



CAPÍTULO PRIMERO. VÍAS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	39
1. Vías para la fundamentación de los Derechos Humanos	39
1.1. <i>La moralidad de la libertad</i>	41
1.2. <i>La virtud soberana de la igualdad</i>	44
1.3. <i>La libertad comunicativa</i>	47
1.3.1. La razón de la acción legal	49
1.3.2. La comunidad de la acción legal	51
1.3.3. El poder de la acción legal.....	54
2. La Fundamentación De Los Derechos Humanos En J. Finnis	61
2.1. <i>En la tradición intelectualiva del Derecho natural</i>	61
2.1.1. El Derecho natural autónomo	62
2.1.2. Derecho natural moral y positivo	70
2.2. <i>La acción racional en J. Finnis</i>	72
2.2.1. La praxis de la acción racional	72
2.2.2. Teleología de la acción racional	78
2.2.3. Moralidad de la acción racional	82
2.2.4. La obligación de la acción racional	87
2.2.5. Autoridad de la acción racional moral teleológica	91

CAPÍTULO PRIMERO

VÍAS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El capítulo primero tiene por objetivo, en primer lugar, presentar algunas de las principales vías de justificación de los derechos humanos en el momento actual. En segundo lugar, se detiene en el estudio del alcance integrador de una de ellas: la *acción racional* de J. Finnis. Dentro de la tradición intelectual del Derecho natural, la propuesta finnisiana arranca desde el hecho de la acción como unidad de un dinamismo teórico-práctico. Un dinamismo que busca el télos de la realización, en la moralidad de la racionalidad de las acciones concretas, y en orden al bien común. Éste es el fundamento de la obligación y de la autoridad de las acciones particulares. El capítulo termina formulando los interrogantes abiertos a la propuesta de J. Finnis en orden a una justificación de los derechos humanos.

1. VÍAS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el movimiento (κίνησις)¹ de justificación² de los derechos humanos parece claro que el análisis que se haga de lo que sea la realidad huma-

¹ El término 'movimiento' se utiliza en adelante en sentido zubiriano. Hace referencia al dinamismo analítico *retractivo-reversivo* del logos en el campo de la realidad, que termina en afirmación de verdad. Se distingue de la 'marcha' porque ésta es propia de la actividad racional, que busca el fundamento en cuanto la verdad de la esencia de la realidad.

² En un sentido amplio, se suele utilizar indistintamente los términos 'fundamentar' y 'justificar' enunciados normativos. Por ello, muchos intentos de justificación de los derechos humanos son considerados al mismo tiempo como intentos de fundamentación. Sin embargo, algunos autores han apuntado diferencias. Para R. Alexy, la justificación puede darse incluso donde no se dispone de fundamentación (contenido más extenso), y como razones frente a una objeción o duda (contenido más estrecho). Para J. Herrera Flores, justificar es encontrar causas, motivos o explicaciones de adecuación, aceptabilidad, etc., en cambio, fundamentar es el dinamismo racional teleológico intersubjetivo que busca la explicación del origen y el fin. Dada la cercanía conceptual de los términos, se entiende el uso indiferenciado de ambos. En este estudio, en sentido estricto, entendemos por justificación de un enunciado normativo su coincidencia con la realidad en el movimiento del análisis de la misma; y por fundamentación, la verifi-

na³ determinará las razones últimas de justificación normativa de los DH⁴. Dado el hecho de la pluralidad de análisis, la divergencia aparentemente irreconciliable de justificaciones termina por imponerse⁵. Y es que la pregunta por la realidad humana, como decía Abraham Lincoln respecto a la igualdad, “es una nuez difícil de partir”. El hombre se nos ha desvelado hasta ahora principalmente como la autonomía de la razón de libertad (Kant), y el sentimiento de solidaridad (Rousseau)⁶; pero puede que aun encierre alguna otra dimensión.

Al ser humano se le ha entendido, y se le entiende, principalmente como sujeto individual de naturaleza racional; y/o como animal histórico-político; y/o como animal libre. Pero también hay autores que recuerdan que la condición humana es la propia de un animal irracional; y/o un competidor homicida (*homo homini lupus*); y/o un determinismo tiránico. Por el hecho básico de esta diversidad de la condición humana, los intentos de justificación de los derechos humanos son múltiples. Y con frecuencia se enfrentan a la necesidad de recurrir a más de uno de los puntos de apoyo relatados, en orden a

cación de dicha coincidencia en el encuentro racional con la realidad. La diferencia se debe a que la justificación pertenece al dinamismo de la ARE en su momento de *logos* (logos no es razón ni lenguaje, aunque el uso de la razón y del lenguaje presupone el logos) (Cap. III. § 5.A(1)(b)), y la fundamentación, a su momento de *razón* (Cap. III. § 5.A(1)(c)). La verdad que se actualiza en el primero es *verdad coincidencial* (Cap. III. § 5.A(2)(e)), y en el segundo es *verdad racional* (Cap. III. § 5.A(2)(f)). En consecuencia, en sentido propio, el análisis de la ARE que sigue no es ni pretende ser una fundamentación de los derechos humanos, sino un análisis para una posible fundamentación posterior. Nos movemos en el análisis como movimiento de justificación, pero no en la marcha de la fundamentación. Cf. R. ALEXY, *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*, tr. RUTH ADLER-N. MACCORMICK (Oxford: Clarendon, 1989). [*Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, tr. M. ATIENZA e I. ESPEJO (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989) 52, n.3]; cf. J. HERRERA FLORES, *Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos*: Anuario de Filosofía del Derecho 4 (1987) 403-431; J. RODRÍGUEZ-TOUBES, o. c., 91. Nota 134.

