



Problema: Anuario de Filosofía y Teoría
del Derecho

ISSN: 2007-4387

problema.unam@gmail.com

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

ZAMBRANO, Pilar

EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE PARA LA ACCIÓN: UNA
APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA IUSNATURALISTA DEL DERECHO DE JOHN
FINNIS

Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 4, 2010, pp. 323-366
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421940002011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

PROBLEMA

Anuario de Filosofía
y Teoría del Derecho **4**

EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE PARA LA ACCIÓN: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA IUSNATURALISTA DEL DERECHO DE JOHN FINNIS

Pilar ZAMBRANO¹

Resumen:

Este estudio intenta responder a la siguiente pregunta: ¿cómo introduce John M. Finnis en la teoría ius-naturalista del derecho, la idea hartiana y raziana de que el derecho proporciona razones excluyentes para la acción? En la búsqueda de una respuesta se abordarán los siguientes ejes temáticos: (a) el concepto genérico de razón para actuar, y su distinción de otras motivaciones posibles para la acción; (b) los rasgos propios de la razón jurídica para obrar, que la diferencian de otro tipo de razones para la acción; (c) los conceptos correlativos de autoridad y obligación en referencia al derecho. En este análisis se señalarán algunas fortalezas en la propuesta de Finnis con respecto a sus predecesores de la tradición positivista, pero también algunas debilidades descriptivas e inconsistencias teóricas. Estas dificultades se presumen ligadas a la dificultad de Finnis en su intento de conciliar el aparato conceptual heredado de la tradición iuspositivista, con el esquema conceptual heredado de la tradición ius-naturalista y, más ampliamente, con la epistemología práctica tomista que recoge de esta tradición.

Palabras clave:

Razón excluyente para la acción, autoridad del derecho, obligación jurídica, obligación moral.

¹ La autora agradece a Carlos Ignacio Massini Correas por sus valiosas observaciones a una primera versión del trabajo que ahora se publica.

Abstract:

This study answers the following question: How does John M. Finnis introduce in his Theory of Law the hartian and razian concept of “an exclusionary reason for action”? The search for an answer entails at least the following items: (a) the generic concept of a “reason for action” and its distinction from other possible motivations for action; (b) the distinctive elements of a legal reason for action, and its difference from other classes of reasons for action; (c) the correlative concepts of authority and obligation, as applied to Law. This analysis will highlight some descriptive and evaluative achievements in Finnis’ proposal, particularly regarding his positivist predecessors, but also some theoretical difficulties, which we presume are linked to Finnis’ aim in trying to conciliate Legal Positivism and Natural Law Theory.

Key words:

Exclusionary Reason for Action, Law’s Authority, Moral Obligation, Legal Obligation.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las motivaciones para actuar: razón directiva, razón moral, y emoción o interés*. III. *El derecho como razón para la acción*. IV. *El derecho como razón excluyente*. V. *La obligación moral y la obligación jurídica de obedecer al derecho*. VI. *Algunas dificultades epistémicas en la distinción entre obligación en sentido jurídico y obligación en sentido moral*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la filosofía es un intento, por así llamarlo, de descubrir en parte y construir en otra parte el relato de cómo el hombre ha comprendido el mundo, de cómo se ha comprendido a sí mismo en relación con el mundo, y de cuáles son las razones que dan cuenta de esta comprensión holística o global.²

En este comprenderse a sí mismo en relación con el mundo, el hombre se ha servido siempre de una doble herencia. Por una parte, de las auto-comprensiones pasadas y, por otra, del aparato conceptual que le permite acceder a estas comprensiones. Normalmente la herencia total, en sus dos dimensiones, se asume para introducir modificaciones que le impriman una mayor coherencia y consistencia interna. En estos casos, la tarea del filósofo se concentra casi de modo exclusivo en el refinamiento del respectivo aparato conceptual. Otras veces, la herencia se rechaza, y cuando el rechazo se generaliza —con o sin fundamento suficiente—, las generaciones filosóficas subsiguientes se em-

² Cfr., apuntando que la filosofía se ocupa de los problemas fundamentales de la existencia humana y la filosofía del derecho, como parte de la filosofía, de los fundamentos últimos del derecho, Kaufmann, Arthur, "Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica", trad. Gregorio de Robles Morchón, en Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried, (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 27. Por su parte, Theodor Viehweg sostiene que la filosofía es investigación básica en dos sentidos: remite a los fundamentos o presupuestos de los saberes más "superficiales", y por lo mismo, al menos en lo que se refiere a las ciencias humanas como el derecho, a una antropología o "imagen del hombre". Cfr. Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. de Garzón Valdez, Ernesto, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 31, 51 y 52.

barcan de lleno en la construcción de un nuevo aparato conceptual, que sirva para “poner en palabras” la nueva auto-comprensión del hombre en su mundo.

En éstos casos, el historiador de la filosofía identifica hitos o giros, que suponen el paso de una etapa a otra.³ Trasladando este resumidísimo esquema interpretativo de la historia de la filosofía a la historia de la filosofía del derecho, el giro más notorio y que quizá más haya influido en la conformación de la filosofía jurídica de los siglos XIX y XX fue el paso del iusnaturalismo clásico al positivismo jurídico. Lo propio de este giro fue, como señalan muchos, el intento por transformar al estudio del derecho en una ciencia exacta y, por lo mismo, a-valorativa.⁴ Como se ha mostrado desde distintas perspectivas, durante la segunda mitad del siglo XX se gestó, y continúa gestándose aún hoy, un nuevo giro o hito que algunos denominan el “giro interpretativo”. Muy sintéticamente, podría decirse que este nuevo cambio de timón es el resultado de la influencia de la hermenéutica en el espectro total de las ciencias, incluidos el derecho y la filosofía del derecho. En especial, es el resultado de la toma de conciencia de que el objeto es siempre interpretado por un sujeto, y del rol que

³ Una descripción muy interesante de la dinámica de la historia de la filosofía del derecho, recogiendo y adaptando la distinción de Khun entre teorías y paradigmas, puede hallarse en Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, pp. 1-12.

⁴ Entre muchos otros representantes del positivismo, receptan expresamente esta pretensión de exactitud y neutralidad, aunque con matices diversos, Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael De Asís, y Andrea Grepí, Madrid, Debate, 1993, p. 145 y ss.; Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, 1992, p. 122; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, p. 7; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 5a. ed., trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 24 y ss. Fuera del positivismo destacan la pretensión de exactitud y neutralidad como notas típicas del positivismo, entre otros, Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 139-182; Kaufmann, Arthur, “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho”, trad. de Gregorio Robles Morchón y M. Virginia Martínez Bretones, en Kaufmann, Arthur y Hassemmer, Winfried, (eds.), *cit.*, p. 68 ss.; Viehweg, Theodor, *cit.*, p. 54.

le toca al sujeto —su historia, su contexto, sus pre-conceptos— en la relación de conocimiento.⁵

Una consecuencia aún no del todo profundizada de este cambio fue el viraje dentro del positivismo jurídico analítico inglés, desde una perspectiva de estudio “externa” del derecho hacia lo que Hart denominó “la perspectiva interna”. Durante mucho tiempo el positivismo se había empeñado en distinguir al derecho de otros órdenes normativos, y en particular de la moral, a partir de elementos “externos”, como la coacción, el origen social de la norma, la forma interna de la norma (imperativo). Especialmente en Hart y su discípulo Raz, la distinción entre el derecho y la moral se concentró, en cambio, de modo primario en la perspectiva interna, tratando de responder a la siguiente pregunta: ¿ofrece el derecho motivos para obrar distintos de los motivos que ofrece la moral? En muy resumidas cuentas, y avanzando hacia la concreción del objeto de este trabajo, este viraje supuso una atención a las “razones para obedecer al

⁵ La expression “giro interpretativo” está tomada de Bohman, James, F., Hiley, David, R. y Shusterman, Richard, (“Introduction: The interpretive Turn” en Bohman, James, F. *et al.*, (eds.), *The Interpretive Turn*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 1991, p. 1. Sobre la preocupación central de la hermenéutica por delimitar o fijar el rol del sujeto, en especial pero no únicamente en las llamadas “ciencias del espíritu”, Paul Ricoeur explica que “con Schleiermacher y Dilthey, el problema hermenéutico se convierte en un problema filosófico, (...). ¿Cómo la vida, expresándose, podría objetivarse? ¿Cómo, objetivándose, da lugar a significaciones susceptibles de ser retomadas y comprendidas por otro ser histórico que sobrelleva su propia situación histórica?”, en Ricoeur, Paul, *El conflicto de las interpretaciones*, trad. de Falcon, Alejandrina, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 10 y ss. Con especial referencia al derecho, la preocupación por el papel del sujeto se manifiesta en el intento por fijar el espacio para la “creatividad” del intérprete, como señalan, por ejemplo Betti, Emilio, *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici*, 2a. ed., Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971, pp. 21 y ss.; Kaufmann, Arthur, “Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica”, *cit.*, p. 41; Serna, Pedro, “Introducción” a Serna, Pedro, (ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2005, p. 2; Zaccaria, Giuseppe, *Questioni di interpretazione*, Padova, Cedam, 1996, pp. 162 y ss. Estudié el lugar de la creatividad interpretativa en la filosofía anglosajona actual en Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009.

derecho”, hasta ahora descuidada en el seno del positivismo analítico”.⁶

El estudio del derecho a partir del concepto “de razón para la acción” se constituyó rápidamente en un eje central del debate ius-filosófico, especialmente en el ámbito anglosajón, muy probablemente por las ambigüedades e imprecisiones que suelen acompañar a cualquier cambio conceptual drástico.⁷ En este contexto, en este trabajo me propongo examinar en qué medida este giro hermenéutico o interpretativo incide en la tradición ius-naturalista del derecho heredera de Aquino, que se cualifica por la triple pretensión de que existen bienes humanos básicos, que la moralidad del obrar humano se juzga por su vinculación con estos bienes, y que puede predicarse la verdad o falsedad de este juicio moral.⁸

⁶ Cfr. Hart, Herbert, L., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 56 y ss. Aunque la casi totalidad de la obra de Raz constituye un análisis del derecho desde la perspectiva interna, entre algunos de los trabajos más específicamente dirigidos a desarrollar este punto pueden nombrarse los siguientes: Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, 1975, reeditado en 1990 por Princeton University Press, y en 1999 por Oxford University Press; *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, que se cita aquí en la versión en español *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; *The Morality of Freedom*, Clarendon Paperbacks, Nueva York, Oxford University Press, 1986, caps. 1-4; “Reasoning with Rules”, *Current Legal Problems*, 54, 2001; “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, 10 (2004); y “The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, 90, 2006.

