, la perspectiva prevaleciente entendía al derecho como una manifestación de poder, dominio y dirección, por la cual las personas o instituciones soberanas expresaban su voluntad acerca de cómo los miembros de la comunidad debían comportarse, y reforzaban estos imperativos con la amenaza y ejecución de sanciones. El punto de vista prevalente hoy en día no deja de lado la necesidad de sanciones impuestas por la fuerza a los recalcitrantes, pero enfatiza la oportunidad y la responsabilidad de los gobernantes de gobernar para el beneficio, no privado o partidista, sino común y de realizar esto por medios que tiendan

---

<sup>36</sup> Véase Alexy, R., *El concepto y la naturaleza del derecho* (en adelante CND), trad. de C. Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 44. Sobre el pensamiento iusfilosófico de Robert Alexy, puede verse Vigo, R., “La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy”, en varios autores, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, ed. R. L. Vigo, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires-La Ley, 2004, pp. 25-71.

<sup>37</sup> Véase Simmonds, N. E., *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

a asegurar que todas las decisiones relevantes sean adoptadas en línea con la verdad acerca de los hechos y con transparencia e imparcialidad en los procedimientos legislativos, ejecutivos y judiciales.<sup>38</sup>

Finnis no desarrolla esta doctrina con la claridad que lo hace Alexy,<sup>39</sup> pero es notorio que para el profesor de Oxford, el derecho, al menos en su “caso central”, consta de dos dimensiones, elementos o co-principios: uno de ellos de carácter *fáctico-social y autoritativo*, que se concreta en un sistema normativo positivo y en instituciones sociales que lo crean y aplican, y otro de índole *racional-valorativo*, que determina el sentido ético-práctico del sistema normativo y de las realidades jurídica a él vinculadas. Desde esta perspectiva, puede decirse que existen *dos dimensiones en la validez* del derecho: la fáctico-social y la racional-valorativa; sobre este tema se volverá más adelante.

---

<sup>38</sup> Finnis, J., “Legal Philosophy: Roots and Recent Themes”, en *Collected Essays-IV (Philosophy of Law)*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 157. En NLNR, Finnis sostiene que “todo esto [la positividad del derecho] no debería oscurecer la medida en que el pensamiento jurídico de hecho sí permite (y razonablemente) que el sistema de reglas sea penetrado por principios de razonabilidad práctica que derivan su autoridad de su conveniencia (según justicia y en favor del bien común) y no, o no solamente, de su origen en algún acto pasado de disposición o en algún uso establecido. El sistema jurídico... es más abierto que lo que el modelo sugiere —es decir, más abierto al flujo ilimitado del razonamiento práctico, en el cual puede juzgarse que una disposición, válida según criterios formales de validez del sistema (“reglas de reconocimiento”), es, o ha llegado a ser, injusta y, por tanto, después de todo, total o parcialmente inaplicable—”; NLNR, p. 356.

<sup>39</sup> En *op. cit.*, pp. 44, Robert Alexy escribe: “dos propiedades son esenciales para el derecho: la coerción o fuerza, de un lado, y la corrección o rectitud, del otro. La primera se refiere al elemento central de la eficacia social del derecho; la segunda expresa su dimensión ideal o crítica”. Y más adelante precisa que “el derecho implica necesariamente dos dimensiones: una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica... Como consecuencia, qué sea el derecho es algo que depende no sólo de los hechos sociales, sino también de qué es aquello que el derecho debe ser” (p. 73).

Lo que resulta importante destacar, en lo que se ha explicado hasta ahora, es que desde la perspectiva de John Finnis la aproximación propia del pensamiento acerca del derecho es, a raíz del carácter práctico del conjunto de realidades que se denominan “jurídicas” o “derecho”, la perspectiva del agente de *praxis*, de quien piensa acerca de su obrar en procura del bien humano completo, es decir, del bien ético o bien moral. Dicho de otro modo: existe una clara *continuidad* en el pensamiento práctico-moral y el práctico-jurídico, y por lo tanto la perspectiva propia para el abordaje de las realidades jurídicas es la práctico-moral, que permite develar el sentido propio de lo jurídico y trascender una mera descripción de hechos sociales, que no podría establecerlos en cuanto jurídicos, ni comprender su sentido normativo. Este punto de vista práctico-moral equivale en varios sentidos —no en todos— al “punto de vista interno”<sup>40</sup> propugnado por Hart y es el que hace posible el desarrollo de una teoría jurídica *práctica*, ordenada a la comprensión del sentido y a la solución de las cuestiones jurídicas.

Ahora bien, esta perspectiva se enfrenta con una realidad —el derecho— múltiple y variada, compuesta por elementos que pertenecen a distintas categorías, y que no puede por lo tanto ser abordada sino de modo *analógico*, es decir, distinguiendo entre un *caso central* de aplicación del nombre, en el que el tipo o índole de esa realidad se da de un modo pleno y completo, y otros *casos periféricos*, en los cuales las realidades designadas realizan la índole analógica de modo imperfecto, disminuido o defectuoso. El punto de vista práctico permite determinar el caso central de “derecho” y establecer su significación focal, que es —según Finnis— la de un conjunto de normas producidas por una autoridad, dirigidas a resolver razonablemente y para su bien común los problemas de coordinación de la comunidad política.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press (Clarendon Law Series), 1997, pp. 255 y *passim*.

<sup>41</sup> NLNR, p. 276.