³ Un análisis como movimiento previo para la elaboración de una teoría científica de la ‘realidad del hombre y de la antropogénesis aceptable por todas las mentes, cualesquiera que sean sus creencias últimas’, P. LAÍN ENTRALGO, *Qué es el hombre. Evolución y sentido de la vida* (Oviedo: Ediciones Nobel, 1999) (p. 7). P. Laín Entralgo, en *Qué es el hombre. Evolución y sentido de la vida*, propone una antropología cosmológica, dinámica y evolutiva como soporte científico y filosófico válido (p. 224). La descripción científica de la conducta humana, desde una eidología etológica, muestra al hombre como un ser que *se mueve, habla, pregunta y responde, emite y percibe signos, elige, crea, se ensimisma, es panecologicum, se ríe, vive en la realidad y abierto a ella*, cf. P. LAÍN ENTRALGO, *Qué es el hombre. Evolución y sentido de la vida* (Oviedo: Ediciones Nobel, 1999) 147-150.

⁴ Cf. R. DE ASÍS, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista* (Madrid: Dykinson, 2001) 5-10; 20-24.

⁵ Cf. N. LÓPEZ CALERA, *Naturaleza dialéctica de los Derechos Humanos* en W. MAIHOFFER-G. SPRENGER (Eds.), *Revolution and Human Rights* (Franz Steiner Verlag Stuttgart, 1990) 86-97.

⁶ M. A. GLENDON, *Foundations of Human Rights...*, 12; cf. R. TUCK, *Natural Rights: Their Origin and Development* (Cambridge: Cambridge University Press 1979).

poder articular propuestas coherentes. De modo que, a la hora de proponer una sistematización de las diferentes justificaciones de los DH, se aventura la diversidad en las combinaciones posibles dependiendo de cada opción antropológica. Así, por ejemplo, en primer lugar, dependiendo del juicio que merezca la capacidad cognitiva humana, T. R. Machan diferencia las fundamentaciones en: 1) *no-cognoscitivistas*, donde los derechos humanos pueden ser expresiones de valor, ideales deseados, conceptos sociales de clase, pretensiones o simples productos de la comunidad humana (W. T. Blackstone, J. Feinbert, M. P. Golding, V. Kruyavtsev, M. Macdonald, G. Vlastos); y 2) *cognoscitivistas*, donde los DH pueden ser derechos naturales objetivos, fruto del egoísmo ético impersonal, explicaciones de las intuiciones o creencias (R. Dworkin, A. Gewirth, E. Mack, R. Nozick, A. Rand) ⁷. En segundo lugar, si nos atenemos a la historicidad de la existencia humana, la historia del pensamiento nos ha dado entre otras: a) la fundamentación *iusnaturalista*, que considera los DH como derechos naturales, principios objetivos; b) la fundamentación *historicista-positivista*, que los considera como pretensiones históricamente logradas por la voluntad colectiva y plasmadas en normas positivas; y c) la fundamentación *ética*, que considera los DH como derechos morales; su axiología surge de exigencias imprescindibles para una vida humana digna ⁸. Y considerando la relevancia de la dimensión moral del hombre, algunos autores clasifican las propuestas de fundamentación en: *no morales*, *morales formales* (consenso moral, constructivismo) y *morales substantivas* (axiología, iusnaturalismo y utilitarismo) ⁹. Dentro de las fundamentaciones morales, de inspiración formalista kantiana, tres paradigmas –recurrentes en el intento de justificación del Derecho en general y de los DH– dominan el mundo de la filosofía jurídica actual; dos provenientes del ámbito estadounidense-británico, y uno del ámbito alemán. La *moralidad de la libertad* (J. Raz), la *virtud soberana de la igualdad* (R. Dworkin), y, como articulación de las dos dimensiones morales humanas, la *libertad comunicativa* (J. Habermas) ¹⁰.

1.1. *La moralidad de la libertad*

Para J. Raz, el Derecho en general, –y la posible justificación de los DH– se asienta sobre la libertad. La libertad es el valor de la autonomía personal; y

⁷ Cf. T. R. MACHAN, *Some Recent Work in Human Rights Theory*: American Philosophical Quarterly 17/2 (1980) 103-115; ID, *Are Human Rights Real*: The Humanist 49 (1989) 28-29; ID, *Toward a Theory of Natural Individual Human Rights*: New Scholasticism 61 (1987) 33-78; ID, *The Unavoidability of Natural Law and Rights*: Modern Age 31 (1987) 38-44.

⁸ E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos humanos* (Madrid: Debate, 1984) 84ss.

⁹ Cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, o. c.

¹⁰ Creo que ni una perspectiva mono ni bidimensional es suficiente. El análisis de la ARE (Parte III) pide la integración de esas dos dimensiones con una tercera: la verdad.

un valor intrínseco de la vida ¹¹ buena en un proceso ¹² dinámico ¹³ y valorativamente plural y perfeccionista. El concepto de libertad, en J. Raz, subraya tres momentos de la acción autónoma: su exigida autonomía (libertad de); su telos como ‘vida buena’; y su praxis dinámica perfeccionista (ejecución) ¹⁴.

La justificación última de la libertad. J. Raz asienta la libertad en la autonomía humana. Sin embargo, la inspiración kantiana de J. Raz ¹⁵, y su descriptivismo ‘neutral’ ¹⁶, dejan a la autonomía en dificultad de armonización con la comunicación y la intelección de la realidad. Su doctrina, basada en la autonomía, sólo implica (i) la promoción y la protección de la libertad ‘positiva’, ‘la cual es entendida como la capacidad para la autonomía, consistiendo en la disponibilidad de un número adecuado de opciones, y de la capacidad mental necesaria para una vida autónoma’; (ii) prevención de la negación de la libertad; (iii) no ‘infringir la autonomía de las personas a menos que la acción sea justificada por la necesidad de promover su autonomía’ ¹⁷.

¹¹ J. RAZ, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press [1986], 2001) 7.

¹² *Ibid.*, 265.

¹³ *ibid.*, 185.

