

## TEORÍA DE LA LEY NATURAL\*

Este trabajo considera la teoría de la ley natural sólo en cuanto teoría del derecho. Esto no quiere decir que la teoría jurídica pueda ser adecuadamente identificada y elaborada independientemente de la teoría moral o política. Tampoco significa negar que existan teorías valiosas de la ley natural concentradas mucho más en los problemas fundamentales de la ética y la teoría política que con el derecho o con la teoría del derecho. Un modelo de estas teorías más amplias y fundacionales es el libro *Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy* (Finnis, 2005/2011). En el presente trabajo, la expresión “teoría del derecho natural” va a ser usada en lugar (*shorthand*) de “teoría de la ley natural”, en la medida en que se refiere al derecho y es una teoría del o acerca del derecho. Esta focalización tiene el importante efecto incidental de que muchas de las diferencias históricamente importantes entre los teóricos de la ley natural pueden ser omitidas, diferencias que pertenecen más a los fundamentos de la normatividad que a la naturaleza y funciones (o “el concepto”) del derecho positivo.

Los teóricos del derecho que presentan o entienden sus teorías como “positivistas”, o como concreciones del “positivismo jurídico”, toman a sus teorías como opuestas a, o por lo menos como claramente distintas de, la teoría de la ley natural. Por otra parte, los teóricos de la ley natural no conciben sus teorías simplemente como opuestas a, o como distintas de, el positivismo jurídico (en contra, Soper, 1992: 2395). La expresión “derecho

---

\* El presente trabajo se publicó originalmente con el título de “Natural Law Theories”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2011 Edition, Zalta, Edward N. (ed.), <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>. Traducción de Carlos I. Massini-Correas.

positivo” o “ley positiva” fue puesta en amplia circulación filosófica por Tomás de Aquino, y las teorías de la ley natural que lo siguen comparten, o al menos no hacen esfuerzo en negar, varias o virtualmente todas las tesis “positivistas” —excepto por supuesto la simple tesis de que las teorías de la ley natural están equivocadas—. Las teorías de la ley natural aceptan que el derecho puede ser considerado o expuesto *tanto* como un puro hecho social de poder y práctica, *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 por qué —salvo que se base sobre la negación escéptica de la existencia de algunas razones sólidas para la acción (una negación que puede ser dejada de lado, ya que su defensa es auto-refutatoria)— 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 lo que ellos ven característicamente como ilusiones que deben ser disipadas, no es parte de la teoría del derecho natural. Pero en razón de que las teorías concebidas por sus autores como positivistas son, en general, dominantes en el ambiente de aquellos que probablemente leerán este trabajo, parece conveniente referirse a esas teorías a lo largo de este artículo con la esperanza de superar algunos malos entendidos que (así como estimulan ciertas clarificaciones y mejoras en la teorización del derecho natural) han generado algunos debates innecesarios.

La indicación realizada en el párrafo precedente ha sido realizada de otro modo por Cristóbal Orrego (2007). Cuando las explicaciones de la aplicación y del razonamiento judicial propuestas por la corriente central de las teorías jurídicas se agregan a las explicaciones acerca del (concepto de) derecho realizadas por esas teorías, resulta claro que, en el nivel de las proposiciones

(como distinto del correspondiente a los nombres, palabras y formulaciones), esas teorías comparten (aunque no siempre sin auto-contradicción) las principales tesis acerca del derecho que proponen los teóricos del derecho natural, como Tomás de Aquino: (i) que la ley establece razones para la acción, (ii) que las normas pueden y presuntivamente (*defeasibly*) crean obligaciones morales que, en cuanto tales, no existían previamente al establecimiento de esas normas, (iii) que ese tipo de obligación jurídico-moral resulta vencido o derrotado por la grave inmoralidad (injusticia) de la norma positiva, y (iv) que la deliberación, razonamiento y decisión judicial, así como cualquier otra paradigmáticamente jurídica, incluye, concurrentemente, tanto al derecho natural (moral), como al derecho (puramente) positivo. La indicación de Orrego parece resultar confirmada, *e. g.*, el artículo sobre el positivismo jurídico de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Green, 2003). Pareciera, por lo tanto, que las teorías “positivistas” contemporáneas son teorías del derecho natural que se distinguen del cuerpo principal de la teoría del derecho natural: (a) por su negativa de que la teoría *del derecho* (en cuanto distinta de la teoría o teorías de la aplicación, del deber judicial, de la obligación jurídica de los ciudadanos, etcétera) necesaria o apropiadamente comprenda los temas relacionados recientemente enumerados y, de acuerdo a esto, (b) por el carácter incompleto de sus teorías del derecho, es decir, por la ausencia en éstas (y usualmente, aunque no siempre, en sus explicaciones de los asuntos relacionados) de una sistemática atención crítica a los fundamentos de los reclamos normativos, morales o de otro tipo, que sus teorías realizan o presuponen.

En síntesis: una teoría del derecho natural acerca de (la naturaleza del) derecho procura tanto dar una explicación de la facticidad del derecho como responder a las cuestiones que resultan centrales para la comprensión del derecho. Tal como han sido enumeradas por Green (2003) (después de haber observado que “ninguna filosofía jurídica puede ser sólo positivista”), estas cuestiones ulteriores (que “el positivismo jurídico no aspira a

responder”) son: ¿qué tipo de realidades pueden plausiblemente contarse como méritos del derecho?, ¿qué papel han de jugar en la aplicación del derecho?, ¿qué reclamo tiene el derecho a nuestra obediencia?, ¿qué leyes hemos de tener?, y ¿hemos de tener derecho en definitiva? Todas estas cuestiones, aunque organizadas y articuladas de modo un poco diferente, serán tratadas en el presente trabajo.

## I. POSIBILITANDO LA POSITIVIDAD: LOS HECHOS SOCIALES GENERAN RAZONES PARA LA ACCIÓN

El punto de apoyo y cuestión central de las teorías del derecho natural 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 para actuar de acuerdo con él? ¿Cómo puede la validez jurídica (“formal”, “sistémica”) de una norma, juicio o institución, o su facticidad o eficacia como fenómeno social (*e. g.*, de una práctica oficial), hacerlas autoritativas en las deliberaciones de sus sujetos?

El sentido y fuerza de estas preguntas, y los caracteres principales de los tipos de respuestas dados por las teorías del derecho natural, ameritan una indicación preliminar. Por un lado, las teorías de la ley natural sostienen que el carácter “basado en fuentes” del derecho —su dependencia de hechos sociales, tales como la legislación, la costumbre o los precedentes establecidos judicialmente— es un elemento fundamental y primario en “la capacidad del derecho de promover el bien común, asegurar los derechos humanos, o gobernar con integridad” (*cf.* Green, 2003). Por otro lado (otra vez *cf.* Green, 2003), la cuestión de “si el derecho es por su propia naturaleza moralmente problemático” ha sido desde el principio objeto de consideración por los líderes de la tradición iusnaturalista (la primer cuestión que presenta Tomás de Aquino acerca de la ley humana en el núcleo de su discusión sobre el derecho, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 1, es si la ley humana [derecho positivo] es beneficiosa —¿no se

harían las cosas mejor con exhortaciones y advertencias, o con jueces designados simplemente para “hacer justicia”, o con líderes sabios gobernando como lo considerasen mejor— [véase abajo I.3]). Los textos clásicos y los principales entre los contemporáneos de la teoría del derecho natural tratan al derecho como moralmente problemático, entendiéndolo como un instrumento indispensable para un gran bien, pero que rápidamente deviene un instrumento de un gran mal, salvo que sus autores, de modo vigilante y firme, lo realicen bien, reconociendo y cumpliendo sus deberes morales de hacerlo, tanto fijando el contenido de sus normas y principios como en los procedimientos e instituciones mediante las cuales lo producen y administran. Todas las teorías del derecho natural entienden al derecho como un remedio contra los grandes males de, por un lado, la anarquía, y, por el otro, la tiranía. Una de las formas características de la tiranía es la cooptación del derecho como una máscara para decisiones fundamentalmente ilegítimas, ocultas bajo las formas del derecho y la legalidad.

### 1. *Razones básicas para la acción y la necesidad de la autoridad gubernamental*

Si se piensa cuidadosa y perceptivamente acerca de qué cosas perseguir (o evitar) y hacer (o abstenerse), se puede rápidamente entender y asentir a afirmaciones prácticas, tales como que la vida y la salud, el conocimiento y la armonía con los demás, son deseables para nosotros y cualquier otro. La deseabilidad intrínseca de estados de cosas como la propia realización (*flourishing*) en vida y salud, en el conocimiento y en las relaciones amistosas con los demás, se articula a través de principios del razonamiento práctico fundacionales y no-derivados (razonando hacia la elección y la acción). Estos principios del razonamiento práctico conducen hacia acciones, disposiciones y acuerdos que promueven esos bienes inteligibles, y ese carácter directivo o normativo se expresa a través de expresiones como “yo he de...” o

“yo debo...”, en sentidos que, no obstante realmente normativos, son sólo incipientemente morales.