⁷ Sobre el giro que representa la obra de Hart en la filosofía del derecho positivista y no positivista, y sobre el carácter relativamente inexplorado de las consecuencias de este giro puede confrontarse Burton, Steven, “The Work of Joseph Raz: Law as Practical Reason”, *Southern California Law Review*, 62, 1989, p. 748; y, algo más reciente, Perry, Stephen, “Symposium on Natural Law and Natural Rights: Law and Obligation”, *American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, pp. 264 y 265. Sobre las ambigüedades en la concepto raziano de “razón excluyente para la acción”, pueden consultarse Moore, Micheal, S., “Symposium: The Works of Joseph Raz: Authority, Law, and Razian Reasons”, *ibidem*, pp. 854 y ss., y Perry, Stephen, R., “The Works of Joseph Raz: Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *ibidem*, pp. 941 y ss. Las respuestas de Raz a estas observaciones pueden consultarse en Raz, Joseph, “Symposium: The Works of Joseph Raz: Facing Up: A Reply”, *ibidem*, pp. 1156 y ss.

⁸ Sobre esta caracterización puede consultarse Finnis, John, «Introduction» a *Natural Law*, en Finnis, John (ed.), *Natural Law*, Nueva York, New York University Press, 1991, p. 1.

Cabría preguntarse: ¿es realmente un giro para esta tradición? o ¿el iusnaturalismo tomista siempre se había preguntado por las razones del derecho? No se pretende aquí, sin embargo, responder esta pregunta de modo acabado, pues ello exigiría un estudio global del iusnaturalismo que excede con amplitud el espacio de este trabajo. El objetivo, más limitado, se cierne a evaluar el impacto del llamado “giro interpretativo” en el pensamiento de John Finnis, como uno de los principales representantes actuales de la tradición central o ius-naturalista. La elección de Finnis no obedece únicamente a su importancia como representante del ius-naturalismo, sino también, y de forma fundamental, al hecho biográfico de que Finnis fue discípulo de Hart, lo cual le permitió heredar de su maestro el aparato conceptual propio de este giro “hermenéutico o interpretativo”.⁹ Concretizando un poco más, se pretende responder a la siguiente pregunta: ¿cómo introduce Finnis en su teoría ius-naturalista del derecho la idea hartiana y raziana de que el derecho proporciona razones excluyentes para la acción?

La búsqueda de una respuesta exigirá abordar, al menos, los siguientes ejes temáticos. En primer lugar, el concepto genérico de razón para actuar y su distinción de otras motivaciones posibles para la acción. Seguidamente, y asumiendo con Finnis que el derecho proporciona un tipo especial de razón para la acción, se intentarán identificar los rasgos propios de la razón jurídica para obrar, que la diferencian de otro tipo de razones para la acción. Este nivel de indagación conducirá al análisis de los conceptos correlativos de autoridad y obligación en referencia al derecho. Este análisis

⁹ También destacan la cualidad conciliadora de Finnis entre tradiciones opuestas, entre muchos otros, Bix, Brian, “On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, 72, 2000, 1624; Di Blasì, di Fulvio, *John Finnis*, Palermo, Phronesis, 2008, p. 4; Orrego Sánchez, Cristóbal, *Análítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005, p. 183; Pereira Sáez, Carolina, *La autoridad del derecho. Un diálogo con John Finnis*, Granada, Comares, 2008, pp. 19 y ss.; Scandroglio, Tommaso, *La Legge Naturale in John M. Finnis*, Editori Riunit University Press, 2008, p. 15.

sis, por último, manifestará algunas ventajas descriptivas y justificativas de la propuesta finnisiana, en especial respecto de la tradición ius-positivista, pero también algunas debilidades descriptivas e inconsistencias teóricas, que se presumen ligadas a su dificultad para conciliar el aparato conceptual heredado de la tradición iuspositivista con el aparato o esquema conceptual heredado de la tradición iusnaturalista y, más ampliamente, con la epistemología práctica tomista que recoge esta tradición.

II. LAS MOTIVACIONES PARA ACTUAR: RAZÓN DIRECTIVA, RAZÓN MORAL, Y EMOCIÓN O INTERÉS

1. *Razón pre-moral y razón moral*

Interpretando la teoría tomista del acto humano voluntario, Finnis comienza por advertir que la fuente inmediata o más próxima de la acción es la voluntad. El hombre obra, cuando obra como hombre, porque quiere obrar; y el querer es un acto de la voluntad, no del conocimiento. Sin embargo, el hombre no puede querer algo que no conoce. Por ello, se apura a aclarar con Aquino que la voluntad o el querer se activa por el conocimiento.¹⁰ Pero ¿el conocimiento de qué? ¿Qué tipo de conocimiento es el que despierta o activa al querer? Más concretamente, ¿qué objeto conocido inclina a querer obrar en pos de sí?

La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el “querer obrar” es el bien *conocido*: cada vez que obramos buscamos o apetecemos realizar algo que se nos representa como bueno. Pero, ¿qué es, pues, aquello que llamamos “bueno” y que motiva a obrar? La respuesta inicial es, de

¹⁰ Cfr. Finnis, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, p. 62.

manera obvia, tautológica: el bien es lo que se apetece o quiere. Sin embargo, Aristóteles, Aquino y Finnis agregan algo más: todo ser apetece o quiere la perfección o la realización de sus tendencias u operaciones naturales.¹¹ El hombre, pues, como todo ser que posee algún grado de control sobre sus operaciones, quiere y desea como fin del obrar lo que cognitivamente percibe como bueno, y aquello que cognitivamente percibe como bueno son los fines o perfecciones de sus operaciones naturales.¹²

Pero el hombre es una unidad substancial de cuerpo y alma, por lo cual posee dos órdenes de tendencias u operaciones, las sensibles y las intelectuales. A cada una de estas dimensiones tendenciales le corresponden dos clases de fines perfectivos; cada una de estas dos clases de tendencias y fines se corresponden a su vez con dos clases de conocimiento; y, por último, a estos dos órdenes de conocimiento le siguen dos clases de apetitos o modos de querer. A la dimensión sensible del hombre le corresponde la perfección en el orden de lo sensible, que es receptada o captada como “bien” por el conocimiento sensible y que, por último, es apetecida afectiva, emocional o sentimentalmente. A la dimensión espiritual o racional, le corresponde la perfección espiritual o racional, que es conceptualizada como

¹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 29-34; 62-70; 90 y ss. Aunque la advertencia del carácter teleológico del obrar humano y de la confluencia entre teleología y naturaleza es fundamentalmente un aporte de Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, Tomás de Aquino interiorizó de modo completamente original esta perspectiva teleológica, señalando que la determinación de la especie del acto humano, o si se quiere, de “lo que se hace” al obrar, depende de cuál sea el fin (y el medio) al que se orienta internamente la acción, mediante la intención y la elección. Cfr. Tomás de Aquino, *Suma teológica*, I-II, qq. 6-21, especialmente, q. 12. Para un estudio sobre las fuentes de Tomás de Aquino en este tema, Cfr. Tomás de Aquino, *Suma teológica*, 2a. ed., Madrid, BAC, 1994, pp. 17-24. Sobre la novedad del planteo tomista, Cfr. Rafael Larrañeta Olleta, “Introducción general a la I-II”, en *ibidem*, pp. 8 y ss.

¹² Cfr. Finnis, *Aquinas: Moral, Political...*, cit., pp. 90-92. Es preciso aclarar que en su interpretación de la obra tomista, Finnis aduce expresamente que su teleología difiere de la teleología aristotélica al menos en dos aspectos. Primero, los fines a los que se dirige el obrar humano están conformados por, y son realizables por, elecciones moralmente correctas. Segundo, no hay un único fin sino muchos fines naturales a los que tiende el obrar humano. Cfr. Grisez, Germain *et al.*, “Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends”, Notre Dame, *American Journal of Jurisprudence*, 32, 101.

buena por el conocimiento racional, y es querida o apetecida por la voluntad.¹³

Dicho esto, vale reformular entonces la pregunta inicial acerca del modo en que la razón mueve a la voluntad a *querer obrar* ¿qué tiene de específico el bien, en tanto percibido como tal por la razón, y en qué se distingue del bien o fin, en tanto percibido como tal por el conocimiento sensible? Dado que la razón o inteligencia es una facultad cognitiva conceptual, el bien determinado por la razón, a diferencia del bien determinado como tal por el conocimiento sensible, supone una referencia a una definición general, abstracta o conceptual de lo bueno o apetecible. Por ello, decir que el hombre conoce el bien racionalmente es decir que mediante su razón o inteligencia el hombre capta o advierte que los objetos o fines de sus tendencias naturales o específicas son “bienes en sí mismos”. Y decir que el hombre quiere el bien conocido intelectualmente como fin de obrar, es decir que entiende o capta que, en el obrar, se participa de algún modo de la noción de bien.¹⁴

Esta tendencia voluntaria hacia bienes “rationales” o inteligibles como fin del obrar se manifiesta en expresiones tales como “aunque tengo ganas de comer dulces, no quiero hacerlo, porque sé (racionalmente) que comer dulces en exceso afecta a mi salud”. La salud aparece aquí como un bien “objetivo”, que no precisa de ninguna justificación ulterior y que se independiza y diferencia del deseo, afecto o interés, como dimensión tendencial subjetiva y particular. Pero esta misma noción de lo “bueno en sí” podría, en algún caso, mover a obrar de modo contrario: “Tengo ganas de comer dulces y voy a hacerlo a pesar de que perjudica mi salud, pues quiero sentir placer”. El placer, en lugar de la salud, se percibe en este caso como un bien en sí que no precisa de justificación ulterior.

Este sencillo ejemplo sirve como muestra de que la conceptualización de los fines naturales como bienes en sí mis-

¹³ *Ibidem*, pp. 72 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 79 y 80.

mos activa o moviliza a la voluntad a *querer obrar* del modo más radical o fundamental en dos sentidos. Por una parte, sin esta captación primera de lo bueno en sí, el hombre no se movería a actuar en absoluto. Como se dijo, la voluntad o el querer es el motor inmediato del obrar en el hombre, pero la voluntad de obrar sigue a la razón de “bien”. Si el obrar no se advierte racionalmente de ningún modo como bueno, no hay posibilidad alguna de *querer* obrar ni, por tanto, de obrar.¹⁵ Por otra parte, cuando el hombre se dispone a obrar no posee libertad para desentenderse o desinteresarse de aquello que ve, entiende, o capta racionalmente como un bien o fin en sí mismo. Puede ser libre de obrar o no en pos del fin, pero no es libre de elegir un modo de obrar por otros motivos que no sean la razón de bien.¹⁶ Como se verá más adelante, y en parte sugiere el ejemplo propuesto, la sensibilidad no contradice esta tendencia, sino que se integra en ella: el hombre no puede obrar en pos de un bien conocido y querido sensible o afectivamente, si esta tendencia no es asumida voluntariamente como fin del obrar ni si, antes, la razón no asume el bien sensible como “bueno” desde su propia perspectiva.

