



# Analogía e inteligibilidad del derecho: límites de la propuesta metodológica de John Finnis para la conceptualización del fenómeno jurídico

Analogy and Intelligibility of Law: Limits of John Finnis' Methodological Proposal to Conceptualize Law

Analogia e inteligibilidade do direito: limites da proposta metodológica de John Finnis para conceituar o fenômeno jurídico

Eliana De Rosa\*

\* <https://orcid.org/0000-0002-0675-2444>. Universidad Juan Agustín Maza, Argentina; Universidad de Congreso, Argentina; Universidad de Mendoza, Argentina. [eliana.derosa@um.edu.ar](mailto:eliana.derosa@um.edu.ar); [ederosa@profesores.umaza.edu.ar](mailto:ederosa@profesores.umaza.edu.ar); [derosa@profesores.ucongreso.edu.ar](mailto:derosa@profesores.ucongreso.edu.ar)

Recibido: 25/10/2021. Envío a pares: 27/10/2021  
Aprobado por pares: 02/12/2021. Aceptado: 17/12/2021

DOI: 10.5294/dika.2022.31.1.5

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo

Eliana De Rosa, "Analogía e inteligibilidad del derecho: límites de la propuesta metodológica de John Finnis para la conceptualización del fenómeno jurídico", en *Dikaion* 31, 1 (2022), pp. 93-119.

DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.5>

## Resumen

Uno de los aspectos centrales de la teoría jurídica propuesta por John Finnis en lo que respecta a la conceptualización del derecho como fenómeno de tipo social es la analogía. Sin dejar de reconocer los avances relevantes que supone esta propuesta metodológica en orden al reconocimiento de puntos de encuentro entre soluciones propuestas por tradiciones iusfilosóficas antagónicas en lo referente al concepto de derecho y a su posible vinculación con otros órdenes práctico-normativos, lo cierto es que este aspecto de la metodología finnisiana requiere ciertas delimitaciones teóricas a fin de no afectar el esquema conceptual elaborado por el profesor de Oxford en términos sistémicos. El presente trabajo se propone desarrollar algunas de las implicancias que trae aparejado un empleo ilimitado del recurso de la analogía, confrontándolo con otros aspectos relevantes del pensamiento del autor y procurando demostrar de qué modo puede verse afectada la vocación de sistematicidad de su elaboración teórica.

## Palabras clave

Derecho; John Finnis; analogía; caso central; inteligibilidad.

## Abstract

A central topic of John Finnis' legal theory regarding the conceptualization of law as a social phenomenon is the analogy. This methodological proposal supposes relevant advances in recognizing meeting points between solutions to the concept of law by antagonistic iusphilosophical traditions and their potential link with other practical-normative systems. However, the truth is that this aspect of the Finnis' method requires certain theoretical limits in order not to affect his conceptual scheme systemically. This paper deals with some implications that unlimited use of the analogy carries, confronting it with other significant features of the author's thought and demonstrating how the systematic vocation of his theoretical elaboration can be impacted.

## Keywords

Law; John Finnis; analogy; central case; intelligibility.

## Resumo

Um dos aspectos centrais da teoria do direito proposta por John Finnis a respeito da conceituação do direito como fenômeno social é a analogia. Embora reconhecendo os avanços relevantes que esta proposta metodológica supõe para reconhecer pontos de encontro entre soluções propostas por tradições jusfilosóficas antagônicas quanto ao conceito de direito e sua possível articulação com outras ordens prático-normativas, a verdade é que esse aspecto da metodologia finnisiana exige certas limitações teóricas para não afetar o esquema conceitual elaborado pelo professor de Oxford em termos sistêmicos. Neste artigo, propõe-se desenvolver algumas das implicações que o uso ilimitado do recurso de analogia acarreta, confrontando-o com outros aspectos relevantes do pensamento do autor e tentando demonstrar como a vocação sistemática de sua elaboração teórica pode ser afetada.

## Palavras-chave

Direito; John Finnis; analogia; caso central; inteligibilidade.

Sumario: Introducción. 1. Analogía y razonabilidad del derecho: el analogado principal. 2. El caso del analogado secundario. 3. La inteligibilidad del derecho. 4. Problematicidad del planteo finnisiano. 4.1. ¿Cómo deben entenderse los absolutos morales? 4.2. Derechos humanos como determinación de principios morales absolutos. 4.3. Efectos de la recepción por el derecho positivo de normas o principios iusfundamentales. 5. El problema de la inteligibilidad. Conclusión. Bibliografía.

## Introducción

En el ámbito de la filosofía del derecho continúa siendo una cuestión medular el problema de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral. Aun cuando muchas propuestas teóricas contemporáneas entiendan que el problema está superado como consecuencia de la sustitución del paradigma de la subsunción por el paradigma de la argumentación, lo cierto es que el contexto de las sociedades contemporáneas obliga a revisar permanentemente las coordenadas morales que inciden o debieran incidir dentro de las prácticas jurídicas.

Dentro de quienes se enmarcan en las llamadas teorías del derecho natural, merece especial atención la propuesta iusfilosófica del profesor emérito de Oxford John Finnis, quien no solo ofrece un abordaje renovado de la problemática, sino que además lo sustenta en un denso desarrollo teórico basado en un método que se asienta en dos pilares fundamentales: i) el llamado punto de vista interno y ii) la analogía como criterio de distinción conceptual del derecho.

El punto de vista interno tiene en el esquema finnisiano un carácter eminentemente práctico, en el sentido de que opera “con miras a la decisión y a la acción”.<sup>1</sup> “La razonabilidad práctica –dirá el profesor de Oxford– es la razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos, y, en general, al actuar”,<sup>2</sup> y es esa inteligencia la que, precisamente, debe inspirar al teórico social en la selección de conceptos que integran el caso central de algún fenómeno. Ello implica, por tanto, que no corresponde identificar las normas únicamente en razón de su origen o fuente, sino más bien por su contenido sustancial vinculado racionalmente con el bien humano.

Que el comportamiento responda a una razón significa que no es simplemente un hecho que se da, sino que es fruto de una decisión racional. Significa que tiene sentido, que tiene una razón de ser, la cual es, en último término, el fin al que se orienta. Por tanto, para comprender el comportamiento libre como respuesta a una razón es necesario considerarlo como búsqueda de un fin.<sup>3</sup>

1 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 12.

2 *Ibid.*

3 Carolina Pereira Sáez, *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, Granada, Comares, 2008, p. 13.

En este sentido, Finnis adopta –parcialmente– el concepto de Raz, según el cual, las normas solo serán moralmente vinculantes en la medida en que proporcionen alguna clase de razón para la acción.

El otro aspecto central del método propuesto por Finnis en orden a la conceptualización del derecho es la analogía, por medio de la cual se suministra un modelo teórico ideal de derecho o caso central (*central cases*), lo que permite su extensión –vía analogía– a supuestos empíricos de fenómenos jurídicos que adolecen de algunos de los elementos descriptores del caso central, a los que Finnis designa como casos periféricos, diluidos (*wathered down*) o corruptos. Este segundo pilar metodológico le permitirá cierta flexibilidad para la asignación del estatuto jurídico a casos de ordenamientos jurídicos cuyos componentes normativos se desvíen del proceso de razonabilidad, con lo cual pierden la virtualidad a fin de dar “razones para la acción”.