¹⁴ En este nivel general de análisis hay coincidencia entre la propuesta de J. Raz y la ARE (Parte II). La objeción, sin embargo, viene de la formulación de la libertad como valor. Hay una tendencia en el lenguaje a entender el término ‘valor’ con connotaciones subjetivas (el sujeto es el que describe la realidad y decide que algo resulta ‘valioso’ para él. La libertad como valor puede ser subjetiva o intersubjetiva, pero siempre una mera creación del sujeto). Si éste es el sentido dado al término libertad en la obra de J. Raz, la ARE difiere en ello puesto que es la condición de ser un momento de la actualización de la realidad lo que le otorga su carácter ‘valioso’, y nunca la voluntad de la persona. J. Raz es coherente con la tradición metafísica humano-kantiana, que defiende la imposibilidad dogmática de desbordar el fenómeno social. El valor de la realidad es siempre síntesis (síntesis social).

¹⁵ J. RAZ, *Value, Respect, and Attachment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001) 126. Note 4. 170; 175; cf. ID, *Liberty and Trust*, en R.P. GEORGE (Ed.). *Natural Law, Liberalism and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1996) 119.

¹⁶ J. RAZ, *Notes on Value and Objectivity*; B. LEITER (ed.) *Objectivity in Law and Morals* (Cambridge University Press 2000) 217; 223.

¹⁷ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, 425. J. Raz considera, en acertado juicio, que los derechos y los deberes están en una relación de respectividad, y que los deberes no derivan última-mente de los derechos. [‘In the sense that one way of justifying holding a person to be subject to a duty is that this serves the interest on which another’s right is based... Only where one’s interest is a reason for another to behave in a way which protects or promotes it, and only when this reason has the peremptory character of a duty, and, finally, only when the duty is for conduct which makes a significant difference for the promotion or protection of that interest does the interest give rise to a right’, cf. J. RAZ, *The Morality of Freedom*, 183]. También en la ARE (Parte II) se muestra cómo los derechos derivan de deberes. El primer deber es la opción entre la vida y la muerte. Este es un deber natural ineludible del que derivan los demás derechos como deberes de realización. La libertad en la ARE es contenido fundamental de todo derecho porque, en palabras de J. Raz, ‘se justifica sobre la base de que sirve al interés del sujeto que tiene ese derecho en tanto que ese interés es considerado como valor último, esto es, en tanto que el valor de ese interés no deriva de ningún otro interés del sujeto del derecho o de otras personas [J. RAZ, *The Morality of Freedom*, 192]. Sin embargo, en la ARE se argumenta que a la libertad la fuente de la moralidad no le viene por una actividad racional valorativa sino por su ‘oscilación física’ entre la vida y la muerte.

La legitimación de la libertad. J. Raz legitima la libertad con el telos de una armonización colectiva de bienes y con su protección legal-institucional. Para J. Raz, la justificación y legitimación de la libertad, como un derecho basado sobre la autonomía, es el ‘principio humanista que afirma que la explicación y la justificación de la bondad y la maldad de algo deriva últimamente de su contribución, actual o posible, a la vida humana y a su cualidad’¹⁸.

J. Raz intenta reconciliar el ámbito individual y el colectivo. Al resaltar esta perspectiva integradora, frente al tradicional antagonismo entre ambos, J. Raz hace un servicio incommensurable a la moralidad del Derecho. Él entiende que la libertad, en su autonomía, depende de los bienes colectivos (el bien colectivo de la vida), la autonomía personal depende de la persistencia de los bienes colectivos, y, por tanto, la noción de un conflicto inherente entre la libertad individual y el bien de otros es ilusoria. Aunque la libertad de un individuo, entendida como autonomía personal, a veces entra en conflicto con el interés de otros, ella también depende de aquellos intereses, y sólo puede ser alcanzada a través de bienes colectivos, los cuales no benefician a nadie a menos que beneficien a todos¹⁹. En J. Raz, la libertad merece un reconocimiento y protección institucional especial. Según él, la ‘orientación vital’ y la ‘orientación comunitaria’ de la libertad es el eje del sistema social. Por tanto, como un derecho moral válido, merece una protección legal institucional ‘por encima de la protección legal normal’. La libertad expresa un ‘valor’ que ‘debe’ formar parte de la cultura moralmente valiosa en orden a preservar el desarrollo progresivo de la sociedad²⁰.

Praxis de la libertad. En J. Raz, la praxis de la autonomía de la libertad es parte de la praxis de la autoridad, en cuanto razones para la acción²¹. La autoridad es requerida porque, en la sujeción de una persona a ella, la persona tiene más posibilidades de actuar con éxito que si no lo hace²². La fuente de la autoridad práctica deriva de su transformación en razones para la acción²³. Paradójicamente, la protección de la autonomía requiere graduales limitaciones desde la autoridad²⁴. Para J. Raz, la autoridad política encargada del

¹⁸ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, 194. La ARE (Parte II) coincidiría con el criterio de considerar la ‘vida humana y su cualidad’ como justificación última de la acción en general, y del derecho en particular. El problema es la falta de claridad en lo que sea el contenido de lo que se significa por ‘vida humana’ ¿Tiene este contenido último algo más que el binomio autonomía-libertad? ¿Es universal ese contenido de la vida humana?

¹⁹ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, 250.

²⁰ *Ibid.*, 262.

²¹ *Ibid.*, 23.

²² *Ibid.*, 71.

²³ *Ibid.*, 35: ‘I claim that the normal way to establish that a person has authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, rather than by trying to follow the reasons which apply to him directly’, J. RAZ, *The Morality of Freedom*, 53.

²⁴ *Ibid.*, 156.

gobierno de sociedades extensas es ejercida mediante la coordinación de razones para la acción de los miembros de la sociedad.

J. Raz piensa que la autoridad se requiere para la realización del objetivo que nosotros asociamos frecuentemente con la política ²⁵, pero la promoción de este objetivo no es neutral. El objetivo de toda acción política es capacitar al individuo a buscar concepciones válidas del bien, y desaconsejar las malas o las carentes de contenido; y no solamente a echarse hacia atrás y evitar interferir con la sociedad. La no neutralidad de la libertad es compatible con el pluralismo perfeccionista político ²⁶. Los gobiernos están obligados a mantener el marco de condiciones que conduce al pluralismo en la libertad ²⁷.