Finnis identifica una lista (que ya devino clásica tanto para sus discípulos como para sus detractores) de siete fines tendenciales, que la razón conceptualiza como valores o bienes intrínsecos: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica en el actuar y la religión.¹⁷ Esta captación básica o primaria de la bondad o atractividad de los fines de las tendencias naturales, se sustantiva o materializa en una serie de principios que se caracterizan por tres notas. Son “pre-morales”, “directivos” y “evidentes”.

¹⁵ *Ibidem*, p. 70.

¹⁶ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Orrego, Cristóbal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 121-123 (en lo que sigue se citará por las siglas LNDN).

¹⁷ Cfr. LNDN, pp. 117-121.

Son “pre-morales” pues no están cargados de imperatividad o normatividad alguna: se limitan a mostrar el carácter apetecible o, si se quiere atractivo, de los fines de las tendencias naturales. Pero aunque estos principios no sean imperativos son prácticos y directivos, pues indican, de modo genérico y sin especificar aun cómo actuar en concreto, cuáles son los fines a los cuales conviene —aunque no aún “debe”— adecuar el propio obrar. Los principios son además evidentes, explica Finnis, pues la conceptualización como “bienes” de los fines naturales no se deriva de su relación con algún otro bien o fin, sino que se capta intelectualmente de modo inmediato.¹⁸

Hasta aquí, una razón para la acción podría definirse provisoriamente como la percepción, a través de principios pre-morales y evidentes, de que la acción permite realizar algún bien o valor humano básico.¹⁹ Esta ligazón racional o inteligible entre el obrar y los bienes o valores básicos es, precisamente, lo que transforma a la razón en un motivo o motor para obrar.

La dependencia necesaria entre la voluntad y la conceptualización racional previa del bien como fin del actuar explica, como se dijo, que el hombre no sea libre de querer o no querer realizar algún bien o valor humano básico en su obrar. Si obra, lo hace en pos de algún bien o valor humano básico. Pero los bienes básicos son muchos, y son muchos también los modos de realizar en las circunstancias concretas cada uno de estos bienes. De forma que si la razón ha de constituirse en guía y motivo para *querer* obrar, debería también intervenir en la elección del modo de obrar concreto que permita realizar en las circunstancias todos aquellos bienes integralmente. Ambas precisiones, que la razón no mueve por sí misma a obrar, sino por medio de la voluntad; y que la razón juzga acerca del modo concreto de realización de los

¹⁸ Cfr. Finnis, *Aquinas: Moral, Political..., cit.*, pp. 86- 89; *LNDN*, pp. 94 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 78.

variados bienes humanos básicos, constituyen la raíz más profunda de la libertad humana, señala Finnis.²⁰

Este juicio intelectual del modo concreto de obrar que conduce a una realización humana integral configura una segunda función motivadora de la razón. La razón no sólo muestra o capta cuáles son los bienes últimos a los que conviene dirigir el obrar, sino también cuál es o cuáles son, en cada caso concreto, los modos posibles de que la acción o el obrar conduzcan a una realización humana integral, y no meramente a la realización aislada de algún bien humano básico. Esta capacidad de la razón para juzgar y guiar el obrar humano en las circunstancias hacia una realización humana integral es en sí misma un bien humano básico, recogido en un principio pre-moral. A saber, el bien humano básico de la razonabilidad práctica. Lo cual es tanto como decir: el hombre quiere o apeteece, de forma necesaria, realizar los bienes humanos de modo armónico o integral, y quiere o apeteece *saber elegir* (juzgar) la forma de obrar que conduce, en las circunstancias concretas, a su realización integral.²¹

En esta aplicación de la segunda función de juzgar cuál es la mejor elección, la razón adquiere carácter moral o imperativo: capta los bienes humanos básicos no sólo como queribles o apetecibles, sino también como fines *necesarios* y por tanto mandados u obligatorios.²² Más propiamente, lo que se percibe intelectualmente como obligatorio es la realización humana integral en uno mismo o en el prójimo.²³ Esta percepción intelectual general se formaliza a través de una serie de exigencias morales que en conjunto conforman lo que Finnis denomina el “método de la moral” para elaborar la ley natural (moral) a partir de los principios pre-morales.²⁴ Muy sintéticamente, estas exigencias obligan a concebir un plan de vida coherente, que conduzca a una

²⁰ *Ibidem*, p. 70.

²¹ *Ibidem*, pp. 106-107; *LNDN*, pp. 132-134.

²² *Ibidem*, p. 127; *LNDN*, p. 132.

²³ *Ibidem*, pp. 124-125; *LNDN*, p. 132.

²⁴ *Cfr. LNDN*, p. 134.

realización armónica y balanceada de todos los bienes básicos, sin hacer distinciones arbitrarias entre las personas y respetando en todo acto, sin excepción, la integridad de los bienes básicos propios y ajenos.²⁵

De forma que, según lo dicho hasta aquí, el concepto de “razón para actuar” tiene una acepción que podríamos denominar “amplia”, y otra “estricta”. En su acepción amplia, una razón para obrar o para actuar significa la función motivadora de la razón con relación a la voluntad, en tanto y en cuanto muestra algún vínculo entre el obrar y algún o algunos bienes humanos básicos. Desde esta perspectiva, se denomina *razonable* a cualquier obrar que, con o sin fundamento real, esté motivado por la voluntad de actualizar alguno de estos bienes o valores básicos. En este primer sentido amplio de “razón para obrar”, podría decirse que el hombre actúa siempre de modo razonable, salvo que haya perdido el uso de la razón. Aun cuando hace el mal, el hombre lo hace movido por la “razón de bien”, no en sentido moral, sino en sentido pre-moral. Y esta razón amplia lo que, por otra parte, le imprime inteligibilidad al obrar: el obrar de terceros se torna comprensible en la medida en que se lo liga con algún bien o valor básico.²⁶

En un sentido más restringido, la expresión “razón para obrar” significa la función motivadora de la razón cuando juzga que un modo de actuar conduce a la realización humana integral. Desde esta perspectiva, se obra razonablemente si y sólo si se respetan las exigencias morales de la razonabilidad práctica.²⁷

2. Razón y emoción

Queda aún por explicar cómo se intersecta la dinámica motivadora intelectual, en su doble versión amplia y estricta-

²⁵ Cfr. LNDN, cap. V, *passim*.

²⁶ Cfr. LNDN, p. 94; Finnis, *Aquinas: Moral, Political...*, cit., p. 104.

²⁷ Cfr. LNDN, pp. 134 y ss.

ta, con la dinámica motivadora emocional. Siguiendo el principio metafísico de que cada ser obra según su diferencia específica, y teniendo en cuenta que la razón es la facultad más propia del hombre, es fácil concluir que los bienes sensibles no mueven o motivan a obrar sino cuando la razón los recoge o recepta también como bienes, desde su propia perspectiva conceptual. Sobre la base de este principio, explica Finnis en su interpretación de la teoría tomista del acto humano voluntario, que la emoción interactúa con la razón en el orden motivacional, por lo menos de cuatro modos.

En algunos casos (i), la emoción “nubla” a la razón o la confunde, por así decirlo y la inclina a presentar como razonable en sentido estricto o moral, lo que en verdad sólo es emotivamente bueno. Esto es lo que, en el orden psicológico se suele denominar “racionalización” de motivaciones emocionales.²⁸ Así, por ejemplo, un esposo infiel puede justificar su infidelidad en razones aparentemente morales del tipo “en verdad fue mi mujer quien rompió previamente el compromiso, con su frialdad e indiferencia y como todo hombre, tengo derecho a realizarme en la dimensión afectiva de mi vida”. En este tipo de argumentación la emoción mueve a obrar disfrazada, por así llamarlo, de motivaciones racionales en sentido estricto: la emoción o afectividad se viste de razón moral, y no meramente de razón pre-moral.

En muchos otros casos, la razón pre-moral alcanza por sí misma para movilizar a obrar, aun cuando se albergue la convicción firme de que no es una razón para obrar en sentido moral o estricto, por su incompatibilidad con las exigencias básicas de la razón práctica.²⁹ Es lo que sucedería

²⁸ Cfr. Finnis, *Aquinas: Moral, Political..., cit.*, pp. 73 y 74.

²⁹ Aunque Finnis no incluye este supuesto en la clasificación de los modos de interacción entre razón y emoción desplegada en *Aquinas*, que aquí se sintetiza, su exclusión podría sugerir que la razón moviliza a obrar únicamente cuando adquiere fuerza moral, lo cual no se compadece con la teoría general descrita hasta aquí acerca de la razón en sentido amplio como motivo para la acción. De algún modo, por otra parte, este supuesto de interacción es el que Finnis utiliza para explicar cuál es el error del utilitarismo o consecuencialismo, que no consiste tanto proponer opciones plenamente irrazonables de acción, sino más bien opciones irrazona-

en este mismo caso de infidelidad si el sujeto adujese “sé que no está bien, pero aún así lo quiero pues el deseo de satisfacción afectiva (que podría tomarse como una instancia del bien o valor básico de la amistad) es dominante en mí”.

En otros supuestos (ii), la emoción sirve como parámetro válido para escoger entre opciones que desde el punto de vista de la razón (moral) tomada en sentido estricto, son igualmente válidas.³⁰ Una vez que se han descartado los modos de obrar que satisfacen el deseo, pero que son inaceptables porque la razón los juzga incompatibles con algún bien humano básico, la elección se puede y suele definir de modo emocional o sensible. Entre distintas alternativas de obrar igualmente buenas, es razonable que se opte por la que más satisfacción sensible, emoción o interés genere.

En tercer lugar (iii), la motivación emocional o afectiva puede —y suele en el caso de las personas virtuosas— acompañar y fortalecer las motivaciones razonables en sentido estricto (morales) para obrar.³¹ Por último (iv) la motivación emocional o afectiva en algunos casos contraría, sin desvirtuar ni torcer, la motivación racional o razonable.³² Es lo que ocurre cuando aquello que desde el punto de vista moral o razonable se presenta como bueno e incluso obligatorio supone la destrucción o el peligro grave para la dimensión sensible del hombre: un soldado que debe arriesgar su vida en la batalla; un padre que quiere y debe arriesgar su vida por su hijo, etcétera.

La motivación racional en sentido estricto, por lo dicho, puede secundar una motivación emocional, mostrándola

bles en sentido estricto que, sin embargo, conservan la razonabilidad en sentido amplia, sin la cual no podrían mover a actuar dada su carencia de atractivo para la voluntad. Cfr. en este sentido Finnis, John, “The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1, pp. 115-137, reimpresso en Finnis, John (ed.), *Natural Law*, cit., p. 275, n. 43.

³⁰ *Ibidem*, pp. 76 y 77.