En el presente trabajo me propongo analizar este segundo aspecto de la metodología propuesta por Finnis para la conceptualización del derecho, focalizándome en sus límites para la extensión del concepto a supuestos de injusticia grave. En concreto, intentaré demostrar que el profesor Finnis elabora su caso central de derecho como culminación de un proceso que se inicia en el nivel de la razón práctica y que se encuentra atravesado por una pretensión de razonabilidad, y que torna inviable teóricamente la extensión analógica del concepto a aquellos supuestos de actos autoritativos de contenido sustancial de extrema injusticia, lo que torna ininteligible su estatuto jurídico. Esto se debe a que, siguiendo la lógica propia del caso central de derecho finnisiano, podría inferirse que un sistema jurídico debería su estatuto a su adecuación a las exigencias de la razonabilidad práctica más que a la fuente autoritativa de la cual emana. Por esta razón, el empleo ilimitado del mecanismo de la analogía comprometería el desarrollo teórico de Finnis en términos sistémicos, máximo si se tiene en cuenta su doctrina de los absolutos morales y su impacto en la formulación de principios de derecho fundamental, lo cual hace más discutible –en términos filosóficos– su solución respecto de la afirmación del estatus jurídico de actos autoritativos violatorios de derechos humanos fundamentales.

Con este propósito, intentaré analizar i) el caso central de derecho propuesto y sus enlaces teóricos con la teoría de la razón práctica ii) el alcance del mecanismo de la analogía y sus limitaciones, y iii) si el derecho pretende ser inteligible y, en su caso, qué debe entenderse por inteligibilidad del derecho.

## **1. Analogía y razonabilidad del derecho: el analogado principal**

Este método es recogido por el profesor oxoniense de la técnica desarrollada por autores clásicos como Platón y Aristóteles y, particularmente, Tomás de

Aquino,<sup>4</sup> y supone que, para el filósofo práctico, no cabe adscribir un significado unívoco a los conceptos en virtud de los cuales se intenta explicar realidades humanas. La univocidad solo tiene lugar cuando las realidades por estudiar se verifican todas con la totalidad de sus rasgos característicos, de modo que se pueden designar con un único concepto, que además se utiliza con un significado unívoco. Así, “la atribución de un significado unívoco reduce la comprensión de la realidad a estudiar a aquello que tengan en común todas sus posibles realizaciones”.<sup>5</sup>

Por el contrario, la descripción analógica permite ampliar el campo de aplicación de los conceptos estudiados más allá del denominado caso central. Ciertamente, la analogía opera mediante la focalización en propiedades características de un caso central o significado focal –*focal meaning*– en el que se verifican la totalidad de caracteres constitutivos de la realidad en cuestión, por un lado, y, por otro, partiendo de la consideración de ese caso central, la analogía permite extender el concepto a otras realidades en las que están ausentes, diluidas o corruptas algunas de esas características. “El campo apropiado de cualquier ciencia o teoría –escribe Finnis– incluye todo lo que está relacionado de modo relevante a un tipo central, y los tipos relevantes de ‘relación con el tipo central’ incluye, *inter alia*, no solamente que cosas genera ese tipo, sino también sus defectos o corrupciones característicos”.<sup>6</sup>

Así, el caso central se constituye en marco de referencia para la confrontación de las praxis concretas por analizar, de modo que, a mayor proximidad con el tipo conceptual será posible predicar que la realidad estudiada se da en la práctica según su significado focal. Por el contrario, el distanciamiento o pérdida de algún aspecto definitorio del caso central provoca la extensión del concepto, pero solo en forma analógica y como una versión desviada, o marginal en relación con el modelo conceptual.

En esa inteligencia Finnis define el caso central de derecho como

... reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva [...] para una comunidad “completa”, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad [...] para el bien común de esa comunidad.<sup>7</sup>

4 Sobre la analogía, véase José Miguel Gamba, *La analogía en general. Síntesis tomista de Santiago Ramírez*, Pamplona, EUNSA, 2002.

5 Pereira Sáenz, *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, op. cit., p. 33.

6 John Finnis, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 43.

7 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 276. Véase también John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, trad. Cristóbal Orrego, 2000, p. 304.

De esta nueva definición surgen dos notas características del caso central de derecho (como sistema): por un lado, el de ser un instrumento de coordinación de la acción común y, por otro, la finalidad de esa coordinación que es el bien común. Este horizonte teleológico señalado en el caso central de derecho requiere una lectura en clave sistémica dentro de la propuesta teórica finnisiana, ya que es en esta instancia en la que se comprende mejor el punto de convergencia entre la filosofía política, moral y jurídica, y ello ocurre cuando se analizan las características o dimensiones que el derecho tiene en el pensamiento del autor.

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

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

En este punto conviene recordar que Finnis toma de las tesis de Hart y Raz<sup>8</sup> la concepción de que el derecho proporciona razones para la acción. Sin embargo, la propuesta del profesor australiano se distancia de la de los citados autores en el hecho de hacer residir el concepto de “razón para la acción” en la vinculación del derecho vigente con el bien común político, y, por su intermedio, con el bien moral del ciudadano lo cual es, en última instancia, lo que atribuye carácter normativo al derecho. Así, si bien Finnis admite la posibilidad de estudiar descriptivamente al derecho considerado como un “hecho complejo relativo a opiniones y prácticas de un conjunto de personas en un momento determinado”<sup>9</sup> –idea esta que comparte con Hart y Raz– no obstante, sostiene enfáticamente que también

8 Ciertamente, Hart atribuye a la filosofía jurídica el propósito central de identificar el carácter normativo del derecho con el hecho de proporcionar razones para la acción. En este punto, véase Herbert L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 18; *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 144, y *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, trad. G. Carrió, 1992, pp. 70-72. Por su parte, Josep Raz afirma que lo que se acepta como razón para la acción es un conjunto de decisiones cuya existencia y contenido son “una cuestión de hecho social”. Véase Joseph Raz, *La ética en el ámbito de lo público*, Barcelona, Gedisa, trad. M. L. Melón, 2001, p. 227. Además de estos autores, estas cuestiones también han sido desarrolladas por otros exponentes de la jurisprudencia analítica, tales como Ralph Sartorius, “Political authority and political obligation”, en *Virginia Law Review* 61 (1) (1998), pp. 3-17; John L. Mackie, “Obligation to obey the law”, en *Virginia Law Review*, 61 (1) (1998), pp. 143-158; Jules Coleman y Brian Leiter, “Legal positivism”, en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 1996, pp. 241-260.

9 John finnis, “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico”, en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, trad. Carolina Pereira Sáez, supervisión de Carlos Ignacio Massini-Correas, 2017, p. 26.



... es preciso considerar el derecho, y el derecho de una comunidad en particular, precisamente [...] como buenas razones para la acción. Pero cuando la deliberación sigue su curso, las razones que tenemos para la acción (y para abstenernos de la acción) realmente buenas y las únicas que son de verdad suficientes son razones morales.<sup>10</sup>

En síntesis, la obligatoriedad moral, esto es, la obligatoriedad en conciencia del derecho se estructura sobre la base del concepto de razones para la acción. Ahora bien, al ser el derecho, en su dimensión política, un instrumento de coordinación de la acción común para el logro del bien común, el tipo de razones morales que debe proporcionar no puede ser otro que el de razón excluyente.

Siguiendo este esquema, analizado en su significado focal, el derecho se comprende como un instrumento de coordinación de tales acciones y objetivos comunes (aunque no siempre compartidos), necesario para el desarrollo integral de los miembros de la comunidad. De lo afirmado se sigue, según el profesor de Oxford, que “todos estos postulados, características e instrumentos distintivos del derecho tienen su fundamento, desde el punto de vista de la razonabilidad práctica, en la exigencia de que las actividades de los individuos, familias y asociaciones especializadas estén coordinadas”.<sup>11</sup>

Por último, resta remitir a la naturaleza específica del bien común político el cual depende también las cualidades específicas del derecho como instrumento de coordinación. En este sentido, el bien común propio de la comunidad política, y que, como tal, se erige en objetivo todo sistema de reglas que pretenda ser auténticamente “jurídico” (en su significado focal) consiste en “asegurar –escribe Finnis– todo un conjunto de condiciones materiales y de otro tipo que tendieran a favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal”.<sup>12</sup> Cabe aclarar que esta consideración del bien común no implica adscribir un carácter individualista o instrumental al conjunto de condiciones que posibilitan tal desarrollo personal, sino que se trata de una consideración de tipo sustancial, en la medida en que las dimensiones individual y social del desarrollo humano se comprenden y complementan, de tal manera que ninguna de las dos dimensiones se puede pensar aislada o escindida de la otra.