La actitud de J. Raz, con respecto a la obligación legal, es la de negar la existencia de una obligación general a obedecer el Derecho, incluso en una sociedad razonablemente justa ²⁸. Sin embargo, él reconoce que, a pesar de esa falta de obligación general, la coacción puede ser necesaria para el bien (*freedom*) del sometido, e incluso buscada por él mismo. Como hemos señalado arriba, en la opinión de J. Raz, la coacción es justificada como un mecanismo que promueve la libertad como un fin importante de autoridad política. El gobierno debe recurrir a la coacción para promover la autonomía y para prevenir el daño ²⁹. Haciéndolo así, la libertad permite la identificación con la comunidad de uno si esa comunidad es razonablemente justa (en su opinión, la identificación con la comunidad es coherente con la hostilidad a sus leyes, si éstas son consideradas como normas opresivas o injustas) ³⁰. Las normas inmorales o injustas pueden ser obligatorias ³¹, aunque J. Raz cree que 'claramente algunas inmoralidades pueden ser de tal grado que ningún gobierno tiene autoridad para cometerlas' ³².

1.2. *La virtud soberana de la igualdad*

Considerando el lugar que la igualdad tiene en la obra de R. Dworkin, J. Raz dice que la igualdad es no otra cosa sino un principio de cierre a una teoría política, la cual pone a la consideración o preocupación (*concern*) y el respeto, y no a la igualdad, como la fundación de toda la moralidad política' ³³. R. Dworkin, por su parte, integra la libertad de J. Raz dentro del derecho a la igualdad ³⁴.

²⁵ Ibid., 76.

²⁶ Ibid., 133.

²⁷ Ibid., 426-427.

²⁸ Ibid., 70; 105.

²⁹ Ibid., 420.

³⁰ Ibid., 93.

³¹ Ibid., 78.

³² Ibid., 79.

³³ Ibid., 220.

³⁴ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, [1977] 2000) xiii.

En R. Dworkin, la justificación del Derecho en general, –y de los posibles DH en particular–, se asienta en el valor de la igualdad. En R. Dworkin, es el valor de una virtud soberana material ³⁵ (*sovereign material virtue*), la cual permite una participación igual en los recursos sociales destinados a permitir la vida de cada uno de los miembros de la comunidad. La igualdad se mide por el coste de oportunidad para otros de dichos recursos. El concepto de igualdad, ofrecido por Dworkin, toma en cuenta tres criterios morales para poder desarrollar una explicación de la igualdad económica: necesidades personales; la responsabilidad personal según las capacidades; y la disponibilidad de recursos colectivos. Sin embargo, el foco de atención se centra particularmente en la igualdad económica en cuanto distribución. Otras dimensiones de la igualdad quedan marginadas, tales como la *creación* de recursos, la *circulación* de los mismos (en términos marxistas: la creación del valor, y la circulación del capital); y la igualdad estética, erótica y política ³⁶.

La justificación de la igualdad. R. Dworkin coloca la dimensión ética del *bien de la vida* como perspectiva analítica en vez de recurrir al liberalismo político, al pluralismo o al constructivismo contractualista ³⁷. En R. Dworkin, la igualdad, como un valor ético, se asienta más allá del liberalismo político de John Rawls, el pluralismo de valores de Isaiah Berlin, y del contrato social ³⁸. En general, la igualdad es una virtud de la vida buena ³⁹ como un valor inherente a una actuación ⁴⁰ vinculada a la justicia ⁴¹. Pero el argumento de Dworkin ‘ejecuta’, antes que construye, un diseño de justicia ⁴². En particular, R. Dworkin asienta su igualdad en dos principios del ‘individualismo ético’: (i) el principio de importancia igual de cada vida (‘es importante, desde un punto de vista objetivo, que las vidas humanas sean exitosas antes que malgastadas, y que esto es igualmente importante, desde ese punto de vista objetivo, para cada vida humana’); (ii) y el principio de responsabilidad especial personal (‘aunque todos nosotros debemos reconocer la importancia objetiva igual del éxito de cualquier vida humana, cada persona tiene una responsabilidad especial y final por el éxito de su propia vida’ ⁴³).

³⁵ R. DWORKIN, *Sovereign Virtue*, 3.

³⁶ Igualdad, antes que ‘virtud’, parece ser una dimensión ineludible en la praxis de la acción humana, la cual implica (i) reconocimiento estético; (ii) comunicación (erótica, económica, y política); (iii) y promoción. Una justificación de la igualdad debe tomar en consideración todos estos momentos de la acción.

³⁷ Parece que R. Dworkin está en lo cierto cuando vincula la igualdad a la justicia. Sin embargo, ni la igualdad ni la justicia pueden ser parámetros ‘soft’ de la vida buena, sino que son dimensiones con fuerza ineludible de la acción humana.

³⁸ R. DWORKIN, *Sovereign Virtue*, 4-5.

³⁹ *Ibid.*, 280; S. GUEST, *Ronald Dworkin*, 250.

⁴⁰ R. DWORKIN, *Sovereign Virtue*, 153.

⁴¹ *Ibid.*, 276.

⁴² *Ibid.*, 118.

⁴³ *Ibid.*, 5.