³¹ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

³² *Ibidem*, p. 76.

como legítima (ii y iii); o puede contrariar una motivación emocional, mostrándola como ilegítima (iv). Los afectos o la sensibilidad no mueven a obrar por sí mismos, sino que en todo caso mueven a querer obrar en pos de sí. Dicho más sencillamente, el hombre puede querer dejarse guiar por los sentimientos, aun cuando identifique razones morales que muestran que estos sentimientos no conducen a una realización humana integral. Y esto puede ocurrir de dos formas. O bien, el afecto nubla a la razón moral, como sucede en los casos de “racionalización” de la emoción; o bien el afecto se sirve sólo de razones en sentido amplio para mover a obrar.

Recapitulando, la voluntad de obrar o de actuar se activa en el hombre por lo que racionalmente se ve o determina como bueno. Pero lo bueno según la razón tiene dos acepciones, una amplia, y otra estricta. En su acepción amplia, es racionalmente bueno cualquier obrar que conduzca a la realización de algún bien humano básico. En su acepción estricta, es racionalmente bueno cualquier obrar que conduzca la realización humana integral, lo cual ocurre cuando el hombre obra guiado por las exigencias morales de la razón práctica. Junto a la razón, la emoción, el afecto o el interés también motiva o activa la voluntad de obrar. Pero no lo hace por sí misma, sino con la intermediación de la razón, en su acepción amplia o estricta, según que el bien emocional o afectivamente definido se corresponda o no con la realización humana integral.

El acto humano voluntario es, pues, el resultado de una compleja interacción entre la razón que “ve” lo que merece ser realizado; la emoción que fortalece la motivación racional, la contraría sin frustrarla, o la “engaña”, disfrazando motivaciones emocionales de una racionalidad impostada; y la voluntad o el apetito de realizar el bien presentado como tal por la razón. En este complejo esquema la libertad es posible porque el hombre no capta intelectualmente un único bien pre-moral que merezca ser apetecido como fin del obrar, ni un único medio capaz de conducir a la realización

del fin; sino una multiplicidad de bienes-fines y bienes-medios. Algunos de estos fines y medios son real o verdaderamente conducentes a la realización integral de los bienes o valores humanos básicos. En estos supuestos, existen razones en sentido estricto para obrar. El sujeto no sólo obra movido por la razón, sino por la razón de “bien moral”. En otros supuestos no existen razones en sentido estricto, sino razones en sentido amplio. La libertad radica en la capacidad de “elegir” entre uno u otro tipo de razones como fin del obrar —intención mediata— y/o como medio —intención próxima— para un fin.³³

III. EL DERECHO COMO RAZÓN PARA LA ACCIÓN

Siguiendo a Raz, Finnis entiende que el derecho o, más precisamente, las normas jurídicas positivas son el modo de expresión de la autoridad política. De forma tal que la pregunta ¿qué tipo de motivación para obrar genera el derecho? es igual a la pregunta ¿cómo motiva la autoridad política a obrar?, ¿qué quiere decir que alguien obra motivado por la autoridad?

Finnis responde acogiendo el concepto de autoridad de Joseph Raz, según el cual, “una persona trata algo como autoritativo, si y sólo si lo trata como dándole suficiente razón para creer o actuar de acuerdo con ello, a pesar de que ella misma no encuentre ningún otro motivo convincente para creer o actuar en este sentido.”³⁴ En palabras de Raz, si lo trata como una razón excluyente para la acción”.³⁵ “Razón” y “exclusión” son pues los dos elementos que cualifican de modo inicial este concepto raziano de autoridad, y que Finnis toma como punto de partida para la elaboración de su propia teoría de la capacidad del derecho para moti-

³³ *Ibidem*, p. 70.

³⁴ *Cfr. LNDN*, p. 234.

³⁵ *Cfr.* entre muchos otros trabajos de Raz donde define este concepto, Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Ruiz Manero, J., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 17-54.

var a actuar. El derecho (o la autoridad, utilizaremos estos dos términos intercambiables en este discurso) es una clase de razón para obrar, entre otras razones: es una razón excluyente para obrar.

Pero que el derecho o las normas jurídicas constituyan “razones para actuar” puede significar cosas distintas, según que el concepto de “razón” se tome en sentido amplio o estricto. En sentido amplio, significaría que quien obra movido por el derecho capta o advierte algún tipo de relación causal entre el cumplimiento de las normas jurídicas y el desarrollo de los bienes humanos básicos, considerados aisladamente y por lo mismo, sin referencia a la realización humana integral.

Sería en primer lugar el caso de quien obedece al derecho por mero temor al castigo, como en el planteamiento positivista clásico de Austin, que constituye el punto de partida para la crítica de Hart.³⁶ Otra posibilidad, algo más elaborada, es sostener como hace Alf Ross, que el derecho es algo así como una maquinaria eficiente destinada a ejercer poder o coacción con visos —y sólo con visos— de autoridad, gracias a su capacidad para racionalizar sentimientos de temor. En este supuesto, el derecho sería una razón en sentido amplio vestida de razón en sentido estricto.³⁷ Contra esto, tanto Finnis como Raz sostienen que el caso central de la autoridad jurídica se da no sólo cuando los que están sujetos a la misma disfrazan emociones de razones morales, sino cuando efectivamente hay razones en sentido estricto o moral para obedecer.³⁸

A partir de esta coincidencia inicial con Raz, Finnis se propone explicar cuál es el fundamento último que permite

³⁶ Cfr. Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, edición a cargo de David Campbell y Phillip Thomas, Vermont, Ashgate Publishing Comp., 1998, p. 11; Hart Herbert, L., *cit.*, cap. I., Bobbio, Norberto, *cit.*, p. 118.

³⁷ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Carrió, Genaro, Buenos Aires, Eudeba, pp. 69-72.

³⁸ Cfr. LNDN, pp. 265 y 266; y, entre otros muchos trabajos del autor, Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, *cit.*, cap. 3.

afirmar que el derecho realmente posee autoridad.³⁹ Esto es, que el derecho puede considerarse en todo o en parte como fuente de razones en sentido moral o estricto para actuar, y no meramente como fuente de temor o de interés disfrazado de razón (o razones en sentido amplio). Comienza por ligar la autoridad con la eficacia: la autoridad es el modo más apropiado, o más bien el único posible, para realizar el bien común de una comunidad completa.⁴⁰ Pero esta constatación fáctica puede servir para demostrar que la autoridad “conviene”, si asumimos el principio hipotético previo de que queremos eficacia en la gestión del bien común. Si lo que se pretende mostrar es, en cambio, que la autoridad es capaz de generar una “razón” moral o estricta para actuar, el hecho de la eficacia debería aparecer como parte de una argumentación normativa, cuya premisa mayor sea uno o algunos de los primeros principios del razonamiento práctico moral.

De algún modo, la concepción piramidal del orden jurídico representada por Kelsen parte también de la advertencia de que la eficacia es un hecho del cual no puede derivarse lógicamente la validez de una norma, salvo que uno esté dispuesto a cometer la falacia naturalista denunciada por Hume. Kelsen vislumbró que la superación de este escollo lógico exigía fundar la validez de las normas jurídicas en otras normas que, o bien se justifican en sí mismas por su propia evidencia o razonabilidad, o bien se justifican por su relación con un tercer estadio de normas. Ni una ni otra opción se adecuaba al proyecto kelseniano. La primera, porque implicaba volver al camino transitado por el ius-

³⁹ La coincidencia con Raz no es completa. Raz sostiene que la autoridad moral del derecho proviene enteramente de la práctica de cooperación en sí, y no en cambio del hecho de que la práctica haya sido normativizada por el derecho como, según se verá, pretende Finnis. Cfr. sobre esta disputa Finnis, John, “The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory”, en Finnis, John (ed.), *Natural Law*, cit., pp. 259-282; y la respuesta de Joseph Raz en “The Obligation to Obey: Revision and Tradition”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1, pp. 139-155; también reimpresso en Finnis, John (ed.), *Natural Law*, cit., pp. 283-300.

⁴⁰ Cfr. Finnis, John, “The Authority (...)”, cit., pp. 274 y 275.

naturalismo. La segunda, porque implicaba una regresión al infinito y, por lo mismo, la claudicación al intento de justificación. Kelsen inauguró pues la tercera vía, la de la “norma hipotética”, con todas las debilidades que supone hacer depender el concepto entero del sistema jurídico en una hipótesis.⁴¹

Hart, por su parte, empujó la eficacia lo más lejos que pudo, detrás de las normas secundarias. Explicó que el ciudadano obedece normas (primarias) porque se fundan en otras normas (las secundarias). Obviamente, como Kelsen, tenía que explicar cuál era el origen normativo de estas normas. Conociendo los laberintos de Kelsen, intentó una cuarta vía: la obligatoriedad no se funda en una norma hipotética, ni en una ley natural, ni en un hecho puro. Se funda en un hecho moral, por así llamarlo: la convicción moral de la gente de que obra conforme a derecho (la costumbre).⁴²

Finnis tiene la ventaja de encarar el problema desde la aceptación inicial de que existen principios pre-morales y morales prácticos razonables en sí mismos, que recogen las razones básicas para la acción. El razonamiento desde estos principios pre-morales hasta la virtualidad del derecho para generar razones morales para la acción puede desglosarse en los siguientes puntos:

1. Existe un principio pre-moral, el principio de la razonabilidad práctica, según el cual es bueno o apetecible aplicar la inteligencia a nuestra acción, de modo tal que realicemos integralmente todos los bienes o valores básicos del modo más armónico y más pleno posible.⁴³

2. En esta etapa “pre-moral” se ve también de modo evidente o indemostrable que la amistad y la justicia es un bien que merece la pena realizar; que los bienes humanos

⁴¹ Cfr. Kelsen, Hans, *cit.*, pp. 18-28; 201 y ss.

⁴² Cfr. Hart, Herbert, L., *cit.*, cap. VI. Sobre la incapacidad de la costumbre jurídica para fundar autónomamente la normatividad del derecho, sin referencia alguna a normas morales precedentes, Cfr. LNDN, pp. 271-273.

⁴³ Cfr. LNDN, pp. 133-134; Finnis, *Aquinas: Moral, Political...*, *cit.*, p. 83.

básicos de los otros son tan valiosos como los propios; y que, por tanto, si se pretende participar de los bienes humanos básicos conviene respetar y/o promover también los bienes humanos del prójimo.⁴⁴

3. Cuando estos principios pre-morales se aplican al obrar, se advierten algunas “conclusiones” de los principios pre-morales con fuerza normativa moral.