Una teoría moral de la ley natural dará una explicación acerca del modo en el cual los primeros principios de la razón práctica toman su fuerza moral al ser considerados no individualmente, sino en su normatividad integral y única. Este carácter directivo integral se torna específico (aunque todavía en gran medida general) en principios tales como el mandamiento de amar a los demás como a nosotros mismos; o en la regla de oro de hacer a los demás lo que quisiéramos que nos hicieran a nosotros, o de no hacer a los otros lo que no quisiéramos que nos hicieran a nosotros; o en los “imperativos categóricos” de respetar, y tratar como intrínsecamente valiosos a la humanidad (los aspectos básicos de la realización humana) en uno mismo y en los otros, de modo tal que cada una de nuestras comunidades sea tratada como un reino de fines —de personas consideradas cada una como un fin en sí mismo—.

A estos principios, de alto nivel pero no sin contenido, puede dárseles mayor especificidad en dos formas: (1) identificando aquello que, dados ciertos caracteres estables de la realidad humana, ellos implican (véase I.2-4), y (2) a través de una selección —racional, pero no estrictamente deductiva— entre especificaciones alternativas, una selección denominada por el Aquinate *determinatio* (en plural, *determinationes*) (véase I.5). Las comunidades políticas son un tipo de instituciones cuyo estatus racional como un objetivo normalmente deseable y obligatorio para, y como el contexto de, una acción (y tolerancia) colaborativa, puede ser fácilmente visto como implicado por los principios prácticos y morales fundacionales. En estas comunidades, el modo normal de llevar a cabo las necesarias *determinationes* 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 (puesto).

La parte teórico-política de la teoría del derecho natural explica y elabora los fundamentos y formas adecuadas de la au-

toridad gubernamental. Explica las diferencias y similitudes entre la autoridad práctica de los gobernantes (incluidos los electores democráticos actuando como selectores de representantes o como decidores plebiscitarios) y la autoridad teórica de los expertos y personas de juicio sensato. Explica las bases para instituir y aceptar la autoridad práctica como un medio casi necesariamente invariable para prevenir formas de daño y descuido, las cuales, por resultar contrarias a los principios morales de mayor nivel (al menos en cuanto se refieren a relaciones entre personas), envuelven o suponen injusticia. La teoría política subsume, como una de sus ramas, a la teoría jurídica. En cuanto teoría del derecho, la teoría política explica el normal deseo de que la autoridad gubernamental en las comunidades políticas sea ejercido dentro del marco de (en el eslogan clásico) un “gobierno de la ley y no de los hombres” (I.3).

*¿Por qué derecho “natural”? ¿Falacia naturalista?*

¿Qué intenta la corriente central de la teoría del derecho natural al usar la palabra “natural” en el nombre de esa teoría? La respuesta más breve y precisa es que intenta significar “de razón”, como en las expresiones “la ley de la razón” o “los requerimientos de la razón”. Tomás de Aquino es particularmente claro y explícito al decir que, en este contexto, “natural” se predica de algo (como una ley o una virtud) sólo cuando y en razón de que aquello de lo que es predicada se encuentra en línea con la razón, con la razón práctica, o con los requerimientos de la razón práctica (véase Finnis, 1980: 35-6). Más todavía, él emplea, a lo largo de todas sus obras, un axioma metodológico: la *naturaleza* de X se aprehende comprendiendo las *capacidades* de X, las que a su vez son comprendidas entendiendo sus *ac[tua]ciones*, las que en definitiva son comprendidas por el entendimiento de sus *objetos*. Pero los objetos de los actos electivos son los bienes intrínsecos e inteligibles (aspectos del perfeccionamiento humano) hacia los que estamos dirigidos por los primeros principios de la razón

práctica. De este modo, la ecuación, en este contexto, entre “natural” y “racional” y sus términos vinculados, no es una mera confusión, sino que está basada en una distinción entre epistemología y ontología: en el orden del ser, lo que es bueno y razonable para nosotros es el resultante de lo que es fundacional: nuestra naturaleza dada; pero en el orden del llegar a ser conocido, el conocimiento de nuestra naturaleza es, en una parte significativa, el resultante de nuestra comprensión de cuáles tipos de posibles objetos de elección son buenos.

Aunque el núcleo de la corriente central de la teoría clásica de la ley natural no resulta contaminada por ninguna “falacia naturalista” (Finnis, 2005, 2.4.2), el conocimiento no-práctico de los hechos cuenta, en esa teoría, de varios modos. El conocimiento de la posibilidad fáctica de (digamos) adquirir conocimiento, o de perder o salvar la vida, es un dato (no necesariamente una premisa) para la comprensión de que esas posibilidades son asimismo oportunidades —que actualizando la posibilidad podrían ser *bienes* para uno mismo y para otros—. Otros tipos de hechos relevantes incluyen los hechos acerca de ciertas capacidades humanas radicales y de su ausencia en ciertos animales —estos hechos son los datos para la penetración en el sentido y límites de la clase (personas, seres humanos) de los “otros”, en la frase “bueno para uno mismo y para otros”—. O también, hechos acerca de la provisión limitada de recursos y de la limitada fuerza de la voluntad humana (la necesidad de incentivos, etcétera) que hacen a la apropiación de recursos por propietarios particulares (I.5) un requerimiento normal de la justicia, tanto para los no-propietarios como para los propietarios.

## 2. *La autoridad política como remedio para la anarquía, la injusticia y la pobreza*

Los textos primeros (*e. g.*, el platónico o pseudo-platónico *Minos*: Lewis, 2006) y más fundacionales (*e. g.*, *Gorgias*, *La República*



y *Las leyes*, de Platón, y *La política* de Aristóteles) de la tradición de la teoría de la ley natural recuerdan a sus lectores los males evidentes de la anarquía: un estado de cosas en el cual ninguna persona o conjunto de personas reclama eficazmente o es aceptado ampliamente como teniendo autoridad para restringir el uso de la violencia, el robo y el fraude, y en el que cualquier norma convencional de conducta se transforma en vacía, en razón de las disputas irresolubles acerca de su contenido y/o su aplicación. En una situación como esa, el más fuerte, artero y rudo se aprovecha de los más débiles; la educación de los niños (que necesita de recursos fuera de la familia) es difícil de realizar, y la actividad económica resulta atrofiada por la inseguridad de las propiedades y la falta de confianza de los emprendimientos. Aquí es evidente la necesidad de personas que articulen y refuercen estándares de conducta que tiendan a promover el bien común de la seguridad corporal, el acceso estable a los recursos, la cooperación en las actividades económicas y educacionales, y la rectificación (a través de la punición, la compensación o la restitución) de al menos las más graves injurias interpersonales, sean de comisión o de descuido. Para articular esa necesidad, hay que exponer las razones para instituir y mantener la autoridad política, especialmente el gobierno y la legislación estatal, con la condición de que esas instituciones lleven adelante sus actividades legislativas, ejecutivas y judiciales, sustancialmente para el bien común de los habitantes del territorio relevante, más que para los intereses de un segmento de la población injustamente indiferente u hostil a los intereses y el bienestar de los otros segmentos.

### 3. *El gobierno de la ley como remedio para los peligros de tener normas*

Aristóteles (*Política*, III.15.1286 a - IV 4 1292 a) debate vigorosamente la cuestión de si la autoridad política es mejor ejercida a través del “gobierno [primacía, supremacía] de la ley” o el

“gobierno de los hombres”, sea el de la mejor persona, o de una asamblea democrática, o por supuesto el de una corte de justicia (*Retórica*, I, 1, 1354 a 32 – b 16). Él ordena sus argumentos para sugerir la respuesta de que en casi todas las sociedades, en casi todas las ocasiones y asuntos, es preferible que el gobierno sea ejercido por o de acuerdo con las leyes, ya que: (i) las leyes son producto de la(s) razón(es) y no de las pasiones, (ii) la soberanía de un gobernante o asamblea tiende a la tiranía (*i. e.*, gobierno en interés de un grupo, 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 manejado sin regulación legal. Por lo tanto, para Aristóteles, el caso central de autoridad práctica es el gobierno de una *polis* por la ley y por gobernantes reglados legalmente.