La legitimación de la igualdad. Para R. Dworkin el contenido de la igualdad es la igualdad de recursos en una economía de mercado. En primer lugar, él defiende que una división igual de los recursos presupone una economía de mercado como instrumento analítico de la institución política⁴⁴. En segundo lugar, la igualdad de recursos implica: (i) (a diferencia de la igualdad de bienestar) que ‘el pueblo decide qué tipo de vidas deben buscarse con información sobre el coste real que las elecciones imponen sobre otras personas; y del total de recursos que pueden ser utilizados libremente por ellas. La información, considerada en un nivel político independiente en la igualdad de bienestar, es introducida, en la igualdad de recursos, en su nivel inicial de la elección individual’⁴⁵. (ii) Esta distribución de recursos debe ser sensible a la ambición (*ambition-sensitive*). Esto es, debe reflejar el coste o beneficio, repercutido a otros, de las elecciones que se hacen. (iii) Por otro lado, la distribución de los recursos en un momento determinado debe no ser *endowment-sensitive*. Esto es, quedar afectada por diferencias en la capacidad, de manera que se produzca diferencias de ingresos en una economía de *laissez-faire* entre personas con la mismas ambiciones⁴⁶. (iv) El mercado ‘debe ser abandonado o limitado cuando el análisis muestre, por todas las direcciones, que aquel ha fracasado en su objetivo, o que un instrumento teórico o institucional completamente diferente podría ser mejor’⁴⁷.

La praxis de la igualdad. R. Dworkin establece la igualdad como test para determinar la legitimidad o el carácter cínico de la tiranía. La praxis de la libertad en R. Dworkin legitima la acción de gobierno respetando la responsabilidad personal y colectiva en la promoción de la libertad en la comunidad. R. Dworkin considera la igualdad como una virtud de la comunidad política que legitima la acción del gobierno. ‘La consideración (o preocupación) igual es la virtud soberana de la comunidad política –sin ella el gobierno es sólo

⁴⁴ Ibid., 66.

⁴⁵ Ibid., 69.

⁴⁶ Ibid., 89.

⁴⁷ Ibid., 112. Desde el análisis de la ARE (Parte II), el criterio de R. Dworkin para justificar la igualdad como igualdad de recursos es perfectamente aceptable, sin embargo, el contenido de la igualdad desborda la mera dimensión de distribución económica. El contenido propio de la igualdad es (i) respeto en el reconocimiento de la otra persona. Este respeto se despliega como (ii) reconocimiento comunicativo. La comunicación va más allá de la mera expresión lingüística. Parece evidente que el respeto y el reconocimiento es imposible sin escuchar la voz del otro. Así, el verdadero reconocimiento es siempre comunicativo en sus diferentes expresiones (v. gr. económica en la *creación, circulación y distribución* de los recursos; erótica, política). (iii) Por último, la igualdad como reconocimiento comunicativo, en mutuo respeto, culmina como promoción de la otra persona en cuanto término de mi propia comunicación. El contenido de esta promoción es el dinamismo estructural de la acción de realidad. Cuando la igualdad abandona la esfera personal, y debido al contenido de la acción comunicativa, entonces entramos en el mundo de la institucionalización de la justicia. Así, la justicia legal resulta de la positivación de la justicia moral; esto es, la positivación de la vida de la comunidad. El contenido de la justicia legal y política debe encarnar, no sólo la igualdad, sino también la igualdad en verdad y libertad.

tiranía--' y cuando la riqueza está distribuida muy desigualmente, como ahora ocurre, la 'preocupación igual' resulta sospechosa ⁴⁸.

En R. Dworkin, su telos, en la praxis de la igualdad, es la reducción del déficit de igualdad. La praxis de la igualdad tiene que respetar la responsabilidad personal (frente al viejo igualitarismo, que muestra una preocupación igual por todos los ciudadanos, pero ignora las responsabilidades personales de los mismos), y la responsabilidad colectiva (frente a los conservadores, que ignoran la responsabilidad colectiva) ⁴⁹.

Como señala R. Dworkin, la práctica de la igualdad requiere ⁵⁰ y promueve la libertad ⁵¹ (libertad negativa –libertad de limitaciones legales– en conexión con la igualdad distributiva) ⁵² como 'reflejando mutuamente aspectos de un mismo ideal humanista' ⁵³. R. Dworkin dice: 'Yo intento defender (...) una afirmación más general; que si nosotros aceptamos la igualdad de recursos como la mejor concepción de la igualdad distributiva, la libertad llega a ser un aspecto de la igualdad antes que, como se piensa frecuentemente, un ideal político potencialmente en conflicto con ella' ⁵⁴.

Para R. Dworkin, la praxis de la igualdad de recursos requiere que la 'comunidad' ⁵⁵ trate a cada miembro con igual preocupación, y ello implica concretamente (i) 'una fuerte presunción en favor de la libertad de elección' (la limitación de las libertades es necesaria para proteger la seguridad de la persona y la propiedad, o para corregir ciertas imperfecciones del mercado) ⁵⁶; (ii) reducir el déficit de equidad ⁵⁷. La praxis en la reducción del déficit de equidad debería ser guiada por el *principio de victimización* (una comunidad victimiza uno de sus miembros cuando impone un déficit de libertad sobre él) ⁵⁸.

1.3. *La libertad comunicativa*

El escepticismo cognitivo, la eliminación del sujeto, y el decisionismo son las tres características comunes a cierta corriente actual en la teoría sociológica del Derecho. J. Habermas niega estos parámetros como vías de comprensión del fenómeno legal. La justificación racional, intersubjetiva y discursiva del Dere-

⁴⁸ R. DWORKIN, *Sovereign Virtue*, 1.

⁴⁹ *Ibid.*, 7.

⁵⁰ *Ibid.*, 131.

⁵¹ *Ibid.*, 168.

⁵² *Ibid.*, 120.

⁵³ *Ibid.*, 134.

⁵⁴ *Ibid.*, 121; 122-123.

⁵⁵ *Ibid.*, 176; 237.

⁵⁶ *Ibid.*, 147-148; 157.

⁵⁷ *Ibid.*, 164.

⁵⁸ *Ibid.*, 175.

cho habermasiano es un desafío a la perspectiva sociológica dominante. Él afirma que la *acción comunicativa* es bastante más que un mero argumento para una democracia argumentativa ⁵⁹. J. Habermas ofrece un nuevo paradigma al Derecho. ‘Los dos paradigmas más exitosos en la historia del Derecho moderno, los cuales todavía están compitiendo, son el Derecho formal burgués y el Derecho del Estado de bienestar ‘materializado’. Tomando la perspectiva de la teoría del discurso, ‘Yo intento conformar los contornos de un tercer paradigma, el cual ofrece una interpretación específica de los otros dos y va más allá de ellos’ ⁶⁰. Lejos del escepticismo racional de N. Luhmann, J. Habermas piensa que el Derecho moderno es principalmente un proceso racional discursivo, el cual no debe ser ‘ni sociológicamente vacío ni normativamente ciego’ ⁶¹.