Esta vinculación conceptual explica que la noción de bien común no puede comprenderse acabadamente prescindiendo de la referencia a los bienes humanos básicos. En efecto, señala el profesor australiano que

... hay un “bien común” para los seres humanos, puesto que la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la religión y la libertad en la razonabilidad práctica son buenos para todas y cada una de las personas. Cada

10 *Ibid.*, p. 27.

11 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 149.

12 *Ibid.*, p. 154.

uno de estos valores humanos es él mismo un bien común puesto que puede ser participado por un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o [...] de ocasiones.<sup>13</sup>

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

## 2. El caso del analogado secundario

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

En el capítulo de *Natural Law and Natural Rights* dedicado a la injusticia de la ley,<sup>14</sup> el profesor de Oxford sostiene la pretensión de toda teoría de derecho natural de proporcionar un marco de referencia crítica a los ordenamientos jurídicos positivos, con base en las exigencias de la razonabilidad práctica. Ciertamente, estas exigencias cumplen una función de guía u orientación con respecto a los contenidos y las formas de las disposiciones jurídicas a fin de que las mismas se proyecten y tengan por objeto de protección el bien de los seres humanos que viven en comunidad. En este contexto, la autoridad se justifica en la medida en que sea el único medio idóneo para la solución de problemas de coordinación de esa vida común y, además, sea reconocido como tal. Esto último ocurre, a su vez, cuando los ciudadanos aceptan reemplazar su propio juicio de coordinación por el de la autoridad. Así, “la autoridad carece de utilidad para el bien común –escribe el autor– a menos que las disposiciones de los que poseen autoridad [...] sean tratadas como razones excluyentes, i. e. como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición”.<sup>15</sup>

A partir de esta tesis, se comprende que el fenómeno de la injusticia de la ley no es otra cosa que un ejercicio de la autoridad viciado, desviado o pervertido. Según Finnis, esto ocurre cuando: i) quien detenta el poder no procura el bien común, sino el beneficio personal o partidario; ii) el acto de poder se ejerce excediendo las atribuciones legalmente conferidas; iii) no se cumplen los requerimientos de la justicia conmutativa, “que exige tratar a las personas

13 *Ibid.*, p. 155.

14 *Ibid.*, pp. 351-367.

15 *Ibid.*, pp. 351-352.

como titulares de la dignidad de dirigirse a sí mismas; y de la justicia distributiva que exige proporcionar a todos una igual oportunidad de comprender y cumplir la ley";<sup>16</sup> iv) finalmente, la injusticia puede provenir del contenido sustancial del acto autoritativo, ya sea distributivamente en la medida en que produce una asignación de bienes comunes en forma arbitraria, esto es, atribuyendo o reconociendo a algunos mientras que los niega a otros sin la debida justificación; o bien conmutativamente, cuando se niegan derechos humanos absolutos a alguno o algunos, cuyo reconocimiento de ninguna manera resulta incompatible con el ejercicio del mismo derecho por parte de otros.

A su turno, el problema de la injusticia de la ley no puede ser dimensionado adecuadamente sin considerar su impacto en el deber de obediencia de quien se encuentra sometido al mandato autoritativo injusto. En este aspecto, Finnis admite cuatro tipos de obligación de obedecer que pueden surgir en el sujeto obligado: i) aquella que puede estar motivada en "la posibilidad empírica de ser sometido a una sanción en caso de inobservancia"<sup>17</sup>; ii) la obligación jurídica en sentido jurídico o intrasistemático; iii) la obligación jurídica en sentido moral, que sigue a la anterior; iv) la obligación moral que deriva, no de una fuente jurídica, sino de una fuente colateral.

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

El cuarto tipo de obligación de obedecer se funda en una cuestión más compleja, derivada de lo que Finnis llama la "obligación moral colateral".

Puede suceder [...] –explica Finnis– que si mis conciudadanos me *ven* desobedecer o pasar por alto esta "ley", probablemente se debilitará la eficacia de otras leyes, y/o el respeto general de los ciudadanos por la autoridad de un gobernante o de una constitución en general deseables, con probables malas consecuencias para el bien común.<sup>18</sup>

En otros términos, este tipo de obligación se fundamenta y responde a la necesidad de evitar la ineficacia del derecho en aquello que tiene de justo y legí-

16 *Ibid.*, p. 353.

17 *Ibid.*, p. 354.

18 *Ibid.*, p. 361.

timo. Por tanto, en estos casos, el cumplimiento del acto se exige a efectos de evitar que el derecho sea –en palabras del autor– “despreciado”.<sup>19</sup>

En síntesis, este último tipo de obligación consiste en que, frente al hecho concreto de la existencia de un mandato o disposición injusta, y cuya validez jurídica no puede ser cuestionada en virtud de la fuente formal de la cual ha emanado, el sujeto destinatario puede verse compelido al cumplimiento, en “virtud de la exigencia moral de conformarse con esa disposición en la medida necesaria para evitar debilitar ‘el derecho’, el sistema jurídico (de reglas, instituciones y disposiciones) como un todo”.<sup>20</sup> En un sentido congruente, comenta Legarre que

... Finnis no niega la integración del derecho natural al ordenamiento jurídico. Al contrario, desarrolla con amplitud y gran riqueza, apoyado en Tomás de Aquino, los dos modos principales mediante los que la ley positiva se deriva de la ley natural. Pero el “derecho” natural solo se convierte en derecho en la medida en que una fuente social lo incorpora y constituye en regla autoritativa de relaciones sociales. Con otras palabras, desde que un acto de autoridad lo coloca como fuente del derecho vigente.<sup>21</sup>

Ahora bien, la pregunta que sigue a este planteamiento es qué ocurre con la extensión analógica y el estatuto jurídico en aquellos supuestos en los cuales el acto autoritativo se ha salido por completo del cauce del proceso de razonabilidad, de modo tal que solo queda un residuo formal fundado solo en la fuente, pero absolutamente arbitrario e inicuo en la sustancia. En otros términos, analizado el supuesto en un nivel teórico, ¿la analogía como método de calificación de realidades como jurídicas es aplicable ilimitadamente? O, por el contrario, ¿hay algún supuesto en el que resulte improcedente? Y, por otro lado, en caso de admitirse la posibilidad de extender indiscriminadamente el concepto de derecho por analogía a cualesquiera actos de la autoridad que hayan cumplido un determinado proceso formal con independencia de su contenido, ¿no importa abdicar del carácter inteligible de las prácticas jurídicas? De responder esta pregunta, nos ocuparemos en el próximo acápite.

### 3. La inteligibilidad del derecho

La ineludible naturaleza valorativa de toda teoría práctica se comprende, pues, a la luz de la correlativa naturaleza teleológica de la acción humana. En efecto, al ser el objeto de estudio la conducta humana libre, se hace necesario atender a la finalidad que persigue el sujeto actuante, para lo cual, el científico o teórico social deberá situarse en el lugar del sujeto que delibera y actúa.