La explicación de Tomás de Aquino de la ley humana positiva trata el caso central del gobierno como el auto-gobierno de un pueblo libre, por los gobernantes e instituciones que ese pueblo ha designado para ese propósito, y el caso central del derecho es el de la coordinación por la ley de sujetos voluntarios, ley que, por su carácter público (promulgación), claridad, generalidad, estabilidad y carácter práctico, trata a esos sujetos como participantes en la razón pública (*Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4 c; q. 95, a. 3 c; q. 96, a. 1; q. 97, a. 2). Porque define las leyes como proposiciones prácticas universales (en el sentido lógico de “universales”) concebidas en la razón del gobernante, y comunicadas a la razón del gobernado de tal modo que éste pueda tratar esas proposiciones, al menos presuntivamente, como razones para la acción —razones tan decisivas para cada uno de ellos como si hubieran sido concebidas por cada cual y adoptadas por ellos mismos a través de un juicio y elección personal—.

Lon Fuller (1969) reconociendo el liderazgo del Aquinate en esta discusión de los aspectos formales y procedurales del sistema jurídico, reúne las dispersas y fragmentarias puntualizaciones realizadas en este tópico, en una lista ordenada de ocho elemen-

tos del gobierno de la ley (*rule of law*), es decir, de la *primauté du droit*, del sistema jurídico, del *Rechtsstaat*. 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 gobernadas como personas libres, fundamentalmente iguales a sus gobernantes, no como títeres o peones de ajedrez que pueden ser manejados y ordenados a través de la manipulación, la incertidumbre, el miedo, etcétera. El resultado normal de esa imparcialidad en los procedimientos para elaborar y mantener el derecho será también el de fortalecer la eficacia del derecho.

Lamentablemente, la superficie del texto de Fuller da más prominencia a la efectividad que a la imparcialidad, y varios críticos (*e. g.*, Hart, Dworkin) pasan por alto las connotaciones morales de las alusiones de Fuller a la *reciprocidad* entre gobernantes y gobernados, considerando al título de su libro, *The Morality of Law*, una denominación impropia. Esta tesis ha sido elaborada más cuidadosamente sobre diferentes bases por Raz (1979) y Kramer (2004a y 2004b): a pesar de que el gobierno de la ley (y su cumplimiento) puede ser moralmente importante y aun una virtud moral (en cuanto normalmente necesaria para un completo gobierno justo en una sociedad justa, y especialmente para disminuir los peligros que se siguen de la existencia de la autoridad política, así como de la ley misma), resulta no obstante moralmente neutral, desde que (en Estados que emplean las formas del derecho) ese modo de gobierno sería normalmente necesario aun para gobernantes profundamente injustos para realizar sus propósitos inmorales. Sería como un cuchillo filoso, cuyo filo lo hace apto para una cirugía que puede salvar una vida, pero también para la acción de asesinos furtivos y crueles (Raz, 1979: 224-6).

Finnis (1980/2011) y Simmonds (2004, 2005, 2006, 2007) han desafiado el reclamo cuasi-empírico de que aun los tiranos viciosos necesitan o encuentran apto, para la eficacia de su do-

minación, cumplir con los requerimientos del gobierno de la ley. El octavo de los requerimientos propuestos por Fuller para el gobierno de la ley, es decir, la adhesión de los gobernantes, en su conducta en cuanto tales, a sus propias normas, es especialmente obstructiva, más que promotora, de los propósitos del tirano. Pero el foco del interés de Fuller y el más fructífero ámbito de debate no se encuentra tanto en los fenómenos históricos o sociológicos, sino en las razones prácticas “internas” que están en juego. Si los gobernantes no respetan en algún aspecto los derechos e intereses de algunos de sus sujetos, en relación con cuestiones sustantivas (vida, seguridad corporal, libertad, propiedad, y así sucesivamente), ¿por qué tendrán los gobernantes que respetar esos derechos —qué razón tienen para hacerlo— en las cuestiones de procedimiento involucradas en el gobierno de la ley (dándoles información imparcial acerca de lo que se espera de ellos y adhiriendo como gobernantes al derecho promulgado cuando valoran su conducta, así como en otros tratos gubernamentales con esos sujetos)? Una más o menos inconsistente voluntad de los gobernantes de atar sus manos por una adherencia escrupulosa a la justicia procedimental, mientras son sustantivamente injustos, es por supuesto psicológicamente posible. Pero la preocupación primaria de Fuller, así como la de la amplia tradición de la teoría de la ley natural, es con una racionalidad y unas implicancias específicas de la razonabilidad que sean completas y coherentes: es decir, con el juicio y la elección *moralmente* razonables.

4. *Ius Gentium - ius cogens - mala in se - derechos humanos:*  
*normas jurídicas y derechos establecidos en cuanto elementos*  
*moralmente necesarios de cualquier sistema jurídico*

Fuller ofrece una teoría de la ley natural meramente procedimental, aunque no niega que una teoría de la ley natural sustantiva sea posible y apropiada. Y por supuesto no hay razón suficiente para seguirlo en su restricción del alcance de la reflexión

teórico-práctica acerca de lo que es necesario para una sociedad política que valora las auto-restricciones y la aceptación de las responsabilidades que el derecho requiere a aquellos a quienes se aplica. Porque resulta claro que los procedimientos e instituciones del derecho están al servicio de propósitos sustantivos: la restricción de la violencia, el robo y el fraude, la devolución de las cosas desapropiadas a sus propietarios legítimos o poseedores y de las pérdidas incorrectamente impuestas, la protección de los bienes intangibles, como la reputación contra la difamación injustificada, así como de los inmaduros, los mentalmente inhábiles y otras personas vulnerables, contra la explotación sexual o de otro tipo, y así sucesivamente. Aquella porción de nuestro derecho positivo que consiste en principios jurídicos o normas que efectivizan propósitos como los recientemente enumerados son habitualmente denominados, por las teorías del derecho natural, *ius* [o *jus*] *gentium*.

Acuñada por los juristas del derecho romano clásico, como Gayo (c. 165 AD), esta expresión —literalmente “la ley de los pueblos”— alude al conjunto de normas y principios que se encuentran de modo similar, aunque no idéntico, en virtualmente todos los sistemas jurídicos. La razón de su ubicuidad es, generalmente hablando, que cualquier consideración razonable de aquello indispensable para que los individuos, las familias y otras asociaciones puedan vivir juntos tolerablemente bien en la sociedad política, identificará estos principios y normas como necesarias. En el derecho moderno, éstas son designadas, en principio, por nombres tales como “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38), *ius cogens erga homines* (literalmente “derecho que es vinculante [sin acuerdo o promulgación u otras formas de adopción] en relación con todos”, “derecho superior”, o “derechos humanos fundamentales”).

En la teoría del derecho de Tomás de Aquino, ellas son designadas como *conclusiones* (implicaciones) de los principios de nivel más elevado, de los principios morales más generales. En la tra-

dición del derecho natural, las incorrecciones recogidas por esos principios son denominadas *mala in se*, como distintas de los *mala prohibita* —cosas que son incorrectas en sí mismas, como distintas de aquellas que son incorrectas sólo porque están prohibidas por el derecho (positivo)— y esta distinción permanece en uso, por buenas razones, en el razonamiento judicial.

Algunas teorías jurídicas hablan de estos principios y reglas como pertenecientes al derecho en razón de una necesidad de tipo conceptual. Hart (1961) puede ser leído de este modo. Pero aun la explicación de Hart, examinada más de cerca, identifica la necesidad relevante no como conceptual o lingüística, sino como una concreción de la necesidad racional de medios indispensables para asegurar objetivos que no son opcionales. Es por esta razón que Hart se refiere a ellos como constituyendo “los contenidos mínimos del derecho natural”. Podría haber expresado más perspicuamente este significado si hubiera hablado del “contenido mínimo del derecho positivo, el conjunto mínimo de principios que, en razón de resultar racionalmente necesarios —dados ciertos «truismos» fundamentales sobre la naturaleza humana y las necesidades humanas— para asegurar propósitos compartidos por todas las sociedades humanas capaces de sobrevivir, pueden ser llamados derecho natural”. El hecho es que estos elementos de nuestro derecho son tanto positivos (realizados por y formando parte de la práctica oficial) como naturales (requeridos racionalmente al menos por el mínimo de realización humana). Estas cuestiones son discutidas más extensamente más abajo en la sección III.

5. *“Derecho puramente positivo”: las determinaciones y su autoridad jurídico-moral para ciudadanos y jueces (los hechos generan razones para la acción)*

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

el cual, aunque enteramente dependiente para su estatus jurídico del hecho de haber sido puesto por ciertas personas o 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 *sólo* por ser parte de un determinado sistema positivo (*ex sola lege humana vigorem habent*: ST, q. 95, a. 3).