4. Una de estas conclusiones con fuerza moral es el principio según el cual todo hombre, en cuanto es hombre, tiene el mismo derecho que los demás a realizar en sí mismo los bienes humanos básicos. Esta exigencia, dice Finnis, se ha recogido o expresado tradicionalmente de distintos modos, como la regla de oro según la cual “debemos tratar al prójimo como a nosotros mismos”, o el principio de imparcialidad y universalidad kantiano según el cual las personas son fines en un reino de fines.⁴⁵

5. De esta exigencia práctica o moral general baja Finnis, por conclusión segunda, a la exigencia práctica o moral más concreta o específica, según la cual existe un deber de obrar con lo que Tomás de Aquino —siguiendo a Aristóteles— denomina “justicia general”: el deber de compatibilizar la realización del bien propio con en el bien de todos los que participan de la comunidad política, el bien común.⁴⁶

6. Dado que la autoridad es el único modo de gestión del bien común político, dada la imposibilidad de unanimidad, la justicia general se realiza en uno mismo cuando uno adecua su obrar, al menos en el plano de la comunidad política, a las reglas establecidas por quien gestiona el bien común (la autoridad), y no, en cambio, cuando uno pretende adecuarse en el obrar al bien común según su propia razón.⁴⁷

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 111-113; 118; 132; *LNDN*, pp. 119; 171-174.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 123-129.

⁴⁶ *Cfr. LNDN*, pp. 194 y ss.; *ibidem*, pp. 132-138.

⁴⁷ *Cfr. LNDN*, pp. 261-263.

La eficiencia de la autoridad en la gestión del bien común no aparece al comienzo de este razonamiento, como premisa fáctica, sino en la conclusión de un complejo razonamiento práctico moral y podría decirse que de modo condicionado o hipotético. Si hubiera otro modo más eficiente de gestión de bien común, las exigencias o imperativos que emanaren de este otro modo de gestión del bien común serían también razones en sentido estricto o moral para actuar.

La autoridad del derecho no se asienta pues de modo único en el hecho de su eficacia para coordinar el obrar social en orden al bien común, que como todo hecho es incapaz de fundar norma alguna. Se funda, en cambio, en la premisa normativa de que “uno debe obrar conforme al bien común”, conjugada con la premisa fáctica según la cual “el único modo de obrar conforme al bien común es atenerse a los mandatos de la autoridad”.

Finnis sostiene esta premisa fáctica con el argumento de que, dada la diversidad y la complejidad de los bienes e intereses que se conjugan o sintetizan en el bien común, la autoridad política sería la única capaz de distribuir cargas y beneficios entre los partícipes del bien común con justicia proporcional o distributiva. Y sería la única capaz de hacerlo porque cuenta con la herramienta del derecho, que por sus cualidades de generalidad y perdurabilidad enlaza las cargas y los beneficios de los partícipes en el bien común, en una suerte de red o malla (*seamless web*), donde todos reciben algo proporcional a lo que dan; de forma tal que nadie está legitimado para tomar parte (la que le conviene) y dejar otra parte (la que le perjudica).⁴⁸

La descripción de la premisa fáctica, si bien se observa, permite a Finnis insertarla sin dificultades graves en el razonamiento normativo moral descrito. No es simplemente que la autoridad es el modo más eficiente de coordinar una acción colectiva que, comparada con otros beneficios parti-

⁴⁸ Cfr. Finnis, John, “The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory”, *cit.*, pp. 263 y 264.

culares, “conviene”. En cambio, el derecho (la autoridad por medio del derecho), es el único modo de coordinar con justicia distributiva el bien común y por tanto, la obediencia al derecho es el único modo de actuar con justicia legal o general (hacia el bien común).

Este fundamento de justicia distributiva y legal (*fairness*) es esbozado por Finnis tanto contra versiones utilitaristas de la “conveniencia” de obedecer al derecho, como contra el argumento de Raz de que no existe una obligación moral de obedecer al derecho en general, sino caso por caso. Contra los primeros, Finnis explica que si la fuerza motivadora del derecho sólo radicara en aquel cálculo comparativo de beneficios particulares, su justificación no sería moral, sino emocional o utilitaria. O si se quiere, meramente racional o razonable en sentido amplio. Más aún, si además no fuera posible advertir beneficio alguno en las opciones de acción alternativas, los participantes ni siquiera conservarían la libertad de elección entre obedecer y no, pues como se dijo, el hombre obra siempre movido por la razón (en sentido amplio) de bien.⁴⁹

Contra Raz, Finnis reconoce una fuerza moral global del derecho: su autoridad (y obligatoriedad) no depende de cuán necesario es el derecho para solucionar cada problema concreto de coordinación; sino más bien de su capacidad general de distribuir cargas y beneficios con justicia, en la coordinación total o completa del bien común.⁵⁰ Esta generalidad es, entre otras cosas, el mejor escape a la llamada “paradoja de la irrelevancia” del derecho justo, según la cual cuando el derecho obliga a hacer lo que la moral ya obliga de por sí a hacer, entonces es superfluo. En efecto, el derecho agrega a las razones morales una razón de justicia general o legal: no sólo debe uno abstenerse de matar o violar —por utilizar los ejemplos de Raz para ilustrar la para-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 275.

⁵⁰ Cfr. *idem*, 262 y 263; la respuesta de Raz en “The Obligation to Obey (...)”, *cit.*, pp. 295 y 296; y la contra-argumentación de Finnis en “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, 2, 1989, Universidad de Bolonia, 97-104, 102; reimpresso en Finnis, John, *Natural Law*, *cit.*, pp. 301-308.

doja— por respeto al derecho subjetivo a la vida de la víctima; sino también porque es una obligación de justicia para con el bien común.⁵¹

IV. EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE

Hasta aquí el planteo teórico de Finnis parece superar tanto las dificultades conceptuales de Kelsen para describir el concepto de validez jurídica, como las dificultades justificativas de Hart para fundar el concepto de “razón jurídica” para la acción. Finnis ha logrado mostrar con claridad que el derecho puede generar verdaderas razones (razones morales) para actuar y lo ha logrado porque su argumentación, a diferencia de las de Kelsen y Hart, no parte de premisas fácticas sino normativas. La eficacia como hecho no funda sino que concluye un complejo razonamiento que es normativo de principio a fin. Asimismo, Finnis ha logrado mostrar que, también en los supuestos en que las normas jurídicas casi reproducen textualmente las normas morales de justicia, el hecho de que la autoridad jurídica recoja estas normas morales en el derecho positivo añade una nueva razón para actuar, independiente de las primeras.

De esta justificación surge que las normas jurídicas serían algo así, por utilizar la expresión de Raz, como razones derivadas o secundarias para obrar: lo que mueve a obrar no es el contenido o la materia del mandato de la autoridad, sino el hecho de que el mandato (razón derivada) proviene de la autoridad, y constituye por ello el modo de ajustar la conducta al bien moral (razón primaria para obrar).⁵²

Ahora bien, ¿qué quiere decir exactamente que se obra por respeto a la autoridad y no por respeto a lo que la autoridad manda? La respuesta de Finnis a este interrogante se

⁵¹ Cfr. sobre esta paradoja, Raz, Joseph, “The Obligation to Obey”, *cit.*, pp. 284-287.

⁵² Cfr. entre muchos otros trabajos, Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, *cit.*, p. 46; y más recientemente, “The Problem of Authority; Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, 90, 2006, 1019.

articula en torno a dos ejes temáticos: (a) el carácter “excluyente” de las razones autoritativas; y b) la distinción entre la fuerza jurídica y la fuerza moral con que obliga el derecho.

Sobre lo primero, conviene volver sobre las palabras exactas de Finnis:

Una persona trata algo como autoritativo (...) cuando lo trata, según la útil terminología de Joseph Raz, como una razón excluyente, *i.e.*, una razón para juzgar o actuar cuando no hay o al menos no se comprenden otras razones para juzgar u obrar así; o para juzgar o actuar así desatendiendo al menos *algunas* razones que son comprendidas y relevantes en ausencia de la razón excluyente.⁵³

En el texto aparecen dos distinciones que conviene desde ahora tener presente pues, como se intentará mostrar en lo que sigue, Finnis no parece luego incorporarlas con tanta claridad en el análisis (y justificación) completo del problema de la autoridad del derecho. En primer lugar, una razón excluyente no sólo excluye otras razones para *actuar*, sino también otras razones para *juzgar* en su contra. Segundo, esta exclusión se aplica tanto cuando *no se ven* otras razones para obrar o juzgar de modo contrario, como cuando estas otras razones *se ven* o advierten.

Por poner un ejemplo, frente a la norma jurídica que obliga a respetar la velocidad máxima de 120 km. por hora en autopistas, el conductor puede identificar muchos motivos para no respetar esta velocidad: le parece *prima facie* injusto para quienes, como él, conducen un automóvil con velocidades máximas que superan ampliamente los 120 km. por hora, o desea intensamente llegar temprano a ver a su novia. Puede incluso considerar que la agilidad y la seguridad en el tránsito exigen elevar o bajar esta máxima.

Que la razón sea excluyente puede referirse por lo menos a las siguientes tres alternativas:

⁵³ Cfr. *LNDN*, p. 263.

a) Que ninguna de las consideraciones emotivas y morales formen parte de la deliberación del conductor, quien se limita a juzgar de modo directo (y excluyente), sin más deliberación o comparación entre cursos de acción, que lo que debe hacer es respetar la velocidad máxima prescrita en la norma. En este supuesto, el conductor “no ve razones”, ni en sentido amplio ni en sentido estricto para obrar de modo diferente al que prescribe la norma.

b) Que las consideraciones emotivas y morales formen parte de la deliberación del conductor, pero no en cambio del juicio moral acerca de lo que debe hacerse. El conductor advierte que hay motivos para obrar de diferentes modos, los compara entre sí desde el punto de vista moral y de la razón en sentido amplio, y luego juzga cuál de estos modos de obrar es el que obliga moralmente. En este supuesto, el conductor “ve” otras razones en sentido amplio (o emociones) para obrar, y razones que, al menos *prima facie*, se le presentan como morales. Pero la norma positiva se le presenta como una razón para negar el *status* moral de todas estas otras razones (amplias y estrictas), por su incompatibilidad con la razón excluyente (la norma jurídica). Aunque se ven otras razones, no entran en el juicio acerca de lo que debe hacerse.

c) Que estas consideraciones emotivas y morales formen parte tanto de la deliberación como del juicio moral y el conductor las juzgue como verdaderas razones morales para obrar. Aún así, se decide a obrar según lo que prescribe la norma excluyente. En este caso, que la norma sea excluyente significa que es una razón para *obrar* según lo que manda o impera, aun cuando también existan otras razones (morales) *para obrar* de otro modo.

Este esquema de posibilidades genera el siguiente interrogante: ¿cuán excluyente es una norma jurídica y especialmente, cuán excluyente respecto de las razones morales que surgen de un juicio acerca de la moralidad *prima facie* y definitiva para obrar de modo distinto o contrario a lo que

establece la norma jurídica? ¿La norma jurídica es una razón excluyente en el sentido (a), (b), (c) o en todos?