19 *Idem.*

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

21 Santiago Legarre, “The concept of Law in John Finnis”, *Persona & Derecho* 40 (1999), p. 65.

“Las acciones humanas, prácticas y disposiciones y el discurso parcialmente constitutivo de tales prácticas –escribe Finnis– [...] no pueden entenderse sin entender su fin, su objetivo, su relevancia o su importancia ‘tal como fueron concebidos quienes realizaron estas acciones, participaron en estas prácticas, etc.’”<sup>22</sup> Este método es el de la adaptación del punto de vista interno, y será ese punto de vista el que conduzca a la identificación de las razones que ha tenido en cuenta el sujeto actuante y que han sido determinantes de su elección y acción. Por eso es que, en el comportamiento humano libre, la acción no es irracional, sino que es inteligible, es decir, se entiende precisamente como la elección de un comportamiento en respuesta a una razón.<sup>23</sup>

Entendido el derecho como práctica social, y con especial atención al caso central de derecho formulado por el profesor Finnis, se advierte que el mismo constituye el resultado final de un proceso que se inicia en el nivel de la razón práctica, y que –atravesado por una pretensión de razonabilidad– transita hacia el plano ético, político y jurídico. Más aún, teniendo en cuenta el giro interpretativo heredado por Finnis de Hart y Raz, en términos de concepción del derecho como “atribución de razones para la acción”, y atendiendo al carácter *excluyente* de las razones que proporciona el derecho, la nota de la inteligibilidad consistiría en emprender la búsqueda de aquella proposición moral inicial que inspira el proceso de determinación de los principios de derecho fundamental hacia normas jurídicas concretas que establecen mecanismos específicos para la protección de la realización coordinada de bienes humanos básicos.

En otras palabras, es precisamente el carácter excluyente de las razones para actuar que proporciona el derecho el que hace suponer que necesariamente debe existir un proceso previo en virtud del cual “se excluyen” –en el intelecto del agente– otras posibles razones distintas de las que prescribe un determinado sistema de reglas de conducta que se encuentra institucionalizado.

En este sentido, el dato fáctico de que la regla en cuestión haya sido adecuadamente positivizada según su fuente y procedimiento por una autoridad resulta insuficiente para su justificación como tal, sobre todo si la misma es el resultado de un proceso de determinación en el que se encuentran implicados los llamados “absolutos morales” por la Nueva Escuela del Derecho Natural, de la cual el profesor Finnis es uno de sus exponentes más sobresalientes. Ello porque, sin lugar a dudas, quien se encuentra compelido por las normas jurídicas positivas no restringe el acatamiento de las mismas a un análisis de su adecuación a estándares solo formales, sino que, en el análisis de las prescripciones autoritativas, necesariamente avanza hacia la inteligencia de los principios morales en juego, máxime cuando de lo que se trata es

22 John Finnis, “Law and what i truly should decide”, en *American Journal of Jurisprudence* (2003), p. 118.

23 Pereira Sáez, *La autoridad del Derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, op. cit., p. 21.

de determinar derechos fundamentales en la órbita de un determinado sistema jurídico positivo.

Por lo tanto, para que el derecho proporcione razones para la acción, por un lado, y que esas razones sean de tipo excluyente, por otro, es necesario reconducir la cuestión hacia el reconocimiento la doble naturaleza del derecho: institucional-autoritativa y racional.<sup>24</sup> En la filosofía de Finnis, no resulta explícita la afirmación de esta doble naturaleza o, al menos, no en términos de predicación de doble dimensión. Sin embargo, se ha podido identificar más arriba que la denominada “pretensión de razonabilidad” no solo se encuentra presente en todo el desarrollo filosófico práctico finnisiano, sino que se advierte una intencionalidad teórica del autor, de que ella proporcione la explicación y justificación del derecho, como resultado final de un proceso de razonamiento práctico que se originó en un plano ético-individual, transitó el plano político-comunitario y culminó en el plano jurídico-autoritativo.

#### 4. Problematicidad del planteamiento finnisiano

Dada la vocación de sistematicidad que parece surgir del caso central del derecho podría advertir que la propuesta teórica del profesor Finnis se problematiza en dos puntos, a saber: i) la adscripción de un carácter conveniente más que necesario a la vinculación conceptual entre derecho y moral,<sup>25</sup> y –como

24 Quien ha sostenido enfáticamente la tesis de la doble naturaleza del derecho ha sido Robert Alexy. Sobre el punto, véase Robert Alexy, “Some reflections on the ideal dimension of law and legal philosophy of John Finnis”, en *American Journal of Jurisprudence* 58 (2013), pp. 1-14. En este artículo, el profesor alemán cuestiona la teoría jurídica de John Finnis a partir de la consideración de la doble naturaleza del derecho por la que cabe identificar dos dimensiones en el fenómeno jurídico: una dimensión real, autoritativa e institucional que se sostiene en el valor de la certeza legal; y una dimensión ideal o de razonabilidad que se sostiene en el valor de la justicia y que se caracteriza por el hecho de que todo acto autoritativo jurídico-positivo entraña una pretensión de corrección de tipo moral. Esta estructura del fenómeno jurídico permite la afirmación de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral, así como la configuración de un marco de referencia para el análisis de los casos en los que entran en tensión los valores de una norma o de un sistema. Alexy sostiene que, en los casos que caen bajo la órbita de la fórmula de Radbruch, debe prevalecer el valor de la justicia por sobre el valor de la certeza legal. Sobre esta base, en el citado trabajo cuestiona la tesis finnisiana de la validez intrasistémica de actos de contenido gravemente injusto, argumentando que tal concepto equivale a otorgar mayor peso a la dimensión real del derecho y enmarcando a Finnis dentro de la categoría del no positivismo súper incluyente. También puede consultarse, Robert Alexy, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016.

25 Sobre este punto, en la “Introduction” de *CEJF IV*, Finnis escribe –a propósito de la controversia sobre si existe una necesaria conexión entre el derecho y la moral–: “Se supone que hasta que el positivismo despejó el ambiente a través de su robusta negación de que existe tal conexión, la filosofía jurídica se enredó con la moralización y se confundió con un idealismo fuera de lugar” (John Finnis, “Introduction”, *CEJF IV, Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 7). Más adelante, Finnis explica que la cuestión atinente a la conexión conceptual entre derecho y moral requiere necesariamente una investigación de tipo moral. A partir de esta afirmación, justifica su distinción entre obligación jurídica de obediencia al derecho, a la que le adscribe carácter no rebatible (*non-defeasible*) y obligación moral, a la que corresponde adscribir carácter condicional o rebatible (*defeasible*). Véase Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, pp. 318-319. Véase también la discusión sobre la naturaleza de la obligación jurídica y moral en Maris Köpke, “Finnis on legal and moral obligation”, en John Keown y Robert P. George (eds.), *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 379-395; la réplica de Finnis en John Finnis, “Reflections and Responses 23. John Finnis on Maris Köpke Tinturé”, en *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, *op. cit.*, pp. 553-556. Asimismo, Finnis reitera esta tesis, al afirmar –en su réplica a Alexy– que el derecho no pretende ser moralmente obligatorio (John Finnis, “Law as a fact and as a reason for action: A response to Robert Alexy on Law’s ‘Ideal Dimension’”, en *American Journal of Jurisprudence* 59 (2014), pp. 85-109).

corolario del este– ii) la asignación de estatuto jurídico a prescripciones positivas de contenido gravemente injusto.

En efecto, la sistematicidad pareciera ponerse en duda cuando se analiza el desarrollo teórico del autor en cuanto a los llamados absolutos morales, y su vinculación con la determinación de principios de derecho natural que culminan en la consagración de derechos humanos. Por ello, en esta sección se propone un breve análisis de estos, y la posterior demostración de la incompatibilidad que emerge entre la doctrina de los absolutos morales y el reconocimiento de validez intrasistemática de reglas que los violenten. A los fines de su demostración procederé a analizar algunos textos del profesor Finnis referidos a la materia, a fin de demostrar su vinculación en la determinación de principios de derecho fundamental y su consecuente incompatibilidad teórica con la tesis de la validez intrasistemática de reglas injustas.