Su explicación, ligeramente actualizada, sería la siguiente: esta gran parte (positiva) de nuestro derecho podría razonablemente haber sido diferente, en el sentido en que cada detalle de un hospital maternal podría haber sido de algún modo diferente, y gran parte de su diseño podría haber sido muy diverso, aunque ciertos caracteres (*e. g.*, que las puertas y los techos tengan más de un metro de altura) están supuestos en la comisión de construir un hospital maternal, y cada característica de la obra tiene *alguna* conexión racional con la comisión. Este tipo de conexión racional que se mantiene aun cuando el arquitecto tiene una amplia libertad de elección entre alternativas infinitamente diferentes, es llamado por Tomás de Aquino una *determinatio* de los principios —un tipo de concretización de lo general, una particularización que une la necesidad racional del principio con la libertad (del legislador) de elegir entre concretizaciones alternativas, una libertad que incluye elementos de (en el buen sentido) arbitrariedad—.

Una vez que la *determinatio* es realizada válidamente, cumpliendo los criterios de validez provistos por el derecho constitu-

---

\*\* Cabe consignar que las palabras “derrotable”, “derrotablemente” y “derrotabilidad” no figuran en el *Diccionario* de la Real Academia Española (consulta informática del 26 de enero de 2013), y por lo tanto no podrían, al menos en principio, ser utilizadas en la lengua española. No obstante, como han sido aceptadas ampliamente en la literatura científico-jurídica, se emplearán varias veces en la presente traducción.

cional del sistema jurídico relevante, ésta modifica el estado preexistente del derecho, introduciendo una norma o proposición de derecho nueva o corregida. La norma de derecho nueva o enmendada proporciona a los jueces, otros oficiales y a los ciudadanos, nuevas o enmendadas razones para la acción (o para la abstención). El hecho de que la norma nueva o corregida dependa de una fuente social-fáctica, constituida o empleada por el acto de *determinatio*, no implica que una razón normativa (un “deber”) sea ilógicamente derivada de un mero hecho (un “es”). Más bien, la norma nueva o enmendada es normativa, directiva y (cuando ese es su sentido normativo) obligatoria, porque ese hecho social puede ser la segunda premisa en un silogismo práctico cuya primera premisa es normativa: “debe haber un hospital maternal en esta ciudad”, “la gente debe ser protegida contra los atentados homicidas”, “la gente debe ser requerida para contribuir a los gastos públicos de las funciones gubernamentales apropiadas”, “las víctimas de asalto, robo, ruptura de contratos, negligencia, etcétera, deben ser compensadas”, “el tráfico vial debe ser regulado para reducir los daños por colisiones”, y así sucesivamente. La normatividad moral del principio resulta replicada en las normas más específicas creadas por la *determinatio*, aun cuando la última no sea una inferencia directa de la primera.

Esto quiere decir que la norma concretizada es (tanto moral como jurídicamente) normativa, en razón de que esa normatividad está (presuntivamente y *prima facie*) implicada por el principio (moral) de que el bien común (cuyo contenido fundamental es dado por los principios fundacionales de la razón práctica: I.1) requiere que las instituciones autoritativas actúen para especificar, aplicar y reforzar algunas normas en las materias relevantes. Los hechos sociales transforman a una norma positiva en razón para la acción porque la deseabilidad de la autoridad como medio para asegurar el bien común, y la deseabilidad del “gobierno de las leyes y no de los hombres”, son razones potentes y permanentes para el reconocimiento de esos hechos como instancias de legislación válida que dan presuntivamente razón suficiente para



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

Por lo tanto, en relación con el derecho positivo establecido, la teoría del derecho natural —tal como es reconocido por un buen número de positivistas jurídicos, *e. g.*, Raz, 1980: 213; Gardner, 2001: 227— comparte la principal tesis de los positivistas jurídicos contemporáneos: que el derecho depende para su existencia y validez de hechos sociales.

### *Obligatoriedad “presuntiva” y prima facie*

La obligación u obligatoriedad jurídico-moral de una norma jurídica es la contraparte de la autoridad o autoritatividad de su autor (el que la promulga) o de otra fuente. La idea de autoridad ha sido clarificada por teóricos jurídicos contemporáneos, como Raz y Hart, a través de la reflexión sobre los tipos de razones para la acción intencionalmente propuestas a los sujetos potencialmente actuantes por un ejercicio de la autoridad práctica. Los tipos relevantes de razón práctica han sido llamados indistintamente exclusionarios, perentorios o pre-emptivos, e independientes de su contenido. La idea central es que los sujetos son instruidos para tratar la razón proferida (es decir, la previsión normativa, o la orden judicial), en sus deliberaciones para la elección o la acción, como una razón que no simplemente se agrega a las otras razones que él ya tiene para actuar en un sentido y no en otro, sino que más bien las excluye y toma el lugar de algunas de esas razones.

Y esta fuerza exclusionaria, perentoria o pre-emptiva es debida no al atractivo inherente para la razón del contenido de la razón proferida, sino al estatus de su autor —o de otra fuente— en cuanto titulada —por ejemplo, por su papel en un esquema constitucional de gobierno para la solución de los problemas de coordinación de una comunidad política— para ser obedecida, cumplidos sus mandatos, tratada como autoritativa (véase *e. g.*, Raz, 1986: 35-69). Esta independencia de contenido de las razones autoritativas implica su obligatoriedad presuntiva. La capacidad de ser desplazada que reviste esta presunción está implicada en la dependencia de la fuerza perentoria, pre-emptiva o 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.

Dicho de un modo menos abstracto, tanto la efectividad del derecho, como solución a los problemas de coordinación y promotor del bien común, como la imparcialidad de demandar adhesión a ese derecho, resultan dependientes de su ser tratados, tanto por los sujetos como por los administradores del sistema jurídico, como jurídica y moralmente titulados, precisamente en cuanto derecho válidamente elaborado, para prevalecer frente a todas las otras razones, *salvo* las razones morales competitivas de mayor fuerza. Es esta titulación la que es negada por la injusticia grave de una norma o de un sistema jurídico. Véase III y IV más abajo.

## II. LAS PERSONAS HUMANAS NO SON CREACIONES DEL DERECHO SINO SU RAZÓN DE SER

Hablar de aspectos del bienestar o del florecimiento humano y de los principios de la razón práctica no ha de distraer la aten-

ción de una verdad importante, implícita tanto en el tratamiento filosófico y jurídico clásico de griegos y romanos acerca de la justicia como en la atribución jurídica moderna de los derechos humanos. Por supuesto, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) vincula las dos tradiciones de discurso al colocar a la cabeza de su articulación de los derechos humanos el núcleo (“todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y derechos”) del dicho jurídico romano (*Institutas*, 1.2.2) acerca de que “por naturaleza, desde el comienzo, todos los seres humanos han nacido libres e iguales”, un dicho acerca de la *iustitia*, la justicia como fundamento y estándar para el *ius*, el derecho. Los mismos textos del derecho romano, promulgados como derecho permanente por Justiniano en 529-534 d. C., sostienen más de una vez que el objetivo del derecho (su *causa* “final” o razón explicativa) son las personas humanas en razón de las cuales es elaborado, es decir, todas las personas humanas, hasta los tiempos en los que el *ius gentium*, la ley común de los pueblos, fue distorsionado por las guerras y la esclavitud. El derecho, establecido para asumir un lugar directivo en el razonamiento práctico hacia un juicio moral ajustado, existe en razón de las personas humanas: todos los miembros de la comunidad regulada por ese derecho y todas las otras personas incluidas en el ámbito del derecho.

Esa tesis cae juntamente con aquellas partes de la teoría jurídica que son reconocidas pero no exploradas demasiado por los positivistas jurídicos contemporáneos. Fue ignorada y hasta negada por las primeras formas del positivismo jurídico, dotadas de mayor ambición de cubrir la totalidad de la filosofía jurídica, e. g., la de Hans Kelsen. Kelsen negaba que las personas fueran reconocidas por el derecho o bien por una adecuada teoría del derecho o ciencia jurídica, excepto en la medida en que resultaran el sujeto de una norma jurídica positiva. Pero contra esa restricción, que ha desviado a algunos tribunales que han adoptado la ciencia jurídica kelseniana como guía del razonamiento judicial, es posible sostener (Finnis, 2000) que la igualdad y dignidad fundamental de los seres humanos ha de ser defendida como

parte de un concepto o una comprensión racionalmente sólida del derecho.

Esta defensa requiere una explicación de la diferencia entre las capacidades que están activas aquí y ahora, o están más o menos listas para ser activadas, y las capacidades *radicales* tal como existen en los primordiales epigenéticos de los seres humanos, aun los muy jóvenes, y en la constitución genética y somática aun de los gravemente discapacitados. Aunque esa explicación hace posible la defensa de la igualdad fundamental de los seres humanos, y por lo tanto una teoría jurídica humanista, el objetivo de la explicación no es privilegiar una especie biológica en cuanto tal, sino afirmar el significado jurídico del estatus de personas —sustancias de naturaleza racional— como inherentemente titulares (*sujetos*) de derechos de un tipo diferente, y merecedores de mayor respeto y valor finalista que los derechos que son muchas veces, como *medios* técnicos, atribuidos por el derecho a los animales, a ídolos, barcos u otros objetos de los procedimientos jurídicos.