#### IV. LA TEORÍA IUSNATURALISTA DEL DERECHO

En un extenso artículo publicado en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, con el título de “Natural Law Theories”,<sup>42</sup> Finnis resume sus ideas respecto a la teoría del derecho que corresponde a una visión iusnaturalista —iusnaturalista clásica— de la realidad jurídica. Comienza aclarando que los iusfilósofos “positivistas” presentan sus planteos como radicalmente opuestos a los del iusnaturalismo, pero que en cambio los pensadores de la *Natural Law Theory* no hacen ningún esfuerzo por negar la mayoría de las tesis ius-positivistas; al contrario, para los iusnaturalistas,

el derecho puede ser considerado o expuesto *tanto* como un puro hecho social, *cuanto* como un conjunto de razones para la acción, que pueden ser y frecuentemente son sólidas en cuanto razones y por lo tanto normativas para la gente razonable a la que se aplican. Este carácter dual del derecho positivo está presupuesto en el eslogan bien conocido “el derecho injusto no es derecho”. Entendido correctamente este eslogan indica porqué... la oposición positivista a las teorías del derecho natural es un sinsentido, ya que es redundante: aquello que los positivistas ven característicamente como realidades que deben ser afirmadas, son también afirmadas por la teoría del derecho natural, y aquello que ellos ven como ilusiones que deben ser disipadas, no es parte de la teoría del derecho natural.<sup>43</sup>

Esta es en rigor la tesis central del iusfilósofo australiano respecto de la oposición iuspositivismo-iusnaturalismo: el iusnaturalismo también sostiene las tesis principales propuestas por el iuspositivismo, *más otras* que completan la comprensión y explicación del fenómeno jurídico y la hacen más adecuada y acabada.

Para estas teorías iusnaturalistas —sostiene Finnis—,

---

<sup>42</sup> Finnis, J., “Natural Law Theories” (en adelante NLT), en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>, consulta del 10 de abril de 2013.

<sup>43</sup> NLT, pp. 1 y 2.

la cuestión central... es la siguiente: ¿cómo y por qué puede el derecho, y su positivación en la legislación, las decisiones judiciales y las costumbres, proporcionar a sus sujetos razones fuertes [es decir, obligatorias] para actuar de acuerdo con él? ¿Cómo puede la validez jurídica (“formal” o “sistémica”) de una norma, juicio o institución, o su facticidad o eficacia como fenómeno social..., hacerlas autoritativas en las deliberaciones de sus sujetos.<sup>44</sup>

Para Finnis, la teoría del derecho natural sostiene que las normas “basadas en fuentes sociales” (legislación estatal, jurisprudencia, costumbre jurídica, etcétera) revisten una importancia central en la capacidad del derecho de promover el bien común, tal como lo sostiene Tomás de Aquino en un conocido texto de la *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 1. Todas esas teorías defienden que el derecho tiene también una dimensión moral, de búsqueda del bien humano y de exclusión de los grandes males sociales de la anarquía y la tiranía.<sup>45</sup>

Según Finnis, esta dimensión moral del derecho se descubre al considerar qué cosas ha de perseguir el hombre y qué cosas ha de evitar en su conducta; esta consideración lleva rápidamente a entender y asentir que ciertos estados de cosas, como la salud, el conocimiento, la armonía con los demás, etcétera, son intrínsecamente deseables para el hombre. Esta deseabilidad intrínseca de esos —y otros— estados de cosas se articula normativamente a través de “principios del razonamiento práctico fundacionales y no derivados”, que promueven y dirigen hacia esos bienes inteligibles. Ahora bien, estos principios —denominados “principios de derecho natural”— reciben mayor especificidad de dos formas: (i) a través de una *inferencia* rigurosa que descubre lo que esos principios implican (*conclusiones*), y (ii) a través de una *selección* entre alternativas razonables de regulación, selección racional a través de una determinación (*determinatio*) de aquello que en los principios se encuentra indeterminado. En las comunidades

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 4.

políticas, “el modo habitual de llevar a cabo esas necesarias determinaciones, es la institución de la autoridad gubernamental, actuando en primera instancia a través de la legislación y de otras formas de generar normas, *i. e.*, actuando como una fuente fáctico-social de derecho positivo”.<sup>46</sup>

Aquí resulta conveniente hacer referencia, aunque sea de modo incidental, a las que Finnis denomina *características principales del orden jurídico*, que permiten distinguir al derecho de la política, las convenciones y usos sociales, la etiqueta, los juegos y de toda otra forma de interacción en comunidad.<sup>47</sup> La primera de estas características —si bien Finnis la enumera separadamente— es la de ser un orden *coactivo*, es decir, que prevé ciertas desventajas para quienes incumplen sus imperativos, desventajas “que son parte de la empresa de ordenar jurídicamente a la sociedad, una empresa racionalmente exigida sólo por ese complejo bien de los individuos que denominamos el bien común”. La segunda se refiere a que “el derecho *introduce definición, precisión, claridad* y por tanto previsibilidad en las interacciones humanas, mediante un sistema de reglas e instituciones interrelacionadas de tal manera que las mismas reglas definen, constituyen y regulan las instituciones y las instituciones a su vez crean y administran las reglas y resuelven las cuestiones sobre su existencia, alcance, aplicabilidad y funcionamiento”, de modo tal que puede decirse que “el derecho regula su propia creación”.<sup>48</sup>

La tercera característica es que cualquier regla o institución jurídica, una vez creada, *permanece válida a lo largo del tiempo*, hasta que sea derogada válidamente; la cuarta característica se refiere a que “las reglas de derecho *regulan* no solamente *la creación*, administración y aplicación de tales reglas, ...sino también las condiciones bajo las cuales un individuo privado puede modificar la extensión o la aplicación de las reglas”<sup>49</sup> a través de actos jurídicos.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 4 y 5.

<sup>47</sup> Véase NLNR, p. 267.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 268 y 269.