En la respuesta a esta pregunta Finnis distingue según que el interrogador se sitúe en la perspectiva del derecho como práctica social o en la perspectiva moral. Esta distinción de perspectivas se manifiesta, según Finnis, en dos modos de obligar de las normas jurídicas. En el plano jurídico, las normas jurídicas se propondrían generar obligaciones “invariables”, mientras que en el plano moral el derecho tendría la capacidad de generar obligaciones *prima facie*, y por tanto variables.⁵⁴

Según Finnis, lo propio de las normas jurídicas, es que “cortan el flujo del razonamiento práctico”. La práctica social jurídica se “sirve” o “aprovecha” de la conclusión última del razonamiento práctico del buen ciudadano que va desde los principios pre-morales hasta la conclusión de que, por su eficiencia en la gestión del bien común, es moralmente obligatorio ajustar la conducta a lo que establece la autoridad. Sin embargo, sólo toma la conclusión, y una vez hecho esto, exige de este ciudadano (y de los demás) que corte el flujo del razonamiento práctico para siempre.⁵⁵

La conclusión del razonamiento moral que justifica la autoridad sería pues —en principio y salvo contadas excepciones— la única razón moral de que se servirían las razones jurídicas *desde el punto de vista del derecho*, para guiar la conducta o el obrar humano. Estas son las “reglas del juego” del derecho, por utilizar la analogía de Wittgenstein. De esta forma, la obligación de obedecer al derecho es, desde el punto de vista de la práctica jurídica, invariable. Se mantiene siempre, pues no se ven y por tanto no existen, desde el punto de vista jurídico, otras razones (el razonamiento práctico cortó su flujo en la conclusión de que es obligatorio moralmente obedecer a la autoridad) para obrar de modo diferente. Si el derecho “corta el flujo del razonamiento práctico”, parece que su nivel de exclusión se situaría en el

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 335-346.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 343.

grado (a) de la escala señalada. La norma obliga por sí misma y le pide al ciudadano, no sólo que no juzgue, sino también que no delibere. Que no intente siquiera ver otras razones para actuar de modo distinto a como lo establece la norma jurídica.⁵⁶

Esta pretensión jurídica de máxima exclusión y de impermeabilidad casi total del derecho a la deliberación particular no sería para Finnis arbitraria ni ilusoria. Se justificaría, en cambio, en la “extensión, complejidad, y profundidad de las interdependencias sociales que el derecho, (...), intenta regular”, cuyo éxito sólo sería posible si los individuos “restringen drásticamente las ocasiones en que abandonan sus obligaciones jurídicas a favor de su ventaja individual o de sus concepciones acerca del bien social”.⁵⁷

V. LA OBLIGACIÓN MORAL Y LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE OBEDECER AL DERECHO

Pero el ciudadano común no es meramente un participante del juego del derecho, por continuar con la analogía de Wittgenstein, sino que también y de forma necesaria participa del juego (bien) de la “razón práctica”. Conduce su vida de acuerdo con la moral. Por esto, las reglas de juego del derecho de algún modo se asientan en una ficción cuando asumen que el ciudadano cortará el flujo del razonamiento práctico de modo definitivo. Quiéralo o no el derecho, el flujo del razonamiento práctico continuará siempre abierto, en la medida en que la razonabilidad práctica es una dimensión necesaria de la naturaleza humana.

Finnis no parece asumir de modo claro el carácter ficticio de esta pretensión de exclusión total del derecho. En cambio, se limita a afirmar que el hombre común siempre pue-

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 343 y 344. Si esta interpretación es correcta, Finnis se distancia también en este punto de Joseph Raz, que sostiene explícitamente (contra Hart) que las razones autoritativas excluyen modos de obrar y no, en cambio, modos de deliberar y juzgar. Cfr. Raz, Joseph, *The Morality (...)*, cit., pp. 38-42, y “Facing up: A Reply”, cit., p. 1157.

⁵⁷ *LNDN*, p. 345.

de (si quiere) “volver a abrir el flujo” del razonamiento práctico.⁵⁸ Y una vez abierto este flujo completo del razonamiento práctico se pueden distinguir cuatro sentidos en que el derecho genera obligación de obrar, de los cuales sólo dos son estrictamente morales. En algunos casos, el derecho no sólo no genera obligación moral de obrar de acuerdo a sí mismo, sino que la moral obliga obrar *contra* el derecho.

La primera obligación que genera el derecho es la de ajustar el obrar a la norma que nace de la amenaza de sanción. En este sentido meramente sancionatorio, la obligación jurídica no es provista o generada por ninguna razón, ni jurídica no moral, sino en todo caso por un motivo emocional (el temor, el interés).⁵⁹

En segundo lugar, una norma jurídica obliga en sentido jurídico intra-sistemático, si es válida conforme a las pautas de validez propias del sistema en que se inserta la norma. Desde este punto de vista, la obligación de obedecer genera una razón invariable o irrefutable para actuar conforme a derecho, porque excluye de modo definitivo cualquier razón para obrar en sentido contrario.⁶⁰

En tercer lugar, cuando se “abre el flujo del razonamiento práctico” de modo completo, las normas jurídicas generan dos tipos de obligaciones morales de actuar conforme a su contenido. Primero, una obligación moral de obedecer que Finnis denomina “directa”, y que surge cuando se percibe que, en el caso, la obediencia a la norma conduce al bien común. Segundo, lo que Finnis denomina “obligación moral colateral” (el cuarto modo en que el derecho obliga moralmente) que surge cuando, a pesar de que la obediencia no conduzca a la realización del bien común (porque la norma es injusta), la desobediencia puede acarrear perjuicios peores para el bien común.⁶¹

⁵⁸ *Ibidem*, p. 344.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 382.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 386-388.

Por último, cuando los efectos de la obediencia a la norma se juzgan más perjudiciales para el bien común que los efectos de la desobediencia, hay obligación moral de desobedecer el derecho.⁶²

Los dos tipos de obligación moral de obedecer al derecho, así como la obligación moral de *desobedecerlo*, conforman la conclusión del razonamiento moral completo que conduce a la justificación de la autoridad jurídica, que comienza en los principios pre-morales, pasa por la obligación de justicia general, y se concreta en la obligación de obedecer a la autoridad como único medio eficaz de gestionar el bien común. La obligación de obedecer (o desobedecer) en sentido moral es variable porque se justifica en el razonamiento moral completo que conduce a la justificación de la autoridad, y no meramente en esta última conclusión. Varía, por lo tanto, según que las normas efectivamente conduzcan a la realización del bien común y, más concretamente, según que la obediencia a la norma sea en verdad el modo más adecuado de realizar el bien común.

La obligación moral de obedecer es variable, en otras palabras, pues como en este campo de acción el flujo del razonamiento práctico no se cortó, el ciudadano es capaz de advertir razones para no obrar conforme a derecho. La obligación jurídica es en cambio invariable, porque el derecho dogmatiza la conclusión del razonamiento práctico que justifica la autoridad, impermeabilizándolo de toda posibilidad de “seguir subiendo”, por así decirlo, hacia los principios de los cuales se deriva esta justificación.

Volviendo sobre el ejemplo del conductor, según Finnis el derecho pretendería que conductor corte el flujo del razonamiento práctico en la conclusión de que “debe obedecerse la norma, pues obedecer normas es conducente al bien común”. La situación ideal para el derecho sería, entonces, aquella en la cual no se plantea cuáles son los fines de la norma, ni si hay otras razones en sentido amplio o estricto para obrar de otro modo. Pero como el conductor sigue

⁶² *Ibidem*, pp. 390-393.

siendo, le guste o no al derecho, un agente moral y emotivo, siempre tiene la posibilidad de continuar deliberando. Frente a esta posibilidad, puede (a) concluir que la norma realiza en el caso perfectamente el bien común, aunque el preferiría aumentar la velocidad; (b) que la norma no realiza en el caso el bien común, porque lentifica el tránsito de modo innecesario, pero que sería peor el bien común si él no la obedeciese; (c) que la norma no realiza el bien común y que además el mejor modo de contribuir al bien común es no obedecerla. En el primer supuesto, estaríamos en el caso de la obligación moral directa de obedecer; en el segundo, en el caso de la obligación moral colateral de obedecer; y en el tercero, en el caso de la obligación moral de desobedecer.

VI. ALGUNAS DIFICULTADES EPISTÉMICAS EN LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIÓN EN SENTIDO JURÍDICO Y OBLIGACIÓN EN SENTIDO MORAL

Desde un punto de vista lógico, la propuesta de Finnis acerca de la capacidad del derecho para generar razones morales para la acción parece no mostrar fisuras. Uno puede compartir o no la descripción del razonamiento moral que ofrece Finnis, pero lo que no parece reprochable es la secuencia lógica que propone entre las razones morales en sentido amplio, las razones morales en sentido estricto, y el derecho como razón moral para la acción. Desde este punto de vista, parece superar algunas de las dificultades conceptuales de Kelsen para definir la validez de las normas jurídicas positivas con prescindencia del razonamiento práctico moral; y especialmente, las dificultades justificativas de Hart para fundar la capacidad del derecho de generar “razones para la acción”, también con prescindencia del razonamiento práctico moral.

Sin embargo y quizá movido por la sana intención de conciliar tradiciones, Finnis también parece arrastrar el peso de conceptos y cánones metodológicos positivistas de los cuales no ha logrado desprenderse plenamente, a pesar

de su acérrima crítica inicial hacia ambos extremos.⁶³ Y este peso lo lleva a intentar una descripción aparentemente neutral de las pretensiones del derecho como práctica social, que concluye en la formulación de la oscura distinción entre los distintos modos de obligar del derecho.

La “obligación en sentido jurídico” parece, en efecto, más una concesión al positivismo que una descripción fiel —integral— de la práctica social que denominamos “derecho”. Y ni siquiera una concesión al positivismo hartiano o raziano, que de ningún modo afirma que el derecho como práctica pretenda cubrir todo hecho socialmente relevante; sino más bien una concesión a un positivismo decimonónico respecto del cual difícilmente puedan señalarse más adeptos que los de ese siglo.⁶⁴

La famosa polémica entre Ronald Dworkin y Herbert L. Hart acerca del grado de discrecionalidad en la determinación judicial del sentido del derecho; así como el debate entre las concepciones positivistas “incluyentes” y “excluyentes”, manifiestan la casi unánime aceptación en el positivismo anglosajón actual de que el derecho no es ni pretende ser un orden cerrado y completo, sin lugar para la discreción del intérprete.⁶⁵ En cualquier caso, lo cierto es

⁶³ Cfr. en *ibidem*, pp. 40-51, la crítica de Finnis a la pretensión positivista de aproximarse neutral o avalorativamente al derecho como objeto de estudio.