#### 4.1. ¿Cómo deben entenderse los absolutos morales?

El concepto de “absolutos morales” es un concepto antiguo, aunque muy recurrente en la filosofía de Finnis. Ellos son definidos en términos de reglas que no admiten ningún tipo de excepción. Quienes han sostenido la posibilidad de predicar la existencia de principios morales absolutos, han arribado a tal conclusión sobre la base de la convicción del acceso a un conocimiento innato de la realidad y de los primeros principios prácticos, a través del denominado proceso de la *sindéresis*. En efecto, “los absolutos morales [...] –escribe Finnis– están constituidos por principios absolutamente básicos, primarios e inderivados”.<sup>26</sup> En otras palabras, la razón infiere principios prácticos cuyo carácter absoluto se explica en términos de inadmisibilidad de excepciones, y se justifica en que se trata de normas de conducta que proscriben determinadas acciones que atentan directamente y como un fin propio de la acción, contra algún bien humano básico. En este sentido, el profesor oxoniense sostiene:

Algunas normas morales son negativas y nos dirigen a no realizar actos de un tipo específico [...] Pero las normas negativas pueden ser, y un número de ellas verdaderamente son, vinculantes y directivas siempre y en toda ocasión {*Semper et ad Semper*}. Las normas negativas de este tipo son, en resumen, tanto específicas –inmediatamente aplicable sin más razonamiento moral– y sin excepciones [...]. Y son estas normas, relativamente pocas en número, los que dan a la vida social y al derecho justo su columna vertebral. Ellas hacen que algunos de nuestros derechos sean inalienables y, en un sentido importante, absolutos.<sup>27</sup>

Se observa así en el planteamiento finnisiano una necesaria remisión a la dimensión racional-moral para la identificación de las bases de lo que constitu-

26 John Finnis, “Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales”, en *Estudios de Teoría de Derecho Natural*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, trad. Carlos Ignacio Massini-Correas, 2017, p. 56.

27 Finnis, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., pp. 164-165.

ye una vida en comunidad justa y el derecho justo. En otras palabras, Finnis hace referencia a lo que se ha identificado como pretensión de razonabilidad –aunque el autor no emplee esa expresión en forma explícita–, lo que permitiría deducir cierto reconocimiento de la vinculación conceptual entre el orden normativo moral y jurídico, fundamentalmente en orden a la comprensión de los derechos humanos.

Ciertamente, en el orden moral, la calificación éticamente reprochable de acciones que atentan contra bienes humanos básicos se explica en su carácter contrario a la razón, en la medida en que la opción de actuar en contra de un bien humano, cuya evidencia sustancial excluye toda posibilidad de tratarlo como de carácter instrumental, es contraria al curso habitual en el que se desenvuelve el proceso de razonabilidad práctica. A modo de ejemplo, la vida será siempre un fin en sí mismo, y nunca puede tratarse como medio, o instrumento para alcanzar otro fin. Por tanto, el absoluto moral que proscribe cualquier acto que atente contra tales bienes humanos básicos supone que una acción humana no puede ser acorde a la razonabilidad práctica, en la medida en que el ataque a alguno de estos bienes, lo persiga como fin o como medio.<sup>28</sup>

Este principio, reconocido expresamente por Finnis, se halla asimismo presente en los niveles político y jurídico de su elaboración teórica, a los que arriba luego del tránsito emprendido en el nivel de la moral. “La vida, la verdad, la armonía interpersonal como tales –afirma el autor– son todos bienes humanos que brindan razones para fomentar y respetar a la comunidad, no solamente en el nivel de relaciones conyugales o de vecindad inmediata, sino en el nivel de la política y el Estado”.<sup>29</sup>

## 4.2. Derechos humanos como determinación de principios morales absolutos

Es entonces en el contexto discursivo de los absolutos morales donde Finnis pretendería situar el fundamento de la noción de derechos humanos, la cual viene dada por los bienes que son su objeto, concebidos como la integración de un todo armónico de dimensiones del perfeccionamiento humano<sup>30</sup> y destinados a proyectarse sobre cualquier elaboración jurídico-positiva, a modo de determinación. Así lo explica el autor cuando afirma:

28 Sobre el análisis de los elementos que conducen a la identificación de la racionalidad de las acciones humanas, véase Germain Grisez, Joseph Boyle y John Finnis, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1987. Asimismo, sobre la ética de los bienes humanos y su intrínseca vinculación con la moral, véase Alfonso Gómez Lobo, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile, Mediterráneo, 2006, pp. 83-109.

29 Finnis, “Aristóteles, Tomás de Aquino y los absolutos morales”, *op. cit.*, p. 61.

30 Carlos Ignacio Massini-Correas, *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015, p. 142.



No hay más alternativa que tener en mente algún modelo, o conjunto de modelos, del carácter, la conducta, la interacción del hombre en la comunidad, y elegir luego una especificación de los derechos que tienda a favorecer a ese modelo o conjunto de modelos. En otras palabras, se necesita una concepción del bien humano, de la realización individual, según una forma (o conjunto de formas) de vida en común que promueva en lugar de obstaculizar tal realización.<sup>31</sup>

En esa inteligencia media un expreso reconocimiento del carácter deóntico de las instituciones políticas y jurídicas al servicio de propósitos sustantivos.<sup>32</sup> Más aún, el concepto de derechos humanos es el resultado de un proceso de determinación en el plano jurídico que tiene lugar sobre la base de actos de intelección de principios denominados por las teorías del derecho natural como *ius gentium* o derecho de los pueblos.

Con esta expresión Finnis designa al “conjunto de normas y principios y normas que se encuentran de modo similar, aunque no idéntico, en virtualmente todos los sistemas jurídicos”.<sup>33</sup> De ahí entonces que se puedan predicar como características inherentes su ubicuidad o recepción más o menos generalizada en la totalidad de los ordenamientos jurídicos del mundo occidental. La ubicuidad de estos principios es la nota que, precisamente, da cuenta de aquel proceso de intelección.

En el derecho moderno –escribe el profesor oxoniense– estas [las normas del *ius gentium*] son designadas en principio por nombres tales como “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38), *ius cogens erga omnes* (literalmente “derecho que es vinculante [sin acuerdo o promulgación u otras formas de adopción]) en relación con todos”, “derecho superior”, o “derechos humanos fundamentales”.<sup>34</sup>

El texto citado permite inferir con claridad la adscripción del carácter universalmente obligatorio de aquellos principios que se materializan en los ordenamientos jurídicos concretos bajo la forma de derechos humanos. Obsérvese que cuando Finnis emplea las expresiones *ius gentium erga omnes*, hace expresa aclaración de que su vigencia no exige actos de “promulgación o adopción”, con lo cual se infiere el reconocimiento de que estos principios operan en el plano jurídico, y que, por tanto, tendrían carácter positivo, pese a no mediar un acto concreto de positivización.

Esto último a su vez debe complementarse con la declaración del autor en virtud de la cual señala que tampoco:

31 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 247-248.

32 John Finnis, “Natural law theories”, en Edward Zalta N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Law*, 2011 (Última revisión 2015), en <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>. Ap.4.

33 finnis, “Natural law theories”, op. cit., Ap. 4.

34 *Ibid.*

... tenemos que dudar en decir que, a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque la séptima exigencia de la razonabilidad práctica es esta [...]: que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor [bien humano] básico, ya para uno mismo, ya para los demás seres humanos [...]. De manera correlativa a los deberes que esta exigencia implica, hay por tanto derechos –exigencias sin excepciones o absolutos– el más obvio, el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para algún fin ulterior.<sup>35</sup>

De ahí, entonces, que son dos las notas que caracterizan a los principios de derecho que tienen por objeto la consagración de derechos fundamentales: i) la universalidad y ii) la absolutez. En consecuencia, si los principios derivados del *ius gentium* forman parte del derecho positivo, entonces la existencia de normas dentro del mismo sistema que los contradigan o vulneren no puede producir efectos solo en la órbita de la moral, sino que necesariamente debe registrarse alguna implicancia en la órbita del derecho.