En el marco de su teoría social, J. Habermas había anunciado un proyecto en 1962 que culminó con la publicación de *Entre los hechos y las normas* [*Strukturwandel der Öffentlichkeit*]. En este trabajo, J. Habermas ofrece una conceptualización del Derecho y de los derechos básicos en un Estado constitucional y democrático. *Entre los hechos y las normas* debe ser analizada a la luz del paradigma conceptual preparado por él mismo en su *Teoría de la Acción Comunicativa* (TAC). Se puede decir que la reflexión de J. Habermas sobre el Derecho es una aplicación directa en el ámbito legal, político e institucional de su teoría de la acción comunicativa ⁶².

J. Habermas, inspirándose en J.L. Austin y J. Searle, entiende que el acercamiento ‘pragmático-formal’ a la razón y el lenguaje es el camino más adecuado para una teoría social en general, y para la teoría del Derecho en particular. La TAC gira sobre tres presupuestos ineludibles: (i) una razón social; (ii) una comunidad discursiva (de comunicación); (iii) una acción (praxis) como su punto arquimédico analítico. En primer lugar, J. Habermas está parcialmente en deuda con el concepto de razón de I. Kant. Habermas entiende al ser humano como un animal dotado de razón, sin embargo, la razón no es una razón solipsista, sino una razón social. Aquí hay un cambio trascendental en el análisis habermasiano, dicho cambio tiene hondos repercusiones en términos epistemológicos y sociológicos. J. Habermas defiende que la racionalidad no debe ser conceptualizada como una actividad ‘individualista’. Más allá del solipsismo racional, el *pragmatic turn* coloca la justificación del Derecho en una razón social ⁶³. En segundo lugar, la razón social es sólo posible en el contexto de una comunidad discursiva de comunicación. Esta comunicad argumentativa será la fuente de la moral ‘racional’ legitimadora. La moral legitimadora queda subordinada al discurso comunitario. En este punto, nuevamen-

⁵⁹ Cf. J. HABERMAS, *Law and Morality: The Tanner Lectures on Human Values*, Vol. VIII (University of Utah Press: Cambridge University Press, 1988) 260-271.

⁶⁰ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 195.

⁶¹ W. REHG, *Introduction: J. Habermas, Between Facts and Norm*, xxiii.

⁶² *Ibid.*, x.

⁶³ W. REHG, *Introduction*, xi.

te, J. Habermas llega más allá de la propuesta kantiana ⁶⁴, compartiendo su descubrimiento con K.-O. Apel ⁶⁵. En la perspectiva de una ética de la responsabilidad, J. Habermas ⁶⁶ señala: ‘Karl-Otto Apel y yo propusimos, por tanto, mirar a la argumentación moral en sí misma como el proceso adecuado de formación racional... nadie que quiera argumentar seriamente puede eludir las presupuestos ideales del modo actual de comunicación’. Cada participante en la práctica argumentativa debe presuponer prácticamente que en principio todos aquellos afectados podrían participar, libremente e igualitariamente, en una búsqueda cooperativa de la verdad en la cual sólo aparece la fuerza del mejor argumento’ ⁶⁷. En tercer lugar, J. Habermas comienza su análisis desde la *acción* y no desde la metafísica; el Derecho es visto como un ‘sistema de acción’ (o un conjunto de instituciones) encarnadas en el contexto social, junto a un ‘sistema de conocimiento’ (o conjunto de normas públicas) ⁶⁸. Él cree que el marco metafísico, en el cual Kant envuelve su teoría del Derecho, no es defendible. La aceptabilidad racional universal del Derecho no depende ya de una armonía preestablecida de la razón, más allá del mundo empírico ⁶⁹. La TAC, que pretende conseguir precisamente la justificación universal ⁷⁰, se mueve en una razón social, que se despliega a sí misma en una comunidad discursiva en la acción, lejos de enfoques metafísicos ⁷¹.

1.3.1. La razón de la acción legal

La justificación del Derecho de J. Habermas es dogmática y postmetafísica ⁷², y se mueve en el marco moral del sexto estadio de Kohlberg. A su juicio, su dogmatismo es inofensivo (*harmless*). En el núcleo del mismo se encuentra la idea de autonomía, según la cual los seres humanos actúan como sujetos libres, sólo en tanto que obedecen las leyes que se dan a sí mismos de acuerdo con convicciones que ellos adquieren intersubjetivamente. Este ‘dogmatismo’, inofensivo, expresa una tensión entre la facticidad y la validez; una tensión que es ‘dada’ en una infraestructura simbólica ineludible de formas socioculturales, donde el *nosotros* ha desarrollado su identidad ⁷³.

⁶⁴ La legitimación en Kant está subordinada a la moral. La ‘concepción moral del Derecho’ para Kant es ‘la suma de aquellas condiciones en las cuales la libre elección (Willkür) de una persona puede ser conciliada con la libre elección de otra en acuerdo con una ley universal de libertad, cf. W. Rehg, *Introduction: J. Habermas, Between Facts and Norms*, xxii.

⁶⁵ Cf. J. HABERMAS, *Justification and application: remarks on discourse ethics*, tr. C. Cronin (Polity Press, Cambridge, 1993) 76-88.

⁶⁶ J. HABERMAS, *Law and Morality*, 245.

⁶⁷ *Ibid.*, 243.

⁶⁸ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, xxiv.

⁶⁹ W. REHG, *Introduction*, xxii.

⁷⁰ *Ibid.*, xii.

⁷¹ *Ibid.*, xiii.

⁷² J. HABERMAS, *Postmetaphysical thinking*, 3.