⁶⁴ Hart dedicó un capítulo entero de *The Concept of Law* a refutar la tesis de la completud del derecho, en Hart, H. L., *ibidem*, pp. 127 y 154. Entre muchos otros sitios, Raz acepta la apertura del derecho a la creación moral (que distingue de la interpretación), por lo menos en Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 225, 232-234; e “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, 10, 2004, pp. 12 Y 13. Hemos estudiado la difícil conciliación de esta concepción interpretativa con la tesis positivista de las fuentes sociales en Zambrano, Pilar, “La Interpretación jurídica como co-creación”, *Problema*, México, núm. 3, 2009, pp. 377-414, y más ampliamente en *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, *cit.*, *passim*. Sobre la “interpretación mecánica” y la completud del derecho como una pretensión casi exclusiva de los intérpretes del Código napoleónico, Cfr. Bobbio, Norberto, *cit.*, p. 55.

⁶⁵ Sobre la polémica Dworkin / Hart *cfr.*, a título de ejemplo, Soper, E. Ph., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, pp. 3-27; así como el resumen que ofrece el propio Hart de esta polémica en el *Postscriptum* de Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994,

que la concepción del derecho como un sistema que es o que pretende ser perfecto, cerrado, que se basta por sí mismo para ofrecer soluciones para todo conflicto socialmente relevante, sin necesidad de recurrir a principios o criterios prácticos distintos de los jurídicos no es fiel ni a la manifestación existencial actual del derecho como práctica, ni a la epistemología práctica que Finnis asume como propia.

Empezando por lo segundo, Finnis insiste de modo reiterado en que el obrar humano sólo es comprensible a la luz de los fines que se propone el agente y más aún, que estos fines son siempre, de modo invariable, los bienes o valores humanos básicos igualmente “visibles” para todo hombre. En otras palabras, el obrar humano es inteligible o comprensible —aunque no necesariamente razonable en sentido estricto— frente a la mirada de terceros, sólo si es posible ligarlo con el propósito de realizar alguno de estos bienes o valores humanos básicos.⁶⁶ Por supuesto, si además de ver o captar la ligazón entre el obrar y los bienes o valores básicos, el observador externo capta el modo en que sí quiso o intentó realizar un bien o valor —lo cual es tan variable como son las circunstancias en que se obra—, la inteligibilidad del obrar es aún mayor.⁶⁷

Ahora bien, hacer una norma jurídica es un modo específico de obrar. Es un acto entre otros posibles actos humanos: el acto de ejercer autoridad en vistas al bien común, que como todo acto humano, admite diferentes niveles de comprensión. El nivel más básico o mínimo de comprensión es el que permite ubicar al acto de legislar en su especie. El

pp. 238-276; y Ronald Dworkin en Dworkin, R., «Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy», *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, núm. 1, 2004, reimpresso luego en Dworkin, R., *Justice in Robes*, Londres, Harvard University Press, 2006, cap. 6. Sobre el debate “incluyentes/excluyentes” Cfr. Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, *passim*.

⁶⁶ Cfr. LNDN, p. 94; Finnis, *Aquinas: Moral, political...*, cit., p. 103.

⁶⁷ Cfr. en este sentido la descripción del esquema tomista completo del acto humano voluntario, donde Finnis analiza cada uno de los actos de la inteligencia práctica y de la voluntad que hacen visible o inteligible al obrar humano, en *ibidem*, pp. 62-71.

que permite comprender que una norma jurídica es un mandato y no un consejo, y que es un mandato de la autoridad política y no, en cambio, una orden de un ladrón, o un mandato moral o religioso. A mayor profundización en los propósitos del ejercicio de la autoridad, mayor comprensión del acto humano de normar o legislar y, por ende, de la norma. Así como hay niveles de comprensión de cualquier acto humano, hay también niveles de comprensión de la norma jurídica, que es el producto de un acto humano.

En el esquema de Finnis, se asume que el derecho como práctica social sólo aspira a la comprensión básica que conduce a la identificación de las normas jurídicas *qua* mandatos con fuerza invariable, distinguibles de otro tipo de mandatos. Y se asume, además, que esta comprensión básica que permite identificar a las normas jurídicas como tales, emana de la presunción (*iure et de iure*) de que las instituciones sociales que de hecho ejercen la autoridad, invariablemente lo harán con eficacia y en miras al bien común. En este estadio se imponen por lo menos tres preguntas que se implican entre sí.

Primero, ¿constituye en verdad esta comprensión mínima o básica el caso típico o central de la aquiescencia al derecho? Segundo, si lo fuera, ¿podría el derecho coordinar eficazmente las conductas con este nivel o básico de comprensión? Tercero, ¿es cierto que la identificación de cuáles son los mandatos de la autoridad no exige, al menos en la mayoría de los casos, abrir el flujo del razonamiento práctico?

Sobre lo primero, por lo dicho más arriba no parece que la comprensión mínima o básica constituya el caso central de aquiescencia al derecho. No parece, en otras palabras que de forma regular o habitual el ciudadano medio sólo se proponga distinguir las normas jurídicas de otro tipo de normas y que, además, el derecho como práctica aspire a esto (en realidad ambos extremos se condicionan, pues la práctica emerge de lo que hacen sus participantes). Es obvio que la práctica social jurídica no sólo aspira a que sus mandatos sean identificados, sino también y sobre todo, a

que se cumplan. Y este cumplimiento es posible cuando, además de identificar “quién y con qué fuerza dio la orden”, uno identifica aquello que se mandó hacer, respetar, garantizar, etcétera. Pero la estructura teleológica del obrar humano implica que esta identificación de “lo que se mandó”, supone una indagación, al menos inicial, en el para qué se lo mandó.

Como se dijo, hay grados o niveles en esta indagación del “para qué”, y nos estaríamos expresando mal si el lector concluyera que aquí se propone que el único método conducente a la comprensión del derecho es el método histórico subjetivo, que se propone indagar en la voluntad psicológica de la autoridad. Lo que se intenta explicar, en cambio, es que incluso la elección de un método interpretativo supone una determinación previa de cuáles son los fines concretos que el derecho se propone realizar en el contexto en que se inserta la norma. La respuesta puede surgir de un análisis psicológico, conceptual, o funcional. Pero en todo caso, cualquiera de estos análisis y sus correlativos métodos interpretativos se proponen determinar qué fines se supone que viene a realizar la norma.⁶⁸ Y preguntarse por los fines exige, en el esquema epistemológico moral de Finnis —que aquí se comparte— reabrir el flujo del razonamiento práctico: posar la mirada sobre los bienes que se pretenden realizar mediante la regla.

⁶⁸ Ronald Dworkin es quizá uno de los ius-filósofos anglosajones actuales que más ha insistido en la dimensión inevitablemente teleológica de toda interpretación y, a su vez, en la distinción entre interpretación teleológica e interpretación histórico-subjetiva. Cfr., entre otros trabajos del autor, *Law's Empire*, Cambridge Mass., Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 62-65; *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 38-57, 163, 164; y *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 75. Hemos estudiado más ampliamente el argumento teleológico contra la pretensión de neutralidad interpretativa, con base en la propuesta interpretativa de Ronald Dworkin, en Zambrano, Pilar “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin”, *Persona y Derecho*, 56, 2007, 288-292; y “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion*, 18, Chia, Universidad de la Sabana, 2009, pp. 109-133.

Esta consideración es todavía más atendible en el constitucionalismo moderno, donde los principios jurídicos fundamentales, por su carácter difusivo, proyectan su influencia sobre el conjunto entero del ordenamiento. Si algo significa este carácter difusivo es que las reglas jurídicas han de comprenderse siempre como concreciones de los primeros y la exigencia fenomenológica (no ya moral) de parte de quien pretende ajustar su conducta a las reglas de que identifique cuáles son los principios que se quieren concretar en el caso.⁶⁹

Esta estructura teleológica de las reglas, *hacia o en referencia a* los principios, se patentiza y acentúa todavía más si se atiende al principio jurídico de razonabilidad que, ya incorporado por vía textual, ya por vía pretoriana, de un modo u otro rige en toda práctica jurídica constitucionalizada. La razonabilidad jurídica es, en efecto, difícilmente distinguible de la razonabilidad práctica o moral. No sólo estipula la exigencia de que las reglas jurídicas sean conducentes a la realización de los bienes o valores que casi todo orden constitucional incorpora a través de sus principios fundamentales. Exige, además, que estos bienes o valores se realizan a través de medios que en sí mismos sean respetuosos del resto de los valores o bienes constitucionales. Exige, como la razonabilidad moral, una realización integral de los principios fundamentales y no en cambio, una realización sectorial.⁷⁰

⁶⁹ Más allá de las discusiones en torno cuáles son los rasgos definitorios del llamado “neo-constitucionalismo”, es incuestionable que una de sus preocupaciones centrales, como movimiento teórico, es el estudio de las consecuencias que posee la abstracción del lenguaje constitucional en la interpretación no sólo del texto constitucional, sino también del resto del ordenamiento jurídico sobre el cual se proyecta el poder normativo de la Constitución. Cfr. en este sentido, Prieto Sanchis, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 111-114, 117 y ss.; Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, p. 1; Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, *passim*, y Cruz, Luis M., “Neo-constitucionalismo y positivismo jurídico”, *Archiv für rechts-und sozialphilosophie* 106, 2007, pp. 22-33.

⁷⁰ Sobre el uso extendido del principio de razonabilidad en las prácticas constitucionalizadas, y sobre el sentido aquí propuesto del principio, Cfr. Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco, 2008, *passim*.

En realidad, ni el carácter difusivo de los principios ius-fundamentales ni la extensión del principio de razonabilidad son una peculiaridad del modo de darse el derecho en el occidente constitucionalizado, sino más bien la toma de conciencia generalizada de que, precisamente con base en la epistemología práctica descrita por Finnis, no hay forma de comprender las reglas si no es por referencia a los principios.⁷¹

Recapitulando, el ejercicio de la autoridad no escapa a la naturaleza teleológica del obrar humano. Por lo mismo, la interpretación del contenido de las normas supone de forma inevitable indagar cuál es su finalidad, lo cual, también de modo inevitable, reabre el flujo del razonamiento práctico. Si esto es así en general, con mayor razón todavía en las prácticas constitucionalizadas donde los principios fundamentales proyectan su fuerza normativa y directiva sobre toda regla o mandato. Entre éstos, el principio jurídico de razonabilidad parece prescribir de modo manifiesto o expreso que el resto de los principios y reglas se interpreten reabriendo el flujo del razonamiento práctico.

Es difícil concebir, pues, una regla jurídica que pueda comprenderse —no ya cumplirse— sin referencia a los principios que pretende concretar. Por lo que la afirmación de Finnis de que la pretensión del derecho de cerrar definitivamente el flujo del razonamiento práctico se aplica sólo a las reglas, es cuanto menos una descripción infiel de la manifestación existencial del derecho.⁷²

Los casos típicos en contrario, como las reglas de tránsito, no hacen en rigor más que confirmar lo dicho. En efecto, si es innecesario indagar en los fines o bienes que esta reglas se proponen realizar, no es porque sean irrelevantes, sino porque son notorios. Y cuanto más notoria es la vinculación entre una norma, sus fines propios y los fines globales del derecho, más espontánea es su comprensión y la aquiescencia interna a su obligatoriedad. Cuando, en

⁷¹ Cfr. Zambrano, Pilar, "El derecho como práctica (...)", *cit.*, p. 124.