La quinta se refiere a la cualidad del derecho, según la cual los actos jurídicos —públicos y privados— pasados tienen *relevancia continua*, es decir, proporcionan *ahora* razones suficientes y excluyentes para actuar de la manera prevista en su creación. Finalmente, la sexta remite al “postulado operativo” según el cual toda cuestión práctica o problema de coordinación actual ha sido “previsto” en todos sus aspectos por alguno de esos actos jurídicos pasados y, por lo tanto, no hay “lagunas” en el derecho. Finnis sintetiza estos caracteres en dos eslóganes: “el derecho es un orden coactivo” y “el derecho regula su propia creación”.<sup>50</sup>

Luego de estas consideraciones acerca de los caracteres “formales” del derecho, Finnis dedica unas páginas —consecuentes con otras distribuidas a lo largo de varias de sus obras— a una defensa en toda la línea del gobierno del derecho (*Rule of Law*), en una versión de esa idea que no está basada en la mera autonomía, como sucede en el caso de las versiones liberales, sino centralmente en el bien humano común y la dignidad de las personas. Finnis argumenta esa idea a partir del famoso texto aristotélico de *Política*, III, 15, 1286 a ss.,<sup>51</sup> en el que el Estagirita desarrolla la idea de que —contra el pensamiento del primer Platón— “es mejor que gobierne la ley que cualquiera de los hombres”,<sup>52</sup> aunque se trate del mejor entre ellos. Para Aristóteles, sostiene el profesor de Oxford,

es preferible que el gobierno sea ejercido por o de acuerdo con las leyes, ya que: (i) las leyes son producto de la razón y no de las pasiones; (ii) la soberanía de un gobernante o de una asamblea tiende a la tiranía (*i. e.*, el gobierno en interés de un grupo o facción, no del bien común); (iii) la igualdad demanda que cada persona madura tenga alguna participación en el gobierno; y (iv) la rotación de los cargos y de los que los ejercen es deseable y difícilmente puede ser

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 269 y 270.

<sup>51</sup> Sobre la inteligencia de este texto, véase Castaño, S. R., “Brève analyse de l’empire de la loi chez Aristote”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, núm. 83-4, 1997, pp. 548-554.

<sup>52</sup> Aristóteles, *Retórica*, I, 1, 1354 a 32- b 16.

manejado sin regulación legal. Por lo tanto —concluye Finnis— para Aristóteles el caso central de autoridad práctica es el gobierno de una *polis* por la ley y por gobernantes reglados legalmente.<sup>53</sup>

Ahora bien, para el autor australiano, la doctrina de Tomás de Aquino es especialmente similar a la de Aristóteles, aunque pone mayor atención a los aspectos formales de la idea del gobierno del derecho.<sup>54</sup> Por su parte, afirma Finnis, Lon Fuller, en su conocida obra *The Morality of Law*,

reconociendo el liderazgo del Aquinate en esta discusión de los aspectos formales y procedurales del sistema jurídico, reúne las puntualizaciones dispersas y fragmentarias realizadas en este tópico, en una lista ordenada de ocho elementos del gobierno del derecho... Fuller muestra que esos ocho elementos concuerdan como un conjunto de *desiderata* (o requerimientos) porque son implicaciones o especificaciones de la aspiración y el deber de tratar a la gente como presuntivamente dotadas de un título —como materia de imparcialidad y de justicia— a ser gobernados como personas libres, fundamentalmente iguales a sus gobernantes, y no como títeres o peones de ajedrez que pueden ser manejados y ordenados a través de la manipulación, la incertidumbre, el miedo, etc.<sup>55</sup>

En este punto, Finnis discute la interpretación de las ideas de Fuller realizada por Hart, Dworkin y Raz, según la cual los *desiderata* del *rule of law* propuestos en la obra de Fuller (publicidad, posibilidad y carácter previo de las normas, actividad de los gobernantes de conformidad con ellas, estabilidad y coherencia de

---

<sup>53</sup> NLT, p. 7.

<sup>54</sup> Sobre esta doctrina, véase Viola, F., “Legge umana, *Rule of Law* ed etica delle virtù in Tommaso d’Aquino”, en Mangini, Michele & Viola, Francesco, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, pp. 363.

<sup>55</sup> NLT, p. 7.

esas normas, etcétera)<sup>56</sup> no revisten carácter propiamente moral, sino que resultan sólo convenientes para el buen funcionamiento del derecho, aun bajo un régimen tiránico.<sup>57</sup> Por el contrario, para Finnis, los ocho *desiderata*, pero en especial el que exige que los gobernantes respeten sus propias normas, son especialmente obstructivas y no promotores de los propósitos del tirano. Pero además, “la preocupación primaria de Fuller, así como de la amplia tradición de la teoría de la ley natural, es con una racionalidad y unas implicancias específicas de razonabilidad que sean completas y coherentes: es decir, con un juicio y una elección moralmente razonables”.<sup>58</sup>

Esto significa que según Finnis, para Fuller y la completa tradición del derecho natural, para alcanzar la plena vigencia del gobierno del derecho no es suficiente con respetar sus aspectos procedimentales, sino que es necesaria además la presencia de un mínimo de virtud en los gobernantes y una cierta adhesión a los bienes humanos básicos. En este punto, resulta especialmente esclarecedor el trabajo de Francesco Viola citado más arriba. Pero para Finnis,

la teoría jurídica del derecho natural tiene su nota distintiva más característica en su explicación del derecho puramente positivo,

---

<sup>56</sup> Los ocho *desiderata* del gobierno del derecho son los siguientes: (i) las reglas han de ser *prospectivas*, no retroactivas; (ii) deben ser *posibles* de cumplir; (iii) tienen que *promulgarse* adecuadamente; (iv) han de ser *claras* y comprensibles para la gran mayoría; (v) deben resultar *coherentes* entre sí; (vi) serán relativamente *estables*; (vii) la aplicación de las reglas a casos particulares tiene que estar orientada por reglas como las precedentes pero *generales*; y (viii) las autoridades jurídicas deben aplicar las reglas coherentemente y *según su tenor*, así como *dar cuenta* del cumplimiento de esas reglas. NLNR, pp. 270 y 271.