### III. PRINCIPIOS JURÍDICOS PARA REMEDIAR EL DERECHO POSITIVO DEFECTIVO

#### 1. *La adjudicación entre el positivismo inclusivo y exclusivo*

La tesis positivista de que todo derecho depende para su existencia, validez y obligatoriedad de sus fuentes fáctico-sociales está muchas veces acompañada, tal como en el “positivismo jurídico excluyente” (Raz, 1980: 212-24; Raz, 1985), por la tesis de que los jueces, como “instituciones primarias de aplicación del derecho”, tienen un deber (no sólo moral, sino también jurídico) de decidir cierto tipo de casos (*e. g.*, casos en los que la norma jurídica existente produciría injusticia), mediante la aplicación de principios o normas *morales* que suponen el abandono o la rectificación de parte del derecho existente. Los positivistas jurídicos “incluyentes” atemperan esto sosteniendo que el deber judicial y la autorización

de apartarse del derecho existente a través de la aplicación de principios o normas morales está restringido a aquellas clases de casos en los que una regla de derecho con una fuente jurídica social-fáctica dirige al tribunal a hacerlo; el efecto de esa directiva, sostienen, es el de incluir en el sistema jurídico las normas o principios morales indicados (si es que hay alguno).

La teoría de la ley natural coincide con Raz y Gardner en rechazar la restricción inclusivista como infundada, pero disiente de ellos al sostener (como también lo hace Dworkin, 1978: 47) que cualquier norma o principio que un tribunal está obligado o autorizado a aplicar, precisamente como tribunal, puede razonablemente ser reconocido y contar como derecho, *i. e.*, como norma o principio que ha de ser considerado ya como parte de nuestro derecho. En contra de los positivistas en general, esa teoría sostiene que (i) poco o nada interesa que los principios morales que obligan a los tribunales en cuanto tales sean considerados o no parte de nuestro derecho; pero (ii) si algo importa en el nombre —si, por ejemplo, es reclamado que las cortes no pueden “tomar noticia judicial” de cualquier norma o principio que no “sea parte de nuestro derecho” (y por lo tanto, como en el caso de las normas de derecho extranjero, debe recibir pruebas de la existencia de esas normas y de su contenido)— es más sensato decir que las normas o principios judicialmente aplicables (no como en el caso de la ley extranjera aplicable) son *ipso iure* (*i. e.*, precisamente en cuanto jurídica y moralmente aplicables) normas de *derecho*. Esas normas pertenecen a la porción de nuestro derecho correspondiente al *ius gentium*.

¿Equivale esto a un reconocimiento de que la teoría de la ley natural está significativamente menos interesada que las teorías positivistas contemporáneas en establecer los límites precisos y el contenido del derecho de fuentes social-fácticas (puesto, puramente positivo) de nuestra comunidad? No realmente. Porque (i) las teorías positivistas contemporáneas han abandonado la tesis de los iuspositivistas “clásicos”, como Bentham, en el sentido de que tanto los jueces como los ciudadanos han de cumplir (como ob-

jeto de una obligación político-moral) con la ley positiva de su comunidad: sus tratados o ensayos de teoría jurídica implícita o explícitamente recomiendan a los jueces y a los ciudadanos la afirmación hartiana: “Esto es derecho; pero es demasiado inicuo como para ser aplicado u obedecido” (Hart, 1961: 203; 1994: 208), mejor que la benthamita “Bajo un gobierno de leyes... obedecer puntualmente y... criticar libremente” (Bentham, 1776); de este modo, su interés en distinguir la ley positiva de otros estándares para una segura y legitimada adjudicación aparece, en último análisis (y a pesar de las apariencias), como siendo meramente provisional.

Por otra parte, (ii) las teorías de la ley natural sostienen tan fuertemente como cualquier teoría positivista que una adjudicación segura y legitimada da prioridad a una atención consciente y experta a las fuentes social-fácticas y a las reglas y principios enraizados en esas fuentes, poniendo éstas aparte sólo si son, y en la extensión en que lo sean, “demasiado injustas para ser aplicadas”, y adaptan la nueva regla resultante para que resulte coherente todo lo que sea posible con las restantes (y no tan injustas) doctrinas, normas y principios del sistema jurídico particular en que el juez ejerce su jurisdicción.

### *Un caso testigo: la cuestión Nüremberg*

Las personas reconocidas como los mayores criminales de guerra alemanes fueron juzgadas en 1945 por delitos especificados en un acuerdo (The London Agreement and Charter of 8 August 1945) suscrito entre los Estados que gobernaban Alemania después de su rendición. Los jueces sostuvieron que los acusados habían estado, en todas las ocasiones relevantes, obligados por (y en varios casos habían actuado en violación de) los principios y normas especificados en la Carta de Londres, obligaciones derivadas no —por supuesto— del acuerdo (que se había realizado *después* de los actos en cuestión), sino más bien, como algunos

de los crímenes imputados, del derecho internacional, así como en el caso de los imputados por “crímenes contra la humanidad”, de los “dictados elementales de la humanidad”. Considerar a los acusados responsables de la violación de estas normas y dictámenes, y rechazar cualquier argumento acerca de que la adecuación de sus actos a la ley alemana podía hacerlos legítimos, no significó (y así lo estableció el tribunal) violar el principio de derecho y de justicia de que nadie puede ser castigado salvo por violación del *derecho*.

El resultado de estos fallos puede ser explicado por (i) el positivismo excluyente: el tribunal estaba moralmente autorizado para aplicar normas morales, a pesar de que las normas así aplicadas no eran normas de derecho, ni al tiempo de comisión de los crímenes ni al tiempo de la acusación. Pero los términos de esas sentencias pueden ser explicados por (ii) el positivismo incluyente: la Carta de Londres era derecho positivo para el tribunal y lo mandaba aplicar normas morales que, en virtud de esa directiva jurídica, eran también normas jurídicas. Todavía, (iii) la explicación de la teoría del derecho natural aparece como la más explicativa: las normas morales aplicadas eran también normas del “derecho superior”, aplicable en todos los tiempos y lugares (y por lo tanto en Alemania y sus territorios, antes y después de la Carta) como fuente de argumentación y de juicio “de acuerdo con el derecho” cuando las fuentes social-fácticas, que son las normalmente dominantes y cuasi-exclusivas fuentes del derecho, eran en justicia, guías insuficientes e inadecuadas para cumplir obligaciones como la obligación judicial de hacer justicia conforme a derecho, o la obligación de todos de comportarse con una humanidad elemental, aun bajo órdenes de no hacerlo. Esto es así aun cuando esas órdenes tuvieran validez jurídica intra-sistémica, de acuerdo con los criterios formales o social-fácticos de algún sistema jurídico existente. Y si alguien tiene dudas acerca de la justicia de los vencedores, esas dudas pueden, asimismo, remitirse a los principios del mismo derecho superior, *ius gentium*, o derecho de la razón o de la humanidad.

## 2. *El derecho natural y el derecho (puramente) positivo como dimensiones concurrentes del razonamiento jurídico*

La teoría de la ley natural se encuentra, a este respecto, próxima a la explicación de Ronald Dworkin del derecho y de la adjudicación, no sólo en situaciones fronterizas como la de Nüremberg, sino también en el trabajo cotidiano de un sistema jurídico sofisticado. La adjudicación normal y el razonamiento judicial tienen dos dimensiones o criterios para distinguir la corrección de la incorrección en los juicios. Una dimensión comprende las fuentes social-fácticas (leyes, precedentes, prácticas, etcétera), llamados por Dworkin “materiales jurídicos”. La otra dimensión abarca los estándares morales, presumiblemente aquellos prevalentes en la comunidad a la que pertenece el juez, pero en último análisis, sólo aquellos estándares que el juez puede aceptar como en verdad moralmente irrefutables.

Una interpretación de nuestro derecho que sea moralmente la más adecuada será jurídicamente correcta aun cuando se ajuste menos a los materiales jurídicos que otras interpretaciones alternativas, supuesto que se ajuste “lo suficiente” a las fuentes social-fácticas. Los estándares morales así aplicados, que Dworkin (en la misma línea que la teoría del derecho natural) trata como susceptibles de ser moralmente objetivos y verdaderos, funcionan por lo tanto como fuentes directas de derecho y, en cierto sentido, como siendo ya derecho, excepto cuando su ajuste con el conjunto completo de las fuentes social-fácticas sea tan débil que sería más correcto (según Dworkin) decir que los jueces que los aplican están aplicando moral y no derecho (y por lo tanto, si ellos afirman que están aplicando derecho, se estarían equivocando o mintiendo —una mentira que Dworkin considera a veces encomiable—) (Dworkin, 1978: 326-7, 340).