Finnis sostiene que el proceso de determinación de los derechos humanos está destinado a concretarse en términos operativos en la órbita del derecho positivo, pero que no se origina en la misma órbita, sino en el nivel de la moral, como “conclusiones –invocando la teoría del derecho del Aquinate– (implicaciones) de los principios de nivel más elevado, de los principios morales más generales”.<sup>36</sup> Es lo que se denomina *determinatio*, en cuanto es un tipo de concretización de lo general, o particularización que une la necesidad racional del principio con la libertad (del legislador) de elegir entre concretizaciones alternativas.<sup>37</sup>

A su vez, en el proceso de determinación Finnis distingue dos tipos de principios: i) principios con fuerza concluyente, cuya denominación proviene del dato de que ponen fin al proceso de razonamiento práctico; y ii) y principios con fuerza directiva,<sup>38</sup> que en palabras de Finnis son aquellos “elementos de un proceso racional de toma de decisiones que no puede ser concluido de manera razonable apelando simplemente a cualquiera de estos derechos”.<sup>39</sup> Los primeros suelen formularse en forma negativa (v. g. “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido”, o bien “Nadie podrá ser sometido a torturas”), mientras que los segundos suelen enunciarse en forma positiva (v. g. “Todo individuo tiene derecho a que se respete su libertad ambulatoria”).

Ahora bien, son los principios con fuerza concluyente los que conducen al reconocimiento de derechos de naturaleza absoluta o derechos humanos. El carácter concluyente del principio implica, además, la inalienabilidad del derecho que reconoce en la medida en que el orden jurídico resulta impotente para ofrecer razones que justifiquen su negación o restricción de cualquier forma en

35 Finnis, *Natural Law and Natural Rights.*, op. cit., pp. 252-253.

36 Finnis, “Natural law theories”, op. cit., Ap. 5.

37 *Idem.*

38 finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., p. 212.

39 *Ibid.*, p. 212.

orden a la consecución del bien común. En este sentido, señala acertadamente Zambrano que “al carácter concluyente del principio en cuestión le sigue, por definición, el carácter absoluto del derecho que reconoce”.<sup>40</sup>

Por su parte, los principios con fuerza directiva ofrecen una razón para actuar que es necesaria, pero no suficiente, por lo que los derechos reconocidos o enunciados a partir de ellos siguen siendo igualmente inalienables, pero no absolutos, puesto que su ejercicio podría estar sujeto a ciertas limitaciones o excepciones. Así, por ejemplo, Finnis cita el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos [...] (a) [...] (f) [...]”.<sup>41</sup> En ambos casos, se trata de un proceso de determinación de derechos sobre la base de distintos tipos de principios jurídicos.

La pregunta que cabe formularse llegada esta instancia es si hay alguna conexión entre principios jurídicos y principios morales en orden a la determinación de los derechos. En este punto, es clara la postura finnisiana respecto de la determinación de los derechos como culmen de un proceso de especificación que opera en el nivel de la racionalidad. Pero, además, es preciso destacar que Finnis también formula una clasificación entre principios morales que opera de modo análogo a la de los principios jurídicos. En efecto –y siguiendo el pensamiento del Aquinate– distingue entre principios morales enunciados asertivamente y principios morales enunciados en sentido negativo o bajo la forma de prohibición. Los primeros indican lo que debe hacerse, mientras que los segundos prescriben lo que no debe hacerse.

Los principios morales negativos obligan siempre y en toda ocasión, y se refieren a derechos inalienables y absolutos,<sup>42</sup> mientras que los principios morales enunciados positivamente obligan siempre, pero no en toda ocasión, lo cual supone una remisión a las circunstancias del caso. En esta lógica, cabe adscribir carácter concluyente a los principios negativos y directivos a los principios positivos.

De ahí entonces que –siguiendo a Pilar Zambrano– se advierte cierta identidad entre principios morales y principios jurídicos. En efecto, explica Zambrano que “esta semejanza da mucho peso a la hipótesis de que, con las salvedades que correspondan, desde el punto de vista formal o lógico el razonamiento moral no se distingue del razonamiento jurídico por lo menos

40 Pilar zambrano, “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva de la moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, pp. 87-118.

41 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit. Finnis cita ejemplos de formulaciones de ambos tipos de principios en la nota, p. 211.

42 Finnis, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., pp. 164-165.

en el área del derecho fundamental".<sup>43</sup> Por supuesto, esta afirmación no supone una identidad absoluta, pues es sabido que ambos órdenes normativos se mueven en distintos ámbitos de operatividad. Mientras los principios morales rigen el fuero interno del sujeto asignando prioridad a la intención por sobre la acción, los principios jurídicos se aplican a acciones externas en las que, si la acción no ha tenido comienzo de ejecución, la intención del sujeto resulta irrelevante.

### 4.3. Efectos de la recepción por el derecho positivo de normas o principios iusfundamentales

En este apartado se trata de responder a la pregunta de si en materia de principios de derecho fundamental, la incorporación de estos en un determinado ordenamiento positivo constituye una conclusión pura de principios morales concluyentes, o, por el contrario, media algún modo de determinación específico.

Teniendo en cuenta los ámbitos de operatividad de la moral y del derecho antes mencionados, apunta Zambrano:

... los principios de derecho fundamental se limitan a proscribir aquellas elecciones e intenciones que se materializan en el obrar exterior y que además producen un resultado injusto. Esta doble proyección exterior supone no solo una limitación o estrechamiento en el campo de referencia de los principios jurídicos con relación a los principios morales, sino también cierta determinación material de su objeto.<sup>44</sup>

En este contexto, a pesar de que el objeto se ve delimitado como consecuencia del proceso de determinación, es posible identificar, no obstante, un núcleo duro invariable al que tanto los principios morales como los jurídicos remiten y protegen, a saber: los bienes humanos. Lo que cambia es el modo en que operan los principios moral y jurídico en el intelecto del agente.

El proceso de determinación conlleva, asimismo, el surgimiento de un nuevo efecto: la obligatoriedad jurídica. En este proceso, la fuerza jurídica de principios o normas que consagran estos derechos se adquiere desde su efectiva recepción, y origina una obligación tanto moral como jurídica a su cumplimiento. No obstante, y a pesar de reconocer que este tipo de normas se origina al nivel de la racionalidad, aun así, Finnis pareciera desvincular forzosamente su estatuto jurídico del contenido de estas a la par que afirma la doble normatividad jurídica y moral de la norma creada por la *determinatio*.

---

43 Zambrano, "Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva de la moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana", *op. cit.*, p. 96.

44 *Ibid.*, p. 117.

Escribe Finnis en tal sentido:

El derecho puramente positivo que es jurídicamente válido es (presumible y derrotablemente) también moralmente válido y vinculante [...] cuando y en razón de que ocupa un lugar en el esquema de razonamiento práctico cuyo más próximo punto de partida es la necesidad moral de justicia y paz, y cuyo punto de partida más fundamental es la gama de formas básicas en las que el bienestar humano puede ser promovido y protegido, del modo recogido en los primeros principios de la razón práctica.<sup>45</sup>

El párrafo citado da cuenta de la reflexión del derecho en clave de caso central, en el cual la doble obligatoriedad de las reglas que integran el derecho positivo (jurídica y moral) confluye y coexiste en el razonamiento del destinatario de las normas, en virtud de la doble convicción de que, i) por un lado, la norma ha sido promulgada de por la autoridad legítimamente encargada de ello y de acuerdo con un procedimiento previamente establecido; ii) y, por otro, la convicción de que el contenido de esa norma será congruente con las exigencias de la razonabilidad práctica, en orden a la promoción y protección del bien humano.

Para los casos en los que no confluyan estos extremos, el autor reserva la calificación de caso desviado o diluido con relación al caso central. No obstante, teniendo en cuenta su tesis sobre los absolutos morales, el método de la analogía termina por dejar sin respuesta, o con una respuesta profundamente insatisfactoria –si la misma se confronta con el resto del sistema conceptual finnisiano–, respecto a cómo resolver el problema de las reglas o los actos de autoridad que atentan directamente contra los absolutos morales que son objeto de determinaciones en derechos humanos fundamentales. Se trata, sin duda, de un problema eminentemente filosófico, más que jurídico, ya que dejaría un vacío teórico en la filosofía finnisiana, en la medida en que supone la afirmación y permanencia de un estatus cuestionable en supuestos de normas de conducta en los cuales la pretensión de razonabilidad que informa todo el proceso se halla completamente suprimida, destruida o ausente.