<sup>57</sup> La discusión en torno al fundamento y a la finalidad del *rule of law* ha resurgido últimamente en los trabajos de Matthew H. Kramer y de Nigel Simmonds. La posición del primero puede verse en “Once More into the Fray Challenges for Legal Positivism”, *58 University of Toronto Law Journal*, Toronto, núm. 58-1, 2008; la del segundo, en *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007, cap. 3: “Evil regimes and the Rule of Law”, pp. 69-111.

<sup>58</sup> NLT, p. 8.

el cual, aunque dependiente para su estatus jurídico del hecho de haber sido puesto por ciertas personas e instituciones, no obstante participa de la característica del derecho de conllevar, al menos presuntivamente y de modo derrotable (*defeasibly*), una obligación moral de cumplimiento. Acerca de estas normas de un sistema jurídico positivo, Tomás de Aquino dice que, a pesar de que ellas han de ser, y se presume que son, “derivadas del derecho natural”, tienen su fuerza jurídica solo por ser parte de un determinado sistema jurídico positivo.<sup>59</sup>

Y cita aquí el conocido texto tomista de la *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 3, que interpreta en el sentido de que la mayor parte del derecho positivo —el obtenido por determinación de los principios del derecho natural— podría razonablemente haber sido de otra manera, pero una vez que ha sido determinado por la autoridad competente y conforme a los procedimientos establecidos, adquiere obligatoriedad moral estricta. “La normatividad moral del principio [de derecho natural] resulta replicada en las normas más específicas creadas por la *determinatio*, aun cuando la última no sea un inferencia directa de la primera”.<sup>60</sup>

Ahora bien, esta obligación *moral* de obedecer al derecho puramente positivo, desde la perspectiva finnisiana, reviste un carácter presuntivo o *prima facie*, y se basa en el principio moral que establece que el bien común requiere que la autoridad política actúe para especificar, aplicar y reforzar algunas normas indispensables para la convivencia. Y esta obligación es *prima facie*, toda vez que, como se verá a continuación, puede ser suspendida, anulada o derrotada en aquellos casos en que la norma resulte gravemente injusta. “Por lo tanto —concluye Finnis— en relación con el derecho positivo establecido, la teoría del derecho natural... comparte la principal tesis de los positivistas jurídicos contemporáneos: que el derecho depende para su existencia y validez de ciertos hechos sociales”.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 9 y 10.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 11.

V. ¿*LEX INIUSTA NON EST LEX?*

Ahora bien, la obligatoriedad del derecho puramente positivo deriva fundamentalmente de su carácter autoritativo.<sup>62</sup> Esto ha sido estudiado y desarrollado por varios autores de la *Analytical Jurisprudence*, como Hart y Raz, para quienes el tipo de razones para la acción —llamadas *exclusionarias*— propuestas a los sujetos actuantes por el derecho positivo se caracterizan por ser independientes de su contenido concreto, y dependientes exclusivamente de la autoridad que las crea y promulga. Estas razones excluyen —de aquí la expresión “*exclusionarias*”— toda otra razón, particular o de contenido, que pueda tener el sujeto para cumplir con la misma conducta prescrita; en otras palabras: el sujeto obligado debe cumplir con la conducta reglada no porque su contenido sea adecuado o correcto, sino porque está determinada y mandada por la autoridad. Hasta aquí, la teoría del derecho natural es muy similar a la propuesta por el positivismo jurídico analítico contemporáneo. Pero —y ahora comienzan las diferencias—

esta independencia de contenido de las razones autoritativas implica su obligatoriedad presuntiva. La capacidad de ser desplazada que reviste esta presunción [de obligatoriedad] está implicada en la dependencia de su fuerza perentoria... y exclusionaria de esas razones respecto de un trasfondo presupuesto de bienes y necesidades humanas básicas y de principios morales básicos y normas, un trasfondo que supone que si una razón autoritativamente proferida (positiva) entra en conflicto suficientemente claro con esas necesidades, bienes, principios o normas permanentes, su fuerza exclusionaria deviene exhausta o superada y las obligaciones positivas resultan derrotadas.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> En este punto, véase NLNR, pp. 231-259. Asimismo, véase: “Introduction”, en Finnis, J., *Collected Essays*, vol. IV: *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-9.

<sup>63</sup> NLT, p. 11.

Dicho en otras palabras, la obligatoriedad moral presuntiva o *prima facie* de las determinaciones normativas autoritativas, obligatoriedad que excluye todo otro tipo de razones para obrar, desaparece cuando la norma de que se trata atenta gravemente contra un bien humano básico —un principio del derecho natural—. En ese caso, la presunción de obligatoriedad queda eliminada, y resurge la obligación —postergada anteriormente— de obrar por buenas razones morales.

En casos como el precedente, en que la aplicación de una norma resultará en una injusticia grave y evidente, esa norma no sólo pierde su obligatoriedad moral, sino —al menos en ciertos contextos discursivos—<sup>64</sup> también su validez jurídica. Para Finnis, “si el contexto discursivo hace apropiado puntualizar su falta de normatividad para jueces y ciudadanos, se puede decir que la norma, a despecho de sus vínculos con fuentes social-fácticas, no sólo es moralmente no-directiva, sino también jurídicamente inválida”.<sup>65</sup> Esto supone la aceptación, implícitamente presente en los textos de Finnis, de una doble dimensión de la validez jurídica de las normas positivas: (i) una *validez fáctico-social*, que proviene del carácter autoritativo de las fuentes sociales, y (ii) una *validez racional-moral*, vinculada al respeto y adecuación de esas normas a los principios —*morales*— que prescriben la persecución, promoción, respeto y defensa social de los bienes humanos básicos en la vida social.<sup>66</sup>

Respecto del sentido relevante del principio *lex iniusta non est lex*<sup>67</sup> —el derecho injusto no es derecho—, Finnis realiza algu-

---

<sup>64</sup> Véase *ibidem*, pp. 16 y 17.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>66</sup> En este punto, véase, para mayores precisiones, Zambrano, P., “El derecho como razón excluyente para la acción. Un aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis”, en varios autores, *Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre la valoración ética en el derecho*, coord. J. Cianciardo, México, Porrúa, 2012, pp. 71-115.