⁷² Cfr. *LNDN*, p. 341, n. 9.

cambio, la notoriedad de esta vinculación instrumental se quiebra, con la misma espontaneidad se desencadena un proceso racional de reconsideración del sentido y de la obligatoriedad de la norma, a la luz de los fines globales del derecho.

El ejemplo propuesto más arriba puede aclarar esta idea. Podría interpretarse que cuando los conductores detienen su marcha frente a un semáforo en rojo lo hacen sin tomar en consideración la vinculación entre el mandato de detención y la seguridad como fin propio de las reglas de tránsito; ni la vinculación entre la seguridad y el respeto a la vida como fin último al que tiende el derecho. En rigor, esta triple vinculación entre lo mandado, el bien o fin intermedio de la norma y los fines del derecho, se asume de modo espontáneo hasta que la obediencia al mandato de detención obstaculiza el paso de una ambulancia en una situación de emergencia. En esta situación, los conductores se ven interpelados por el ruido y por las luces de las sirenas a decidir si la orden de detención se mantiene; si opera una suerte de excepción implícita en la finalidad de seguridad propia del mandato de detención; o si esta excepción está implícita en los fines globales del derecho.

De modo que, o bien la inteligibilidad de las reglas surge de una comprensión espontánea de su vinculación razonable con los principios fundamentales; o bien es producto de una reflexión deliberada, frente a la oscuridad inicial o aparente de esta vinculación. Y cuando esta reflexión no arroja luz sino más oscuridad, la consecuencia esperable es la merma en la eficacia motivadora de la regla para mover a la acción y por ende, para coordinar conductas en orden al bien común. Por lo mismo, se concluye en respuesta al segundo interrogante: el nivel mínimo de comprensión que Finnis parece señalar como caso típico o central del derecho es en rigor contrario al nivel máximo de eficacia en la coordinación que justifica su autoridad.

Queda por responder el tercer y último interrogante. Aún si la determinación de la validez jurídica no exigiese mucho más razonamiento que el de ligar una norma con un hecho creativo originante, como dice Finnis, ¿es cierto que este razonamiento es a-valorativo? No parece que lo sea, por la sencilla razón de que la selección de los hechos que originan normas válidas en una práctica jurídica concreta está definida a su vez por otras normas (las normas secundarias de Hart), que no pueden interpretarse sin atender al fin pragmático de lo mandado. De modo que tampoco la verificación aparentemente fáctica de que las normas interpretadas son normas jurídicas y no otra cosa, es una verificación a-valorativa, autónoma del juicio teleológico acerca de cuáles son los fines de las normas secundarias en juego.⁷³

Son usuales en este orden de ideas las discusiones constitucionales acerca de las facultades del Poder Ejecutivo para promulgar cierto tipo de normas, aun cuando nadie discuta que existan normas que delimiten claramente las competencias legislativas. ¿Qué se discute entonces cuando se discute si una norma emanada el Poder Ejecutivo es constitucionalmente válida por su origen? Se discute el sentido de las normas que distribuyen competencias legislativas, a la luz de los fines pragmáticos de tales normas y de la práctica en su conjunto (normalmente, el resguardo de la forma republicana de gobierno).

Como en el ejemplo de las reglas de tránsito, la espontaneidad con que reflexivamente se ligan estas reglas (o principios) secundarias con sus fines propios, jurídicos y morales, no implica que esta ligazón racional no se de en forma habitual, ni mucho menos que el derecho pretenda o aspire

⁷³ Algo parecido propone Ronald Dworkin cuando señala que la dimensión formal de la interpretación, consistente en distinguir las normas jurídicas de otro tipo de mandatos (que él denomina juicio pre-interpretativo) está modelada por una visión teleológica del Derecho. Cfr. Dworkin, R., *Law's Empire*, cit., pp. 67, 239, 248, 254-258. En este mismo orden de ideas, Sergio Cotta explica que este estudio "morfológico" o externo del derecho es sólo un escalón entre otros, en una indagación circular, que incluye la pregunta por los fines existenciales y ontológicos del derecho. Cfr. Cotta, Sergio, *El Derecho en la existencia humana*, trad. de Peidro Pastor, I., Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 16 y 17.

a que esta reflexión no tenga lugar. Otra vez, también como en el ejemplo de las reglas de tránsito, los casos “difíciles” donde los tribunales deben decidir acerca del sentido de las normas que establecen o regulan la competencia para crear o modificar reglas, atestigüan hasta qué punto los fines morales de estas reglas no se ignoran, sino que se dan por obvios en el resto de los casos (los fáciles).⁷⁴

VII. CONCLUSIONES

En los epígrafes anteriores se ha ofrecido una descripción y un análisis del concepto del derecho como “razón para la acción” desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis. La descripción y el análisis se plasmaron en algunas distinciones conceptuales que se mostraron plenamente conducentes a la realización del propósito principal de Finnis, la justificación de la autoridad moral del derecho. Sin embargo, junto a esta virtud de la propuesta finnisiana, se detectaron también algunas debilidades descriptivas e inconsistencias teóricas, que se presumen ligadas a la difi-

⁷⁴ Un caso paradigmático en Argentina fue *Peralta Luis Arcenio c/ Estado Nacional y Ministerio de Economía (BCRA) s/ amparo*, CSJN, 27/12/1990, Fallos 313: 1513, publicado en LL, 1991-C, 158, donde se declaró la constitucionalidad del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, mediante los llamados “decretos de necesidad y urgencia”. Cfr. el comentario al caso de Bianchi, A., “La Corte Argentina ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LL, 1991-C: 141, donde se critica el recurso argumentativo de la Corte, consistente en ligar inadecuadamente las medidas cuestionadas, de modo necesario e indispensable, con los fines últimos del ejercicio del poder público. En Estados Unidos, entre otros muchos otros, puede proponerse como ejemplo el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert Casey*, 505 U.S. 833, donde la Corte manifestó una fuerte disidencia interna en torno al modo de aplicar la regla (secundaria) del *Stare Decisis* en relación con la doctrina sentada en *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Entre muchísimos otros trabajos comentando este aspecto del caso, puede consultarse Sunstein, Cass R., “Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold”, *Harvard Law Review* 122, núm. 1, noviembre de 2008, pp. 246-274; Weigel, George, “The Sixties, Again and Again”, *First Things: A Monthly Journal of Religion & Public Life* núm. 182, abril de 2008; Berkowitz, Peter, “The Court, the Constitution, and the Culture of Freedom”, *Policy Review*, núm. 132, agosto de 2005, pp. 3-25; Linton, Paul Benjamin, “The Legal Status of Abortion in the States if Roe v. Wade is Overruled”, *Issues in Law & Medicine* 23, núm. 1, verano de 2007, pp. 3-12.

cultad de Finnis en su intento de conciliar el aparato conceptual heredado de la tradición iuspositivista, con el aparato o esquema conceptual heredado de la tradición iusnaturalista y más ampliamente, de la epistemología práctica tomista.

Las distinciones conceptuales de la teoría descrita pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

1. La acción en el hombre es el resultado de una compleja interacción entre razón, voluntad y emoción. La emoción no mueve a obrar por sí misma, sino a través de la razón. Y la razón no mueve a obrar, sino a la voluntad de obrar.

2. La razón motiva a obrar en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. En sentido amplio, la razón mueve a obrar mostrando el carácter bueno o apetecible de los fines últimos de la naturaleza humana (los bienes o valores humanos básicos). En sentido estricto, la razón mueve a obrar mostrando el modo de realizar en los casos concretos integralmente estos fines o bienes básicos.

3. La razón en sentido amplio es directiva, mientras que la razón en sentido estricto es moral o imperativa.

4. El derecho es, para Finnis, una razón en sentido estricto o moral para obrar. Y esto es así, pues el derecho es la expresión de la autoridad política y el ajustamiento de la conducta a lo mandado por la autoridad política es el único modo posible de obrar justamente, en relación con el bien común.

5. El modo de ajustar la conducta a la autoridad política o al derecho es tratando a las normas jurídicas como “razones excluyentes” para juzgar u obrar.

6. El derecho como práctica tiene una pretensión de invariabilidad que sólo es realizable cuando las normas jurídicas “cortan el flujo del razonamiento práctico” y excluyen no sólo otras razones para actuar, sino también otras razones para deliberar y juzgar cómo actuar.

7. Sin embargo, el ciudadano siempre conserva su capacidad moral para continuar deliberando, juzgar “al derecho” y en su caso, juzgar que no sólo conviene sino que también “debe” obrarse de modo diferente.

De todas estas distinciones, aquí se cuestionaron las últimas dos. En especial, se dijo que sostener un nivel tan alto de exclusión para el derecho, no parece ajustado a la manifestación existencial actual del derecho constitucionalizado, ni tampoco coherente con la epistemología práctica finnisiana. El carácter difusivo de los principios constitucionales y la vigencia extendida del principio jurídico de razonabilidad respaldan lo primero. El carácter teleológico de la razonabilidad práctica respalda o justifica lo segundo.

Quizá sea mucho más ajustado a ambos extremos—coherencia y fidelidad descriptiva— sostener que el derecho manifiesta una pretensión limitada, *prima facie*, de obediencia invariable, pero no en cambio una pretensión de asentimiento interno invariable a las reglas. Sostener, en otras palabras, que el derecho no pretende algo distinto de la moral, precisamente porque, como el propio Finnis muestra con tanta lucidez, el derecho *pretende ser* lo que es: una continuación del razonamiento práctico.

El derecho como práctica social o humana no pretende pues lo imposible (que no se delibere) ni tampoco lo inhumano (que se consienta interna y externamente a lo injusto). Su intrínseca pretensión de razonabilidad es también una pretensión intrínseca de justicia que sólo es realizable si el derecho se mantiene, como la moral, en el escalón más bajo de exclusividad, no en el más alto. Si el derecho no pretende que se “deje de pensar moralmente”, sino que se desplacen aquellas razones morales para obrar que no hayan sido recogidas por las reglas jurídicas, en tanto y en cuanto (y sólo en tanto y en cuanto), estas reglas constituyan determinaciones de los principios jurídico-morales de justicia—entre otras determinaciones posibles—.

Más aún, atendiendo a la pretensión o función del derecho de coordinar con justicia el obrar social, el derecho no puede

pretender que se deje de deliberar moralmente, sino más bien lo contrario. Pues a mayor deliberación, mayor comprensión y capacidad crítica de la regla. Y a mayor comprensión y capacidad crítica de la regla, mayor eficacia en la *coordinación* social, y mayor eficacia en la realización de la *justicia* de la coordinación.