⁷³ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 446.

J. Habermas reconoce que su intento de fundamentación (justificación) es dogmático, inofensivo, pero dogmático. J. Habermas, en vez de recurrir a una argumentación *ad infinitum*, o a una argumentación circular, ha elegido –según el trilema del *Baron of Münchhausen*–, un dogma como soporte de su creación arquitectónica. Sin embargo, como todo tipo de dogmatismo está sujeto a dos preguntas radicales. ¿Por qué debemos aceptarlo?, ¿Es este punto de partida dogmático el único posible?

Razón social comunicativa. El ‘dogmatismo inofensivo’ de J. Habermas exige una razón social (comunicativa). Él reemplaza la razón práctica con la razón comunicativa. El cambio significa algo más que un simple cambio de terminología ⁷⁴. J. Habermas afirma que la razón comunicativa difiere de la razón práctica, principalmente en que aquélla no queda adscrita a un sujeto individual o a un ‘macrosujeto en la esfera del Estado, o de la sociedad en su conjunto’ ⁷⁵. La razón comunicativa es, además, diferente de la razón práctica en una dimensión capital. La forma clásica de la razón práctica fue fuente inmediata de prescripciones. Por el contrario, la razón comunicativa tiene contenido normativo sólo en tanto que los individuos, que actúan comunicativamente, se comprometen ellos mismos en un proceso discursivo ⁷⁶.

La razón del ‘lenguaje ordinario’. J. Habermas afirma que la razón comunicativa exige el lenguaje ‘ordinario’, como un ‘horizonte universal de comprensión, y puede, en principio, traducir todo desde *todos* los lenguajes’ ⁷⁷. En

⁷⁴ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 3.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, 4 “If, however, reasons no longer command a force intrinsic to rational motivation –if, as Luhmann formulates it, reasons cannot be justified– then the high-priced culture of argumentation developed in the legal system becomes a mystery. One would have to explain why “one needs reasons that are not reasons at all... Described as an autopoietic system, a narcissistically marginalized law can react only to its own problems, problems that are at most externally occasioned or induced. Hence law can neither perceive nor deal with problems that burden society as a whole”. J. Habermas, *Between Facts and Norms*, 51. Desde la ARE (Parte II) se señalan tres limitaciones a la razón comunicativa habermasiana. En primer lugar, es la carencia en que se deja la razón ante la necesidad que tiene de justificarse ella misma como ‘dinamismo incluíble’, en la línea de lo intentado por K.-O. Apel. Es el carácter trascendental de la razón. J. Habermas había comenzado la aventura de la justificación de una comunidad de comunicación junto a K.-O. Apel, pero termina por separarse de él en pos de un análisis ‘fáctico’-sociológico que descuida o relega la búsqueda de la ‘fundamentación racional de una razón social universal’ ante el desafío escéptico. Habermas termina recurriendo al dogmatismo, el cual es establecido como un a priori universal sin un examen más profundo. La segunda objeción se refiere al mero carácter procesal del contenido de la razón. E. Dussel, en *Ética de la Liberación* [cf. E. Dussel, *Ética de la Liberación* (Madrid: Editorial Trotta, 1998) 188-216] advierte de una razón justificada sólo en términos de proceso. La razón es también la razón de la víctima. En otras palabras, la razón es ‘de vida material’, no un mero instrumento formal procesal. Es una razón ‘fenomenológicamente’ abierta al mundo material de carne y sangre, con nombre y apellidos. La tercera objeción apunta a la reducción de toda la dimensión intelectual a la razón comunicativa, una vez superada la solipsista razón práctica. Desde la ARE, razón práctica y razón comunicativa son un modo de actualizar la realidad en la intelección, pero ambas presuponen un logos analítico y una aprehensión primordial de realidad.

⁷⁷ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 56.

concreto, él cree que es imposible concebir la política y el derecho como sistemas autopoiéticos cerrados⁷⁸ porque no ofrecen un ‘instrumento universal’ para una comunicación democrática⁷⁹. Los sistemas semánticamente cerrados no permiten la articulación de los asuntos que afectan a la comunidad, ni ofrecen criterios de valoración aplicables a la sociedad en su conjunto⁸⁰.

La razón del mundo de la vida. J. Habermas afirma que la razón social, a través del lenguaje común, está abierta al concepto del mundo de la vida⁸¹; está abierta al mundo de la vida en la esfera pública, en la sociedad civil, y en la vida privada; abierta a los ‘mundos epistémicos’⁸².

Para J. Habermas, el mundo de la vida es un mundo virtual, constituido por una ‘red de acción comunicativa que se extiende hacia el espacio social y el tiempo histórico... De manera que el mundo de la vida no es una organización extensa a la que pertenecen sus miembros, no es una asociación o unión en la cual los individuos se unen, ni es una colectividad compuesta de miembros’⁸³.

1.3.2. La comunidad de la acción legal

Para J. Habermas el Derecho, como un sistema interpretativo del mundo, tiene por tarea principal el evitar el caos en la comunidad de comunicación. Esto es, cludir la contingencia⁸⁴. Del caos se escapa mediante un proceso comunicativo encaminado a conseguir resultados racionales⁸⁵. Es el proceso de *legitimación*. Así, la acción legal legitima (i) ‘debe permanecer en cada

⁷⁸ Ibid., 333.

⁷⁹ Ibid., 335.

⁸⁰ Ibid., 352. Según la ARE, la recuperación del lenguaje ordinario en J. Habermas, como la base de la comunicación es esencial. Principalmente como salida al ‘autismo narcisista’ en que se encuentra encerrada la teoría de sistemas. El lenguaje ordinario es una reducción de algo más extenso: el signo; y el signo es una reducción de una expresión como expresión de la realidad. El lenguaje, el signo y la expresión están en radical comunicación como apertura respectiva al mundo entre los comunicantes. El lenguaje es un lenguaje comunicativo del ‘mundo de la vida’.