Una teoría del derecho que, a diferencia de la de Dworkin, se coloque a sí misma directamente en la tradición de la teorización del derecho natural, probablemente se apartará de estas posiciones de dos maneras. (i) No aceptará la tesis de Dworkin de que



aun en los casos muy difíciles existe sólo una respuesta correcta en derecho; negará su asunción de que existe una sola medida correcta y racionalmente identificable acerca de cuánto ajuste con los materiales jurídicos existentes (fuentes social-fácticas) es “suficiente” (necesario y suficiente) como para habilitar el uso de estándares morales para identificar la interpretación jurídicamente correcta del derecho. En ausencia de esa única medida, el razonamiento jurídico deberá a menudo —y en los casos muy difíciles, usualmente— contentarse con mostrar que dos o tres interpretaciones alternativas se distinguen de un número indefinido de otras interpretaciones por ser correctas, es decir, no erróneas (aunque no las *únicamente* correctas). (ii) Cuando los jueces, en orden a evitar una grave injusticia, se apartan de la comprensión del derecho ya establecida (y quizá de los términos claros de un decreto) y aplican una interpretación alternativa, moralmente imperada, considerándose autorizados para hacerlo por la ley superior de la razón, la naturaleza y la humanidad, no estarán mintiendo si afirman que, haciéndolo, están tanto rectificando *como* aplicando el derecho (de su Estado). Véase IV, más abajo.

### 3. *Implicaciones del gobierno de la ley necesarias para la positividad*

En la misma línea de la explicación de dos dimensiones propuesta por Dworkin (así cualificada), la teoría del derecho natural asentirá a la tesis que Green considera característica del positivismo jurídico:

[1] el hecho de que una política sea justa, sabia, eficiente o prudente, nunca es una razón suficiente para pensar que sea realmente derecho, y [2] el hecho de que [un derecho] sea injusto, insensato, ineficiente o imprudente, nunca es una razón suficiente para dudar [de que sea derecho].

Porque en referencia a [1]: lo que el gobierno del derecho y no de los hombres requiere es la institución de un *sistema jurídico*,

un *corpus iuris*, y de este modo lo que un principio de la moralidad (derecho natural) o *ius gentium* implica que sería un apropiado gobierno del derecho es, sin embargo, no todavía una parte de nuestro derecho —menos aún es una mera “política” hecha derecho al ser “prudente” o “eficiente”—, salvo que su contenido, conceptualización y forma estén de tal modo informados, ya sea en el pensamiento judicial u otro saber jurídico o en los juicios o la legislación, como para cohesionar con las restantes partes (especialmente las partes más vecinas) de nuestro derecho.

Y en referencia a [2]: una teoría del derecho natural, consciente del carácter deseable del gobierno del derecho y no de los meros jueces (véase I.3), puede muy bien ser más cautelosa que el mismo Dworkin al apartarse del derecho establecido (basado en fuentes social-fácticas). En aquellas ocasiones en que este apartamiento está moralmente justificado, la teoría sugerirá que el juez está autorizado a proceder de acuerdo con el derecho superior y perenne de la humanidad, el *ius gentium* o conjunto de principios universales de derecho y justicia comunes a todos los pueblos civilizados, que priva al derecho establecido —más precisamente, al que ha sido aceptado en una determinada jurisdicción como derecho establecido— de su carácter directivo tanto para los sujetos como para los jueces. ¿Esta autorización moral es también “jurídica” y “conforme a derecho”? ¿El derecho establecido, que el juez está moralmente autorizado a dejar de lado, ha de ser tratado, aun antes de que el juez dicte sentencia, como no-derecho? La sección siguiente argumenta que la cuestión ha de ser respondida tanto con un “sí” como con un “no”.

#### IV. ¿“*LEX INIUSTA NON EST LEX*”? ¿LAS NORMAS SERIAMENTE INJUSTAS OBLIGAN? ¿OBLIGAN JURÍDICAMENTE?

En esos casos, el derecho establecido por fuentes social-fácticas, al perder su carácter directivo para jueces y ciudadanos, ¿pierde también su validez jurídica? La respuesta depende del contexto

discursivo en el que se plantea la cuestión. Si un curso de pensamiento y reflexión hace apropiado reconocer el carácter de “establecido” o “puesto” de las normas como cognoscible con referencia a las fuentes social-fácticas, se puede decir que son jurídicamente válidas, pero demasiado injustas como para ser obedecidas y aplicadas. Pero si, en cambio, 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, es no sólo moralmente no-directiva, sino también jurídicamente inválida. Cada modo de hablar dice una parte importante de la verdad, o mejor aún, dice la verdad con un énfasis que difiere del que corresponde al otro.

El significado de “un derecho injusto no es derecho” es esencialmente idéntico al de la frase de Hart, “esto es derecho, pero demasiado inicuo para ser obedecido y aplicado” (o alegable como defensa). La excitación y la hostilidad surgidas entre los teóricos jurídicos modernos (especialmente Hart) por el primer modo de hablar resultan injustificadas. Nadie tiene dificultad para comprender locuciones tales como “un argumento inválido no es un argumento”, “un amigo desleal no es un amigo”, “una medicina de curandero no es una medicina”, y así sucesivamente. *Lex iniusta non est lex* tiene la misma lógica: reconoce, en sus palabras iniciales, que lo que está en cuestión es, en ciertos aspectos importantes —quizá normalmente y presuntivamente decisivos—, *derecho*, pero luego, en su retractación o negación de ese predicado, afirma que, desde que la justicia es el verdadero objetivo de tener y respetar el derecho, esta deficiencia particular del derecho respecto de la justicia lo priva del significado decisivo que todo derecho pretende tener. Se trata aquí entonces de derecho sólo en el sentido de que ha de ser juzgado —especialmente cuando el derecho es considerado, como por el mismo Hart, como un tipo de razón o pretendida razón para el obrar— como un sentido no-central, distorsionado o secundario de derecho.

*Nota:* La teoría política clásica, tal como fue expuesta por Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino, hace un uso regular de esta distinción entre instancias centrales e instancias pervertidas o de algún modo marginales de un mismo concepto o término analógico, y de este modo el Aquinate nunca dice pura y simplemente “el derecho injusto no es derecho”, sino más bien “el derecho injusto no es pura y simplemente [*simpliciter*] derecho” o afirmaciones similares. Además, él dice en varios lugares que “un juicio injusto [de un tribunal] no es un juicio” y parece claro que puede haber utilizado la locución simplificada, en forma de eslogan, como abreviatura.

Todo esto parece haber sido pasado por alto por Hart en su polémica (Hart, 1961: 204-7; 1994: 208-12) en contra del adagio *lex iniusta non est lex*. El argumento de Hart de que el uso del eslogan podría tender a desalentar o confundir la crítica moral del derecho, aparece como histórica y lógicamente indefendible. El eslogan es ininteligible salvo como una expresión y una incitación a comprometerse en ese tipo de crítica, y no puede ser rechazado sin antes haberlo citado equivocadamente, tal como lo hacen invariablemente Hart y todos aquellos que utilizan su argumento, apartando la atención del primer predicado del eslogan y de su aserción implícita: que la norma injusta en cuestión es una regla de *derecho*.

Algunas teorías han adoptado ciertas afirmaciones de la teoría del derecho natural, y afirman ser teorías del derecho natural, pero han sostenido que aun las normas más injustas crean una obligación de obedecer, obligación que es a la vez jurídica y moral. La de Kant (véase Alexy, 2002: 117-121) es una de esas teorías: un sistema jurídico puede estar integrado enteramente de derecho positivo, pero debe ser “precedido por un derecho natural que establezca la autoridad del legislador... a obligar a los demás simplemente por su acción arbitraria”. Pero esta pretendida norma básica de derecho natural mira no a la justicia de los contenidos de las normas jurídicas positivas, sino exclusivamente a la necesidad de certeza jurídica y de paz cívica, que Kant adop-

ta para excluir todo derecho de resistencia a las leyes injustas, así como cualquier negativa de que son plenamente jurídicas. Alexy ha puesto de relieve las confusiones e inconsistencias de las tentativas de Kant de evadir la posición clásica acerca de que las normas cuya injusticia es lo suficientemente grave, pueden y deben considerarse desprovistas del carácter jurídico predicable de las normas de derecho, y que los ciudadanos y los tribunales, en tanto que tribunales, están jurídica y moralmente titulados para considerarlas como —o tratar como si fueran— no-derecho. En éste, como en varios otros aspectos, los desarrollos filosóficos de los siglos dieciocho y diecinueve (así como sus homólogos de los siglos veinte y veintiuno) han sido no tanto progresos como retrocesos.