<sup>67</sup> Sobre los antecedentes y sentido de este principio, puede verse Massini-Correas, C. I., “La máxima *lex iniusta non est lex* y algunas opiniones contemporáneas”, en varios autores, *In umbra intelligentiae. Estudios en homenaje al Prof.*

nas precisiones especialmente importantes; la primera consiste en aclarar que esa expresión es equivalente a la de Hart, “esto es derecho, pero demasiado incierto para ser obedecido y aplicado”, ya que en la primera parte de la frase se habla de “el derecho”, lo que significa que la norma pertinente es, en cierto sentido y en principio, “derecho”; y en la segunda se afirma que “desde que la justicia es el verdadero objetivo de tener y respetar el derecho, esta deficiencia particular del derecho respecto de la justicia lo priva del significado decisivo que todo derecho debe tener. Se trata aquí entonces —concluye Finnis— de derecho sólo en el sentido de que ha de ser juzgado... como un sentido no-central, distorsionado o secundario de derecho”.<sup>68</sup>

La segunda precisión se refiere a la necesaria aplicación al caso de la dialéctica analógica entre casos centrales (*simpliciter*) y casos secundarios o desviados de derecho (*secundum quid*); en efecto, lo que se quiere decir con la expresión analizada es que el derecho gravemente injusto no es puro y simplemente derecho, sino un caso defectivo o hasta pervertido de derecho. Pero no obstante esto, en el caso de no revestir una norma el carácter de derecho *simpliciter*, se puede hablar a su respecto de “derecho”, pero *secundum quid*, es decir, en un cierto sentido: el sentido *formal*, correspondiente a su origen en fuentes sociales.<sup>69</sup> Puede decirse entonces que una norma emanada legítimamente de una fuente social jurídicamente reconocida, pero que contiene prescripciones que conducirían en su aplicación a daños graves e injustificados al bien común, tiene *validez social-fáctica*, pero no *validez racional-normativa*, que es casualmente —esta última— la que genera en definitiva el deber moral de obedecer al derecho. Y esto es así, toda vez que si bien el derecho puramente positivo o positivo *per se*,<sup>70</sup> que es el

---

Juan C. Cruz, ed. A. L. González & I. Zorroza, Pamplona, EUNSA, 2011, pp. 587-604.

<sup>68</sup> NLT, p. 17.

<sup>69</sup> Véase Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 92, a. 1, ad 4.

<sup>70</sup> Véase Casaubón, J. A. *et al.*, *Introducción al derecho - 3 - Derecho*, Buenos Aires, Ariel, 1981, pp. 42 y *passim*.

resultado de una *determinatio* autoritativa, obtiene su carácter obligatorio de su origen en la autoridad, esta última recibe su índole propia, su poder legítimo, de su orientación decisiva al bien común; en definitiva, de un principio moral y no de un hecho social como, por otra parte, no puede ser de otro modo, bajo pena de caer inexorablemente en la falacia ser-deber ser.<sup>71</sup>

La tercera de las precisiones remite a una objeción, articulada originariamente por Hart, y reiterada por numerosos iuspositivistas, según la cual el principio “el derecho injusto no es derecho” tendería a desalentar o confundir la crítica moral del derecho, ya que el derecho injusto pasaría a ser automáticamente un no-derecho, es decir, no sería derecho en ningún sentido posible y por lo tanto no podría ser criticado moralmente en cuanto derecho.<sup>72</sup> Esto aparece a primera vista como una banalidad, toda vez que una norma injusta podría perfectamente ser criticada moralmente, aunque no se la denominara “derecho”. Pero por otra parte, la objeción olvida no sólo la utilización analógica del término “derecho”, sino que existe un giro lingüístico habitual según el cual se dice que un profesor que no sabe no es un profesor, o que una madre que no se preocupa por sus hijos no es una madre. En realidad, con estos giros lo que se quiere decir es que no se trata de un profesor o de una madre en sentido propio y completo, sino sólo en sentido defectivo o degradado.<sup>73</sup>

En definitiva, según la interpretación finnisiana del adagio clásico *lex iniusta non est lex*, interpretación que aparece como la más correcta, lo que se quiere decir es que una norma jurídica grave y notoriamente injusta —no es suficiente con una injusticia leve o problemática— pierde su capacidad de obligar en

---

<sup>71</sup> Véase, en este punto, Massini-Correas, C. I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza, Argentina, EDIUM, 1995, *passim*.

<sup>72</sup> Véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press (Clarendon Law Series), 1997, p. 209.

<sup>73</sup> Sobre este argumento y su crítica, véase Kretzmann, N., “Lex iniusta non est lex. Laws on Trial in Aquinas’s Court of Conscience”, *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, núm. 33, 1988, pp. 99-122.



conciencia, con lo que se frustra lo que se ha denominado validez racional-valorativa. Pero no obstante esto, la norma injusta puede seguir obligando, a través de una “obligación colateral” de respetar las leyes, cuando la desobediencia pueda derivar en un daño grave para el bien común. Aquí podría seguirse hablando de “derecho” respecto de esa norma, aunque sólo en sentido formal o defectivo; en ese caso, bien podría decirse que *lex iniusta est (secundum quid) lex*.<sup>74</sup>

## VI. LA INCOHERENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Además de haber sistematizado de modo prácticamente completo la teoría del derecho del iusnaturalismo clásico en los términos, modos de argumentar y problemas propios de la teoría analítica del derecho, John Finnis ha dedicado varios trabajos a la crítica de las ideas morales y jurídicas contemporáneas. En esta tarea, ha dedicado numerosas y esclarecedoras páginas a la valoración y crítica del positivismo jurídico, en especial en su versión analítica. Uno de los trabajos que desarrollan esa crítica es el que fuera publicado en la *Notre Dame Law Review* con el título de “On the Incoherence of Legal Positivism”,<sup>75</sup> y cuya traducción castellana apareció en un volumen colectivo publicado en México en 2006.<sup>76</sup>

En ese trabajo, Finnis comienza definiendo al positivismo jurídico como “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 u otros

---

<sup>74</sup> Véase NLNR, pp. 363-366.