## 5. El problema de la inteligibilidad

Del análisis anterior se sigue que, si los principios de derecho fundamental constituyen el resultado de un proceso de determinación desde el ámbito operativo de los primeros principios prácticos, hasta su concreción fáctico-institucional mediante formas específicas de positivización, entonces, la nota de la inteligibilidad deberá necesariamente informar todo el proceso.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por inteligibilidad?

En principio, un dato innegable en relación con este punto está constituido por la pretensión originaria de universalidad que caracteriza al discurso de los

<sup>45</sup> Finnis, "Natural law theories", *op. cit.*, Ap. 5.

derechos humanos y, por lo tanto –de acuerdo con el proceso antes aludido– esa misma lógica siguen los principios iusfundamentales. En otras palabras, en las proposiciones que integran los principios de derecho fundamental subyace necesariamente una pretensión de universalidad.

En la actualidad, no es posible desconocer que una de las dificultades que se presentan en orden a la identificación de enunciados de derechos fundamentales es la diversidad de pretensiones que se formulan en esos términos por distintas comunidades lingüísticas. En efecto, una característica de la cultura actual de los derechos humanos es la apelación a ellos con fines meramente políticos o mediáticos, lo cual ha generado una suerte de manipulación del concepto. En este sentido, Mary Ann Glendon adjudica acertadamente a ese lenguaje (el leguaje actual de los derechos) a la corrupción del lenguaje político habitual, así como la legitimación de egoísmos personales y grupales.<sup>46</sup>

Este fenómeno tampoco es ajeno al ámbito iusfilosófico contemporáneo. Así, por ejemplo, autores como Rawls y Dworkin han formulado propuestas filosóficas con pretensiones universalistas, pero asignando diversos significados a las proposiciones justificatorias implicadas en esas propuestas.<sup>47</sup> Pero, en todo caso, el problema que se presenta es el riesgo que supone que distintas pretensiones provenientes de distintos grupos o comunidades lingüísticas –muchas veces de contenido opuesto y contradictorio unas con otras– produzca una disolución del concepto de derechos humanos, o bien un debilitamiento de su significado.

En este orden de ideas, Zambrano señala “cuatro caracteres generalmente consensuados de los enunciados iusfundamentales, a saber: su proyección universal [a la que ya se hizo referencia]; su naturaleza categórica; y su pre-

46 Mary Ann Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991, p. 171.

47 Sobre el particular resulta relevante, por ejemplo, la teoría de la justicia de Rawls en la que se propone una interpretación universalista del concepto de justicia en *Theory of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971. Esta concepción está inspirada en la teoría kantiana de lo bueno. Véase, en este punto, Ronald beiner, *What's the matter with the Liberalism?*, Oakland, University of California Press, 1992, pp. 63-66; Michael J., Sandel, “Political Liberalism”, *Harvard Law Review* 107 (1994), p. 1770. No obstante, es sabido que la fundamentación que Rawls hace de los principios de derecho fundamental es de tipo constructivista, por lo que surge una evidente incompatibilidad entre la fundamentación constructivista y la pretensión de universalidad. Esto último fue admitido por Rawls, modificando su propuesta teórica hacia una de alcance local. Al respecto, véase John Rawls, “Justice and Fairness: Political not Metaphysical”, en *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985), p. 233; “Kantian constructivism in moral theory”, en *Journal of Philosophy* 77 (1980), p. 515; “The idea of an overlapping consensus”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (7), 1987; “The priority of right and ideas of the Good”, *Philosophy and Public Affairs* 17 (1987), p. 251 y, por último, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, expanded ed., 2005, pp. 100-101.

Por su parte, Ronald Dworkin reivindica los derechos fundamentales en términos de “cartas de triunfo” contra la voluntad o los intereses de las mayorías políticas, sosteniendo una pretensión universalista a la par que rechaza enfáticamente una semántica realista en torno a la justificación de los derechos. En este sentido, véase, Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 192, en donde defiende la teoría del peso antimayoritario de los derechos, y en las pp. 162-176 rechaza cualquier tipo de compromiso realista. Así mismo, afirma la naturaleza convencional de la semántica de los derechos en su *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 72-86. Por último, el mismo Dworkin renuncia a la pretensión de universalidad en su propuesta filosófica de los derechos admitiendo que la misma solo sería viable y válida en el auditorio de las democracias occidentales (véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 240).

tensión de inteligibilidad y razonabilidad”.<sup>48</sup> De todas estas características, nos interesa particularmente esta última, por considerar que guarda estrecha vinculación con aquella pretensión que atraviesa todo el planteamiento finisiano y que se ha identificado también bajo la denominación de “pretensión de razonabilidad”, la cual se encuentra particularmente presente en su tesis de los absolutos morales.

En efecto, la pretensión de inteligibilidad y razonabilidad remite directamente al significado del objeto de los enunciados de derecho fundamental. En este sentido, el significado de un principio de esta naturaleza será razonable en la medida en que sea inteligible, y será inteligible en la medida en que se aprehenda la evidencia de los objetos a los cuales se refieren en forma directa, esto es, sin necesidad de inferencia o derivación de ningún otro enunciado. Este objeto evidente está determinado por lo que Zambrano, siguiendo a Saul Kripke, denomina “referente rígido”, y se explica como aquel núcleo invariable –y, por tanto, no convencional– de los principios de derecho fundamental. Sobre este referente descansa también su proyección universal, puesto que la no convencionalidad supone que el mismo referente ha sido aprehendido e identificado intelectualmente –sin necesidad de un proceso lógico previo– como horizonte-fin de cualquier principio o regla de conducta, por el conjunto complejo de agentes que comparten, no obstante, el uso de la razón práctica.<sup>49</sup> Teniendo en cuenta este extremo, y sobre la base de la propuesta filosófica de Finnis, cabe reconocer como referente rígido de los derechos fundamentales a los bienes humanos básicos que todo sistema u orden jurídico se propone proteger y garantizar.

El carácter de referente rígido de los bienes humanos básicos se explica y fundamenta en la misma tesis del profesor de Oxford, en cuanto que estos constituyen el objeto del razonamiento práctico que guía el obrar humano hacia su realización integral. En consecuencia, el derecho como orden normativo encargado de guiar la conducta debe tomar como punto de referencia aquellos bienes aprehensibles por sí mismos y, por esa razón, también autoevidentes e inteligibles.

48 Pilar Zambrano, “Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, en *Dikaion* 23 (2) (2014), p. 428. En este artículo, la autora demuestra la necesidad de conexión lógica entre los enunciados iusfundamentales con una semántica realista y con una teoría del conocimiento que otorgue prioridad a la aprehensión sobre el juicio. Para ello, parte de la tesis de Saul Kripke y Hilary Putnam, según la cual, el significado de los conceptos no se construye por el mero uso social, sino que es más bien el producto de una mezcla de creación social y de descubrimiento. Sobre el particular, véase Saul Kripke, “Naming and Necessity”, en D. Davison y H. Harman (eds.), *Semantics of Natural Language*, Reidel, Springer Netherlands, 1972, p. 253; Hilary Putnam, “The meaning of meaning”, en K. Gunderson (ed.), *Mind, Language and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975, p. 131. Las teorías semánticas inspiradas en las ideas de estos autores otorgan “prioridad a la referencia sobre el significado”, en el sentido de que la referencia de los conceptos –es decir, las cosas a las que los conceptos se aplican– constituye el criterio último para abstraer el significado (la idea general que el concepto designa) (Zambrano, “Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *op. cit.*, p. 429).