V. ¿PUEDEN LAS TEORÍAS GENERALES  
DEL DERECHO SER LIBRES DE VALORACIONES?  
¿DE VALORACIONES MORALES?

Las descripciones de las valoraciones realizadas por personas particulares o sociedades pueden por supuesto ser libres de valoración. Sin duda, el historiador, el detective u otros observadores piensan que existe algún valor en realizar su investigación y la descripción resultante, pero esa valoración no necesita de ningún modo entrar en la descripción misma. Todavía menos necesita la descripción aprobar o desaprobar las valoraciones que ella reporta. Pero la situación es distinta si a lo que se aspira es a ofrecer una explicación general de instituciones o prácticas humanas, como el derecho, la amistad, las constituciones, y así sucesivamente. Aquí se confronta la necesidad de seleccionar y priorizar no sólo la investigación en sí misma, sino más bien un conjunto de conceptos (y sus términos correspondientes) de entre (o arriba o abajo) el conjunto de términos y conceptos empleados en la auto-comprensión de los individuos o grupos bajo (o disponibles para) estudio.

Donde el sujeto o materia de la explicación general proyectada es alguna práctica o institución ideada por (más o menos adecuados ejercicios de) la razón, y dirigida a la deliberación racional de individuos o grupos, normalmente no habrá una buena razón para no priorizar aquellas formas de esa práctica que son más racionales, más razonables, más receptivos a razones, que otras formas de las “mismas” o análogas prácticas o instituciones. El estándar para asignar razonabilidad a este propósito teórico es, en último análisis, el conjunto de criterios de razonabilidad que el teórico descriptivo usaría al tratar con problemas prácticos similares en su propia vida.

Esta necesidad de una selección de conceptos y términos cargados de valor para su uso en una teoría general de realidades sociales como el derecho, ha sido puesto en evidencia en la obra de Max Weber, profeta de la ciencia “libre de valoraciones”. Por ejemplo, en su consideración de las formas de dominación (*Herrslichkeit*) identifica tres tipos puros, centrales, característicos (*ideal Typen*): carismático, tradicional y racional (burocrático, jurídico). Pero las explicaciones de los dos primeros tipos son enteramente en términos de cómo ambos difieren del tipo racional, cuya racionalidad es auto-evidente para Weber y sus lectores sobre la base de su propio conocimiento de los bienes humanos (aspectos básicos del bienestar humano) y de las verdades prácticas a ellos relacionadas (véase Finnis, 1985: 170-72). La teoría del derecho natural, tal como fue practicada ya en la *Ética* y la *Política* de Aristóteles, hace estas valoraciones del teórico de modo abierto y explícito (no oculto y embarazoso), y las somete a debate y escrutinio racional.

Raz, Dickson y otros aceptan que ciertas valoraciones son necesarias, pero niegan que ellas sean morales (Dickson, 2001). Pero una vez que comenzamos a reflexionar sobre razones, ¿pueden contar otras razones salvo las buenas razones? Si una razón moral no es nada más que la razón práctica en su máxima expresión, totalmente crítica y adecuada como razón, las razones morales tendrán un lugar decisivo en la formación de los con-

ceptos de la ciencia moral, incluyendo los de una teoría general descriptiva del derecho. Y esto parece no haber tenido el efecto temido por Hart, es decir, el remitir el estudio de las leyes e instituciones perversas a otra disciplina distinta (Hart, 1961: 205; 1994: 209). Por el contrario, ellas son el objeto de viva atención en la teoría del derecho, precisamente por su oposición a los sistemas jurídicos (sustantiva y procedimentalmente) moralmente buenos. La *Política* de Aristóteles, si bien en definitiva es metodológicamente imperfecta, es un primer testimonio de este tipo de reconocimiento clarividente y de la descripción de formas, prácticas e instituciones sociales irrazonables en el marco de una teoría descriptiva orientada por los juicios morales del teórico social.

Por otra parte, la teoría social descriptiva es sólo un aspecto subordinado de las teorías del derecho natural. Su enfoque principal es típicamente el de identificar las condiciones bajo las cuales el derecho está justificado, tanto en el sentido de que el derecho puede y ha de ser preferible a la tiranía o a la anarquía o aun al más benevolente “gobierno de los hombres”, como en el sentido de que tal o cual principio jurídico, institución o norma pueden ser juzgados como preferibles a razones alternativas o a pretendidas razones para la acción. Como dice Green (2006):

Los argumentos valorativos son, por supuesto, centrales a la filosofía del derecho genéricamente considerada. Ningún filósofo del derecho puede ser *solamente* un positivista jurídico. Una teoría del derecho completa requiere también una explicación de qué tipo de cosas pueden considerarse como méritos del derecho (¿puede el derecho ser eficiente o elegante tanto como justo?); cuál es el papel que el derecho ha de jugar en la adjudicación (¿las normas válidas deben ser siempre aplicadas?); qué título tiene el derecho a nuestra obediencia (¿existe un deber de obediencia?); o también de cuestiones centrales como qué normas debemos tener o si hemos de tener leyes pura y simplemente. El positivismo jurídico no aspira a responder estas cuestiones, a pesar de que su reclamo de que la existencia y contenido del derecho depende sólo de hechos sociales sí les da forma.

No sería mejor decir: ¿ningún filósofo del derecho necesita, o habría de, ser un positivista jurídico? Porque la dependencia del derecho de los hechos sociales es totalmente reconocida, e inclusive explicada, por las teorías del derecho natural. Y esto no es una “concesión” de parte de los teóricos del derecho natural, ya que sus posiciones principales fueron articuladas por Tomás de Aquino varios siglos antes de que emergiera el positivismo jurídico con su desafío a (lo que tomaron por ser) la teoría del derecho natural. La críticas positivistas a la teoría de la ley natural, cuando no descansan sobre el escepticismo acerca de la posibilidad de juicios morales, un escepticismo explícitamente confutado (*disavowed*) en el pasaje anterior, descansa sobre malos entendidos de ciertos pasajes de las obras de teóricos del derecho natural. Sobre estos malentendidos, véase Finnis, 1980: 23-55; Soper, 1992.

Una vez más: ¿cómo pueden cuestiones fundamentales como “¿hemos de tener derecho en definitiva?” ser “informadas” por la tesis positivista de que la existencia y contenido del derecho depende sólo de hechos sociales? La propuesta de Green ¿no invierte el orden razonable de indagación y reflexión? Las necesidades sociales básicas y las circunstancias sugieren fuertemente a la gente, virtualmente en todos los tiempos y lugares, que deben elaborar y conservar ciertas normas del tipo de las que llamamos derecho, normas que dependen directamente y en su mayor parte de hechos sociales, como la costumbre, la legislación autoritativa y la adjudicación. La filosofía jurídica reformula y clarifica críticamente ese razonamiento práctico elemental, algo que Hart hizo en su libro de 1961, donde construyó una consideración descriptiva y explicativa del derecho (es decir, que refina su y nuestro concepto o comprensión del derecho) a través de la explicación de cómo las normas difieren de los hábitos, de cómo los poderes tienen diferentes funciones y diverso valor social que las obligaciones, y de ese modo no son aptos para reducirse a obligaciones, y cómo las reglas “primarias” que condenan la violencia extrema, el robo y el fraude *necesitan*, en razón de su falta de movilidad, y de certeza en su contenido y su aplicación, ser suplementa-



das por reglas “secundarias” de reconocimiento, adjudicación y cambio, el suplemento remedial que incluye a una sociedad en el dominio del gobierno del derecho y de un sistema jurídico.

¿No pueden estos elementos del libro de Hart ser tomados como una instancia de una teoría del derecho natural, realizada de modo primariamente descriptivo (más que primariamente justificatorio), y con una indagación incompleta de los recursos de la razón práctica, recursos a los que se echa mano (*draw upon*) en una completa descripción explicativa general del derecho? ¿No es que la descripción de Hart, a pesar de no ser completa, funciona tan bien como lo hace precisamente porque exhuma algunas justificaciones elementales concebidas y puestas en uso por la gente cuyas actividades proveen el material para las descripciones? ¿No comparte él la metodología profunda de Aristóteles y de la tradición del derecho natural (Finnis, 2003b) al hacer que la identificación de *qué es* el derecho (del “concepto de derecho”) dependa de su explicación de *por qué* el derecho es una respuesta racional a las comunes necesidades humanas?

Nada de esto significa decir que una teoría jurídica sólida (*sound*), del tipo de la explicada en este trabajo, necesite ser llamada “teoría del derecho natural”. Como toda filosofía, debe ser hecha considerando proposiciones, no etiquetas.