<sup>75</sup> Finnis, J., “On the Incoherence of Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, núm. 75, 2000, pp. 1597-1611.

<sup>76</sup> Finnis, J., “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico” (en adelante IPJ), trad. de C. Pereira Sáez, en varios autores, *Humanismo jurídico. Ensayos escogidos*, ed. G. Tenorio, México, Porrúa, 2006, pp. 1-18.

hechos sociales similares”.<sup>77</sup> A esto agrega que “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 [positivo] criterios morales cuyo carácter directivo en la deliberación (normatividad, autoridad, obligatoriedad) no es completamente explicado por ningún hecho social”.<sup>78</sup> Es decir, el positivismo jurídico consiste, en su núcleo duro y raigal, en la idea de que el derecho positivo de las comunidades políticas existe con total independencia, incompatibilidad y extrañamiento de cualquier tipo de valoración moral, de principios ético-jurídicos o de bienes humanos a perseguir. Y también en su núcleo duro supone, asimismo, el más radical escepticismo ético, ya que sólo ese escepticismo puede justificar radicalmente el extrañamiento entre la moral —que se supone incognoscible y fruto de opciones meramente subjetivas de raíz emotiva— y las normas sociales del derecho.<sup>79</sup>

Pero Finnis reconoce que, en la actualidad,

[el] 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 lo constituye en 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.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> IPJ, p. 2 (énfasis añadido).

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> En este punto, Finnis coincide con los más acérrimos positivistas: Finnis, J., “Scepticism’s Self-Refutation” y “Self-Refutation Revisited”, en *Collected Essays: I, Reason in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 62-91; Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, pp. 119 y *passim*.

<sup>80</sup> IPJ, p. 5.

Esto es así, según el autor australiano, porque

el derecho tiene una doble vida. Una de sus vidas... es (i) su existencia como el *puro hecho* de que determinadas personas han hecho esto o lo otro en el pasado... Estos hechos proporcionan su explicación del derecho de una comunidad para el “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...). La otra vida del derecho —continúa Finnis— es (ii) su existencia como *criterios directivos* para las deliberaciones en conciencia de quienes tienen la responsabilidad de decidir (hacer justicia) según derecho.<sup>81</sup>

Un poco más adelante, luego de considerar a las disputas entre positivistas “incluyentes” y “excluyentes” como “un estéril conflicto de demarcaciones”, Finnis reitera su opinión de que el derecho debe considerarse, en general, (i) como un *conjunto de hechos* complejos relativos a las prácticas de ciertas personas en un momento específico, y (ii) como *buenas razones* para la acción.<sup>82</sup>

El problema principal de los positivistas jurídicos en este punto es que, como sostiene el profesor de Oxford,

deberían reconocer (pero no lo hacen) [que] 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 por sobre el interés propio del individuo... 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 fuente concebible de estos deberes, es decir, los verdaderos e intrínsecos valores (los bienes humanos y los primeros principios del razonamiento práctico... que nos dirigen hacia esos bienes como al-

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 7 y 8.

<sup>82</sup> Véase *ibidem*, pp. 8 y 9.

go-que-ha-de-procurarse, y señalan a los que le perjudica como algo-que-ha-de-evitarse).<sup>83</sup>

Por todo lo anterior, Finnis concluye que el positivismo jurídico incurre no en una, sino en varias incoherencias; la primera radica en su pretensión de justificar la obligatoriedad del derecho y el correspondiente deber moral de obedecerlo sólo a partir de ciertos hechos sociales, denominados habitualmente “fuentes sociales”, que pueden ser todo lo complejos que se quiera, pero al fin y al cabo son *meros* hechos sociales. Finnis repite reiteradamente el principio: ningún *deber* a partir del [mero] *ser*, y los positivistas lo aceptan, aplicando el principio —incorrectamente— a las teorías del derecho natural, pero se abstienen de aplicarlo a las propias teorías iuspositivistas a las que ese principio desautoriza decisivamente.

Pero sobre todo, Finnis niega capacidad al iuspositivismo para justificar racionalmente la autoridad del derecho. Aquí el problema radica en que el significado focal de “autoridad” o “autoritativo” es el sentido *moral* y no meramente técnico-condicional de amenazar con un daño si no se realiza una determinada conducta. En este último sentido se está en presencia de un accionar propio de una banda de gánsteres, que exigen una “contribución” a los comerciantes de la zona bajo la amenaza de colocarle una bomba al negocio. Por el contrario, Finnis reitera varias veces que

la condición de autoritativo del derecho, en el sentido focal de “autoritativo”, no es otra cosa que su sentido moral de autoritativo. Repitémoslo: 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

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 14 y 15.

autoritativas, no son jurídicamente autoritativas en el sentido focal de “autoritativo”.<sup>84</sup>

Dicho en otras palabras, al negar el positivismo jurídico el carácter *moral* del sentido focal de “autoridad”, termina aceptando el carácter estrictamente jurídico de normas como las que establecían el *apartheid* hace pocos años en Sudáfrica, tal como se ven obligados a hacerlo, *v. gr.*, Coleman y Leiter<sup>85</sup> en un ejemplo citado por Finnis. Para este último autor,

en la filosofía del derecho 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 exigencias 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 o para mal) el de “teoría del derecho natural”.<sup>86</sup>

Y esto es así casualmente porque esa teoría reconoce que el sentido radical de “autoridad jurídica” tiene necesariamente una connotación ética, derivada de su ordenación constitutiva al bien humano, al menos en su significación focal. Fuera de esa ordenación, podrán darse formas degradadas de autoridad, como en el caso de los gobiernos despóticos, o corruptos, como en el ejemplo de la banda de gánsteres. Por todo ello,

el positivismo, coherentemente, no llega nunca más que a *informar* de las actitudes y de la concurrencia de comportamientos... [pero] no tiene nada que decir a los funcionarios o a los ciudadanos particulares que quieren juzgar si, cuándo y porqué, la autoridad y la obligatoriedad *pretendidas e impuestas* por aquellos que están actuan-

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 16. Véase, además, Finnis, J., “Positivism and «Authority»”, en *Collected Essays*, IV, *cit.*, pp. 74-87.