49 Zambrano, “Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *op. cit.*, p. 441. Para profundizar sobre el tema, véase Pilar Zambrano y Juan Cianciardo, *La inteligibilidad del derecho. Derechos humanos y fundamentación jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

Teniendo en cuenta que “los principios fundamentales son la garantía de razonabilidad y, por tanto, de justicia en el gobierno de la cosa pública”,<sup>50</sup> y que a su turno “se proponen dirigir o guiar el obrar y, además, hacerlo con fuerza normativa, no podrá ser hacia un fin meramente conveniente o apetecible, sino que deberá incluir también algún tipo de necesidad”,<sup>51</sup> toda elaboración filosófica-deóntica sobre el derecho debe ser consecuente con estos extremos, sobre la base de un marco de referencia sustantivo axiológico que lo sustente y lo haga viable. Ese carácter de necesidad se identifica sin mayores dificultades en la referencia a los bienes humanos básicos. Sin esa necesaria referencia, el abordaje en cuestión carece de viabilidad por imposibilidad de justificación racional.

Esto último, a su vez, es congruente con la tesis de los absolutos morales, noción sobre la cual Finnis hace residir –en última instancia– el concepto de derechos humanos. En consecuencia, dada la pretensión de razonabilidad ínsita en toda tentativa institucional-autoritativa de guiar y ordenar el comportamiento humano, aquellos derechos humanos que tienen por objeto la protección de absolutos morales deberían formar parte del núcleo rígido indisponible de todo orden institucional que pretenda sostenerse como auténticamente jurídico, por ser esta la forma de garantizar aquella pretensión, como así también su inteligibilidad. En esta lógica, la ausencia o el abandono de toda razonabilidad normativa hará devenir las emisiones autoritativas en mera arbitrariedad, lo que Alexy calificó como nudas relaciones de poder en la medida en que, precisamente –al carecer de sustento moral– han dejado de ser inteligibles, y, por tanto, resultan impotentes para generar razones para la acción de tipo excluyente, como las que crea el derecho.

## Conclusión

Teniendo en cuenta la propuesta metodológica del profesor Finnis en orden al abordaje del fenómeno jurídico en general, y con particular atención a la analogía como herramienta idónea para su conceptualización, como corolario de lo expuesto se concluye que, si los bienes humanos básicos constituyen la referencia rígida de los enunciados de derecho fundamental, es precisamente en este punto en donde debiera ubicarse el límite al abordaje analógico del derecho en orden a la distinción entre casos centrales y casos periféricos. Esto es lo que, paradójicamente, Finnis se resiste enfáticamente a reconocer sosteniendo de manera forzada el estatuto jurídico respecto de un acto autoritativo en el que ese núcleo rígido e indisponible de derecho fundamental se encuentra ausente.

50 Juan Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco Depalma, 2009, pp. 130 y ss.

51 Pilar Zambrano, “Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción”, *op. cit.*, p. 438.



En otras palabras, el concepto de validez intrasistemático finnisiano resulta objetable por contradictorio, en la medida en que Finnis lo aplica indistintamente a actos autoritativos cuya injusticia varía en su intensidad. En este sentido, habrá que reconocer la validez y el estatus jurídico de algunas prescripciones institucionales que, en el nivel de la adjudicación, produzcan resultados injustos en algunos de los agentes destinatarios, debido a la necesidad de preservar la certeza y seguridad jurídica, que son garantía de estabilidad y perdurabilidad del sistema.

Sin embargo, y en orden a evitar la pérdida de la pretensión de razonabilidad por injusticia extrema, habrá que reconocer que las prescripciones autoritativas de cuyo contenido surge el evidente desconocimiento, negación o cualquier otra forma de avasallamiento de bienes humanos básicos, debe necesariamente traer aparejado –para ser coherente con el resto del sistema conceptual– un límite a la extensión analógica y una consecuente pérdida de estatus jurídico para normas o actos gravemente injustos.

La extensión analógica del concepto de derecho no puede ser –desde el plano filosófico-teorético– ilimitada, porque esa circunstancia implica la renuncia a la pretensión de razonabilidad en la dirección de la conducta humana en sociedad, lo que torna los actos institucionales ininteligibles, por lo cual estos pierden la capacidad de generar razones para la acción al calificar –y con ello, justificar– como “jurídicas” situaciones de manifiesta y grosera arbitrariedad y abuso de poder. En otras palabras, allí donde el referente rígido es atacado por el acto autoritativo es donde debería sucumbir el estatuto jurídico, si se pretende mantener coherencia con la propuesta inicial de abordar el derecho como la culminación del proceso de la razonabilidad práctica que se inicia en el plano individual y que transita hacia la vida comunitaria, atravesando los niveles ético, político y jurídico.

Por el contrario, la extensión analógica indiscriminada y el sostenimiento de la validez intrasistemática justificada por exclusiva referencia a la fuente formal o procedimental, sin atención de ninguna naturaleza a su contenido, conlleva lógicamente una fractura del propio sistema conceptual, por desconocimiento posterior de las premisas iniciales sobre las cuales se ha hecho descansar todo el sistema. En tal caso, Finnis parece renunciar –en el nivel jurídico– al parámetro axiológico que él mismo ha empleado como horizonte y fin de toda su filosofía práctica.

## Referencias

Alexy, Robert, “Some reflections on the ideal dimension of law and legal philosophy of John Finnis”, en *American Journal of Jurisprudence* 58 (2013), pp. 1-14. <https://doi.org/10.1093/ajj/aut009>

- Alexy, Robert, *La doble naturaleza del derecho*, Madrid, Trotta, 2016.
- Beiner, Ronald, *What's the matter with the Liberalism?*, University of California Press, 1992, pp. 63-66. <https://doi.org/10.1525/9780520328709>
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977.
- Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Finnis, John, "Aristóteles, Santo Tomás y los Absolutos Morales", en *Estudios de Teoría de Derecho Natural*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, trad. Carlos Ignacio Massini-Correas, 2017.
- Finnis, John, "Law and what i truly should decide", en *American Journal of Jurisprudence* (2003). <https://doi.org/10.1093/ajj/48.1.107>
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Finnis, John, "Natural law theories", en Edward Zalta N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Law*, 2011 (última revisión 2015), en <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>. Ap.4
- Finnis, John, "Sobre la incoherencia del positivismo jurídico", en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, Supervisión de Carlos Ignacio Massini-Correas, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, trad. Carolina Pereira Saez. 2017.
- Gambra, José Miguel, *La analogía en general. Síntesis tomista de Santiago Ramírez*, Pamplona, EUNSA, 2002.
- Glendon, Mary Ann, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991.
- Gómez Lobo, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*. Santiago de Chile, Mediterráneo, 2006, pp. 83-109
- Grisez, Germain, Joseph Boyle y John Finnis, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1987.
- Hart, Herbert L. A, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198253884.001.0001>
- Hart, Herbert L. A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, trad. Genaro Carrió, 1992.

- Legarre, Santiago, "The concept of Law in John Finnis", *Persona & Derecho* 40 (1999).
- Mackie, John L., "Obligation to obey the law", en *Virginia Law Review* 61 (1) (1998), pp. 143-158. <https://doi.org/10.2307/1072837>
- Massini-Correas, Carlos Ignacio, *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.
- Pereira Saez, Carolina, *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, A Coruña, Universidad de A Coruña, s. f.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.
- Raz, Joseph, *La ética en el ámbito de lo público*, Barcelona, Gedisa, trad. M. L Melón, 2001.
- Sandel, Michael J., "Political liberalism", *Harvard Law Review* 107 (1994), <https://doi.org/10.2307/1341828>
- Sartorius, Ralph, "Political authority and political obligation", en *Virginia Law Review* 61 (1) (1998), pp. 3-17. <https://doi.org/10.2307/3504969>
- Zambrano, Pilar, "Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva de la moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana", *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, s. f., pp. 87-118.
- Zambrano, Pilar, "Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre un realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción", en *Dikaion* 23 (2) (2014), pp. 423-445. <https://doi.org/10.5294/dika.2014.23.2.8>