## VI. OTROS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL

Pensada como parte de una teoría comprehensiva de la razón práctica, que está ordenada a dirigirnos al bien común de cada una de nuestras comunidades y de sus miembros, cualquier teoría jurídica del derecho natural aporta al derecho todas las tesis propuestas y defendidas por las partes política y moral de la teoría del derecho natural y en una comprensión profunda de la formación humana y de las características durables de nuestras circunstancias. Por ello, además de las cuestiones enumeradas por Green, tal

como fue citado en la sección 5 más arriba, cuestiones como las tres que siguen (véanse otras en Finnis, 2002) son abordadas por la teoría del derecho natural como integrantes de la ciencia jurídica, de la teoría y de la filosofía del derecho.

### 1. *La intención en la acción y la expresión*

Las normas jurídicas son proposiciones de la razón práctica aptas para ser tomadas como directivas en las deliberaciones de los sujetos jurídicos individuales en vistas al juicio, la elección (decisión) y la acción (incluyendo la tolerancia elegida). Por ello, una teoría del derecho sólida tendrá una comprensión integrada y crítica de la estructura de la acción electiva, especialmente de las relaciones entre la intención de los fines, la adopción de los medios, el carácter dual de casi todos los fines que son también medios, y de casi todos los medios que son también fines, y de la necesidad y posibilidad normal de elegir libremente entre opciones que suponen o prometen beneficios y desventajas inconmensurables (o incompletamente conmensurables) (Finnis, 1997) con los beneficios y desventajas de las opciones alternativas. Una comprensión como esa clarificará las muchas veces rudimentarias explicaciones dadas en la dogmática jurídico-criminal (tanto en los casos judiciales como en los libro de texto) sobre el *actus reus* y el *mens rea*, explicaciones que muchas veces fallan al distinguir entre la acción como una porción de conducta física y convencionalmente demarcado, y la acción como la realización de la elección de una opción, es decir, de una proposición formada, y por lo tanto dotada de una descripción privilegiada, en las deliberaciones del sujeto actuante.

La diferencia entre los medios (o fines) intentados o elegidos y los efectos previsibles o completamente previstos (“efectos colaterales”), así como la consecuente diferencia entre los estándares morales y los presuntivamente jurídicos, aplicables respectivamente a efectos queridos y no-queridos, es psicológica y mo-

ralmente real. Pero esto es muchas veces distorsionado por una dogmática jurídica simplista, muy opuesta al riesgo (muy real) de que los acusados recurran a evasivas o mentiras acerca de lo que tienen en mente. Lo que cuenta y puede frecuentemente ser inferido a pesar de las evasivas o mentiras, es la descripción del acto bajo la cual el comportamiento elegido es atractivo para el acusado en sus deliberaciones reales (como distintas de las descripciones racionalizadas del acto, adoptadas para presentar esa motivación bajo una mejor luz).

La realidad de la intención en el distinto pero relacionado campo de la comunicación de sentido será también explorada y defendida por una teoría jurídica del derecho natural. Esto no implica un originalismo simple y no-cualificado en la interpretación constitucional, o una simple negación de la insistencia, característica de la dogmática jurídica, sobre que la intención de las partes al realizar declaraciones o acuerdos ha de ser establecida “objetivamente (no subjetivamente)”, es decir, con referencia a lo que un observador razonable habría tomado como el significado de la declaración en cuestión. Porque un observador de este tipo (y por lo tanto, el punto de vista “objetivo”) dará presuntivamente primacía en esta interpretación a lo que (en la medida en que el observador lo puede discernir en las circunstancias de la declaración realizada [=afirmación]) la declaración del autor (“subjetivamente”) realmente significa (=intenta expresar o establecer).

## 2. *Responsabilidad y castigo*

La responsabilidad criminal (culpa) se da primariamente por acciones y consecuencias intentadas por el acusado. La responsabilidad por negligencia es relativamente excepcional en el derecho criminal moderno, aunque es la forma predominante de responsabilidad en el actual derecho de las compensaciones (“derecho civil”) (los deberes y estándares de cuidado usados para atribuir responsabilidad por daños (*tort*)/delictual/civil son

en parte directamente morales y en parte convencionales —en ninguna parte son sólo basados en fuentes sociales, en el sentido de fuentes dotadas por el positivismo jurídico de una primacía incondicional—).

La enunciación jurídica de las normas del derecho criminal/penal (mayormente prohibiciones) tiene como su principal objetivo la eliminación o al menos el desaliento de las formas de acción (u omisión) especificadas. En esta fase de la institución jurídica del derecho criminal y del castigo, el objetivo puede ser llamado disuasión (*deterrence*). El hecho de que este objetivo funcione en parte forzosamente por aplicación de la sanción amenazada en el caso de violación y condena, no supone, por supuesto, que la disuasión sea el fin primario o formativo del castigo. Por supuesto, la institución del castigo tiene su principal sentido y justificación no en la disuasión, sino en la restauración de ese balance presuntamente equitativo de cargas y beneficios que los culpables destruyeron, precisamente al optar por elegir sus propios propósitos y ventajas en lugar de refrenar su conducta para evitar la violación del derecho. Al escoger esa opción preferencial, los culpables se otorgaron a sí mismos una ventaja sobre todos aquellos que refrenaron su conducta de modo de respetar el derecho.

De ese modo, los infractores disturbaron el balance presuntamente equitativo de ventajas y desventajas entre ellos y los respetuosos del derecho. Por lo tanto, el propósito primario del castigo es el de restaurar razonablemente ese balance disturbado, privando a los infractores condenados de su ventaja injustamente obtenida —excesiva libertad de acción— imponiéndoles medidas, castigos, cuyo propósito preciso es restringir su libertad de acción, sea por multas o prisión, proporcionalmente al grado en el cual ellos satisficieron su auto-preferencia. En este sentido, el castigo busca asegurar que, en el periodo de tiempo que va desde antes del delito hasta el del castigo, nadie gane delinquiendo una ventaja sobre sus conciudadanos.

Por ello, mientras la compensación del derecho civil (daño, delito, etcétera) rectifica el balance roto de ventajas y desventajas

entre los *damnificados* y los perpetradores del daño, el castigo en el derecho criminal (penal) rectifica la relación entre los delinquentes y los *miembros de la comunidad respetuosos del derecho*. La justificación retributiva (propósito general justificatorio) del castigo explica por qué la competencia mental y el dolo o mente criminal (*mens rea*) son pre-condiciones estándar de la culpabilidad criminal y del merecimiento del castigo. Esta justificación es compatible con objetivos concurrentes como la disuasión, protección o reforma, que aparecen como efectos colaterales suplementarios de la sentencia retributiva, y con propósitos organizativos de medidas específicas y de caracteres, *e. g.*, del régimen de prisión. Ambos presuponen y refuerzan la realidad de que la comunidad política en cuestión se presenta frente a los delinquentes y los respetuosos del derecho como siendo *nuestra comunidad*.

### 3. *Cada sistema jurídico es de y para una comunidad política particular*

El examen de (i) cómo un sistema jurídico deviene independiente de otro mediante un proceso legítimo y (ii) cómo partes de un sistema jurídico (*e. g.*, su Constitución o sus normas para identificar a los agentes públicos) son reemplazadas por el ilegítimo proceso de un *coup d'état* o revolución, demuestra (véase Raz, 1979: 100-109) que la identidad de un sistema jurídico subsistente como uno y el mismo sistema de normas jurídicas no puede ser explicado (o coherentemente descrito) por una explicación que se refiera sólo a las normas y a sus interrelaciones como normas validadas y normas validantes. La identidad no-simultánea de un sistema jurídico es una función de la identidad subsistente de la comunidad de la que es su sistema jurídico.

La teoría jurídica está sub-alternada a la comprensión histórica (incluida la auto-comprensión) de una comunidad y de sus miembros de ser *esta comunidad* —paradigmáticamente este Estado-nación— más que una secuencia accidental o aglomera-

ración de personas o eventos, y esta comprensión deberá ser en cierta medida sustancial no-dependiente de las normas jurídicas que la comunidad tuvo éxito en constituir para sí misma y sus miembros. Sin lugar a dudas, el propósito compartido de vivir juntos bajo el gobierno del derecho y la memoria compartida del reconocimiento compartido de ese derecho como nuestro derecho son normalmente componentes importantes de esa comprensión compartida de la identidad político-comunal y jurídica. Pero otros propósitos compartidos, recuerdos y disposiciones para actuar deben estar también sustancialmente presentes si el fenómeno de la legítima independencia y del cambio constitucional revolucionario han de ser como lo son.

El realismo crítico de la teoría del derecho natural, evidenciada en su aproximación a la realidad de la intención, como distinta de la previsión y la inatención, y de la elección auto-preferencial y de las diferentes relaciones entre (i) criminal y respetuoso del derecho, y (ii) causante del daño y víctima, la habilita de modo similar a emprender una reflexión crítica, en el marco de la teoría jurídica ampliamente entendida, acerca de los tipos de comunidad capaces de sostener y ser ordenadas, al menos en parte, por los sistemas jurídicos.