<sup>85</sup> Véase Coleman, J. L. & Leiter, B., “Legal Positivism”, en varios autores, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. D. Patterson, Oxford, Blackwell, 1996, pp. 241-260.

<sup>86</sup> IPJ, p. 16.

do como funcionarios de un sistema jurídico, y sus directrices, son de verdad *razones autoritativas* para su propia acción...<sup>87</sup>

Esto es así porque “razones para la acción”, en su sentido focal o propio, son sólo las razones *morales*, ya que son las únicas que pueden propiamente aportar una *razón*, que no sea meramente hipotético-condicional y que tenga el sentido de ordenar razonablemente hacia el bien humano. En rigor, *razones*, que son aquellas por las cuales actúan los seres humanos racionales, son las que presentan un bien o dimensión de un bien como la causa final —motivo radical— de esa conducta. El positivismo jurídico está incapacitado para explicar esto coherentemente.

En definitiva, en la exposición finnisiana queda en claro que el positivismo jurídico, respecto al iusnaturalismo, es redundante, ya que reitera una de las partes constitutivas de la teoría del derecho natural: la referida a la dimensión fáctico-social del derecho, concentrándose exclusivamente en ella, y dejando de lado completamente —al menos en el positivismo originario de Bentham, Austin y Kelsen— la dimensión crítico-racional que también integra constitutivamente el derecho. Pero por ello, el positivismo no sólo es redundante respecto de la teoría iusnaturalista, sino que es esencialmente incompleto en cuanto explicación del derecho. El iusfilósofo germano-argentino Werner Goldschmidt sostenía que el positivismo jurídico explicaba sólo el 33,33 por ciento de la realidad jurídica; desde la perspectiva finnisiana explica un poco más: el 50 por ciento, pero siempre resulta radicalmente *incompleto* en cuanto explicación de la realidad jurídica.

## VII. CONCLUSIONES: DERECHO NATURAL Y TEORÍA DEL DERECHO

Luego de la anterior reseña del pensamiento de John Finnis acerca de los lineamientos generales de una teoría del derecho iusnatura-

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 17 y 18.

lista y de la incapacidad constitutiva del positivismo jurídico para explicar de modo completo y coherente el fenómeno jurídico, conviene sintetizar los principales resultados que pueden extraerse de esas ideas. Éstos son los siguientes:

- a) El modo de aproximación a la realidad jurídica propuesto por Finnis tiene dos características fundamentales: es *práctico* y *analógico*; el *approach* práctico hace posible la captación del sentido de las realidades humano-prácticas, en especial las jurídicas, en cuanto hace patente los fines, valores y bienes a los que se orienta y que le otorgan justificación racional; sin esta perspectiva, afirma Finnis, no sería siquiera posible distinguir las realidades jurídicas de las que no lo son; y el carácter *analógico* del conocimiento jurídico hace posible la comprensión integral de una realidad tan compleja como la jurídica, en la que sus diferentes elementos son jurídicos en diferentes grados, existiendo casos centrales y secundarios, deficientes o corruptos; en definitiva, esta perspectiva *práctico-analógica* es la más adecuada para una comprensión *integral* y *de sentido* de la realidad del derecho.
- b) En la realidad múltiple y compleja del derecho es posible distinguir dos *dimensiones centrales* o elementos complementarios que lo constituyen: (i) la dimensión *fáctico-social*, que incluye las fuentes sociales del derecho, las instituciones autoritativas que lo configuran o aplican, los actos de fuerza que respaldan su cumplimiento, etcétera, y (ii) la dimensión *racional-valorativa*, que se integra con las deliberaciones, juicios, valoraciones, intenciones, imperativos y calificaciones que ponen en marcha al derecho: lo crean, aplican y justifican racionalmente, proveyendo a los sujetos jurídicos de *razones para el obrar*,<sup>88</sup> que es el modo como

---

<sup>88</sup> Sobre la noción de *razones para la acción*, véase Boyle, J., “Reasons for Action: Evaluative Cognitions that Underlie Motivations”, en *The American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame-Indiana, núm. 46, 2001, pp. 177-197.

actúan propiamente seres racionales como los humanos,<sup>89</sup> esta “naturaleza dual” o “doble vida” del derecho conduce a la postulación de una *validez doble* para el derecho: (i) la *fáctico-social*, u originaria, o causal, o fontal, que hace referencia al conjunto de hechos sociales realizados o legitimados por una autoridad, hechos que producen, aplican o ejecutan normas sociales; es decir, se trata de la validez que arraiga en las “fuentes sociales”, y (ii) la *racional-valorativa*, o finalista, o de sentido, que remite a los criterios, valores, bienes y razones que justifican el obrar humano jurídico; sin esta segunda dimensión de la validez, el derecho se reduce a un mero hecho o hecho bruto sin capacidad de generar razones para la acción y regular humanamente a los seres humanos, racionales por definición.

- c) La validez racional-valorativa es la que justifica en definitiva el deber de obediencia al derecho positivo, en razón, principalmente, de la necesidad de la coordinación y regulación de las conductas para el logro del bien común social, que no es sino el mejor bien personal de todos los sujetos jurídicos; en este sentido, las normas provenientes de las fuentes sociales generan un deber estricto —deber ético— de conformidad y acatamiento, pero este deber tiene el carácter de *prima facie* o presuntivo, en razón de que, en caso de injusticia severa y palmaria de una norma, ésta resultará suspendida o anulada —*derrotada*, les gusta decir a los analíticos— y recobrarán su vigencia inmediata los principios racionales del derecho natural.
- d) Es también esta doble validez la que explica el sentido del principio tradicional *lex iniusta non est lex*, unida al carácter analógico del concepto y del término “derecho”; las normas grave y palmariamente injustas carecen de validez racional-valorativa, y por lo tanto no conviene considerar-

---

<sup>89</sup> En este punto, véase Murphy, M. C., *Philosophy of Law*, Malden-Oxford-Carlton, 2007, pp. 39 y *passim*; del mismo autor, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, p. 4 y *passim*.



las como derecho en su sentido pleno o significación focal, sino sólo en sentido secundario: en cuanto degradaciones o corrupciones del derecho integral; de este modo, sostiene Finnis, una norma injusta será “derecho” en un cierto sentido, sólo formal o causal-originario, pero no lo será en el sentido propio y formal o focal, de una directiva efectivamente ordenada al bien humano común.<sup>90</sup>

- e) El *positivismo jurídico*, por su parte, resulta —según Finnis— radicalmente incompleto e incoherente: *incompleto*, porque deja sin explicar toda una dimensión —la más radicalmente humana— del fenómeno jurídico: la dimensión racional-valorativa; e *incoherente*, ya que su explicación de la autoridad del derecho y de las razones para la acción que esta autoridad genera no se refiere propiamente a razones de carácter deóntico, sino sólo a motivos técnico-condicionales para evitar daños previsibles, con lo que el Estado queda reducido estrictamente a una “banda de gánsteres mejor organizada”, según el conocido *dictum* atribuido a Max Weber; y los sujetos jurídicos dejan de ser considerados propiamente como seres humanos que se dirigen racionalmente, para reducirse a animales superiores que reaccionan instintivamente frente a estímulos desagradables; y además, con su pretensión de derivar un *deber* de obediencia al derecho de meros *hechos* sociales, incurre claramente en la conocida falacia ser-deber ser, que invalida toda su argumentación; todo esto, por supuesto, se refiere al positivismo en sus versiones clásicas: el neopositivismo, “incluyente” o no, debe ser objeto de otras consideraciones, en especial referidas a si se trata propiamente de un “positivismo”.
- f) La versión finnisiana de la teoría del derecho iusnaturalista tiene el enorme mérito de haber reformulado, desarrollado y actualizado la teoría clásica del derecho natural, dán-

---

<sup>90</sup> Sobre la noción de *bien común*, resulta especialmente ilustrativo el libro de Keys, M. M., *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2006.

dole la estructura y el estilo argumentativo de las propuestas contemporáneas —en especial analíticas— de filosofía jurídica; de este modo, el iusnaturalismo pudo entrar nuevamente en el debate iusfilosófico contemporáneo, del que había sido desplazado, en parte por la intolerancia del positivismo, hegemónico durante un siglo, pero también en parte por su propia renuencia a la actualización de su lenguaje y modalidades argumentativas; es cierto que varias de las tesis finnisianas, en especial en el campo de la teoría ética, suponen interpretaciones discutibles de los textos de la tradición de la ley natural: estas tesis deberán discutirse en su sede propia, pero en lo que respecta a la teoría del derecho, su contribución resulta de un valor intelectual notable que enriquece y desarrolla los postulados de la valiosa tradición de la teoría del derecho natural y significa una contribución de especial relevancia para la filosofía jurídica contemporánea.

- g) Finalmente, conviene terminar con unas palabras acerca de la filiación tomista de la obra de Finnis acerca del derecho, lo cual es importante, ya que varios autores han negado a este autor toda posibilidad de enraizamiento con la obra del Aquinate, y aun han llegado a decir —el autor de estas líneas lo escuchó personalmente— que no podía considerarse a Finnis como católico; en este punto conviene traer a colación la opinión del mismo Finnis, quien en su trabajo “*Practical Reason’s Foundations*” escribe que

no es cuestión de aceptar la explicación de Tomás de Aquino simplemente porque es la suya, o porque incorpora la de Aristóteles (y Platón), o bien porque se ajusta a algunos de los principales aspectos de los hábitos de pensamiento de los juristas. Todo en ella ha sido cuestionado, y para ser reutilizado (si lo merece y en la medida en que lo merezca), ha de ser analizado a la luz de esos cuestionamientos y críticas.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Finnis, J., “*Practical Reason’s Foundations*”, en *Collected Essays, I: Reason in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 22 (hay traducción castellana:

Por lo tanto, queda claro que la perspectiva adoptada por Finnis respecto del pensamiento del Aquinate es la de receptarlo *a través de* —y *teniendo en cuenta*— las críticas que se le han efectuado, y buscando los argumentos y reformulaciones que hagan posible superarlas. Esta especial perspectiva de abordaje debe ser especialmente considerada cuando se estudian —y critican— las opiniones del profesor oxoniense.

Carlos I. MASSINI-CORREAS  
*Universidad de Mendoza-Universidad Austral*

---

“Revisando los fundamentos de la razón práctica”, en *Persona & Derecho*, trad. de C. I. Massini-Correas, Pamplona, núm. 64, 2011, pp. 15-42). En un sentido similar, Guido Soaje Ramos escribió con acierto que “un tomismo vivo, según entiendo, supone en el nivel de las convicciones fundamentales, que *opus philosophicum semper perfectibile* y que, en consecuencia, no se trata *sólo* de poseer, con la mayor fidelidad posible, un rico patrimonio heredado”; Soaje Ramos, G., “Ética y antropología filosófica”, en *Ethos*, Buenos Aires, núms. 16-18, 1988-1990, pp. 53 y 54.