⁸¹ J. HABERMAS, *The theory of communicative action* Vol.2, tr. by Thomas McCarthy (Cambridge Polity 1987)119-130; ID, *Legitimation crisis*, tr. T. McCarthy (London: Heinemann, 1976) 4.

⁸² J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 52: ‘Human responsibility for plants and for the preservation of whole species cannot be derived from duties of interaction, and thus cannot be morally justified’. ID, *Justification and application*, 111.

⁸³ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 80. Para la ARE (Parte II) este concepto del mundo de la vida no es posible. A pesar de la apertura comunicativa, la propuesta habermasiana se mantiene cerrada a la ‘realidad mundanal’. Creo que la limitación del paradigma habermasiano se debe a las limitaciones de la antropología aristotélica y kantiana que subyace detrás de su propuesta. Habermas asume el prejuicio humeano en el acceso a la realidad. La ARE, por el contrario, desde la inteligencia sentiente, nos sitúa, no en un mundo ‘virtual’, sino en un mundo real de vida.

⁸⁴ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 118.

⁸⁵ Ibid., 414.

caso vinculada al significado original de un sistema de derechos, los cuales aseguran la autonomía pública y privada del ciudadano ⁸⁶; (ii) es un proceso más allá del paradigma económico liberal o del Estado de bienestar; (iii) es una acción de la esfera pública y en la sociedad civil. De manera que la acción legal, en J. Habermas, tiende a encontrar su legitimidad fuera de la legalidad ⁸⁷.

La acción de una red comunicativa. Para J. Habermas, el actor del proceso de justificación y legitimación de las normas es una 'una red de información comunicante', como la esfera pública y la sociedad civil. J. Habermas entiende por 'esfera pública' una red de información comunicante de puntos de vista. Esta esfera se reproduce a través de la acción del lenguaje natural ⁸⁸. Dentro de la esfera pública, la sociedad civil aparece compuesta de 'asociaciones, organizaciones y movimientos espontáneamente emergentes' ⁸⁹.

La acción procesal de la comunidad. En la sociedad liberal, a juicio de J. Habermas, la opinión pública ha colapsado en un conglomerado de voces privadas ⁹⁰. Frente al paradigma burgués liberal ⁹¹, él propone un 'paradigma procesal' ⁹² de justicia más allá de la formalidad burguesa, y la 'materialización' del Derecho en el Estado del Bienestar ⁹³. Su propuesta es la *libertad comunicativa*, la cual es posible entre actores que, adoptando una actitud performativa, desean entenderse, alcanzar algún tipo de acuerdo, y esperan tomar decisiones que cumplan con las condiciones de validez discursiva ⁹⁴. En este paradigma, el peso de la legitimación se desplaza, desde la cualificación de los ciudadanos, hacia los procesos legalmente institucionalizados de opinión y formación discursiva de la voluntad ⁹⁵.

⁸⁶ Ibid., 410.

⁸⁷ Ibid., 83.

⁸⁸ Ibid., 360.

⁸⁹ Ibid., 367. Desde la ARE (Parte II), sin embargo, la fuente de la legitimación última no es la 'esfera pública' sino la vida de la persona humana. Parece evidente el riesgo de una red fantasmagórica de comunicación que termine en el éter como simple quimera. Sin la persona concreta encarnada, la sociedad y la comunidad no existe. El dogma extendido de que la persona es una mera creación o construcción social ha de ser probado. Para poder escapar del absurdo de un club comunicativo suicida, autónomamente y democráticamente legitimado, la TAC necesita recurrir a la 'vida real' en la cual puede encontrar la *producción y reproducción* de la vida como el criterio 'material' del todo significado.

⁹⁰ J. HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, tr. T. Burger, (Cambridge: Polity Press, 1996) 247.

⁹¹ Cf. J. HABERMAS, *Political Liberalism: A Debate with John Rawls*: en J. Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press 1998). [La obra original fue publicada con el título *Die Einbeziehung des anderen. Studien zur politischen Theorie* (Frankfurt: 1996)] 47-101.

⁹² Cf. J. HABERMAS, *What is Meant by "Deliberative Politics"*: en J. Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, 239-264.

⁹³ W. REHG, *Introduction*, xxxii.

⁹⁴ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 119.

⁹⁵ Ibid., 131.

En la *libertad comunicativa*, una acción legal es justa ‘solamente si todos quieren que sea obedecida por cada uno en situaciones parecidas’. El carácter moral de la justicia de la acción no depende de los fines subjetivos, ni de bienes absolutos. Lo que es justo lo es porque es racionalmente justificado en *un discurso moral*⁹⁶. En la comunidad de comunicación los individuos deben ponerse en la situación del otro; deben tener una perspectiva mundial; reflexión universal; y una práctica global⁹⁷. Por ello, la injusticia significará, primeramente, las limitaciones de la libertad comunicativa como violación de la dignidad humana⁹⁸.

La acción de la comunidad vinculada a los derechos humanos. J. Habermas vincula la acción legal a un sistema de derechos⁹⁹. Sin embargo, éstos no deben ser entendidos como ‘derechos naturales’, en el sentido de la tradición del derecho natural¹⁰⁰. En primar lugar, para él, los derechos humanos son ‘construcciones sociales que no deben ser hipostasiados como hechos’. El carácter de ‘derecho’ de los derechos humanos no significa sino la aceptación racional apoyada por buenas razones¹⁰¹. Los derechos humanos ni son imposiciones de algo dado, anclados en un ‘estado ficticio de naturaleza’, ni son ‘la voluntad ético-política de la colectividad que se actualiza a sí misma’¹⁰². Para J. Habermas, la substancia de los derechos humanos es la ‘condición formal para la institucionalización legal de los procesos discursivos de formación de opinión y voluntad, en los cuales la soberanía de los pueblos asume un carácter vinculante’¹⁰³ con el objeto de estabilizar expectativas de conducta¹⁰⁴. A

⁹⁶ Cf. J. HABERMAS, *A Genealogical Analysis of the Cognitive Content of Morality*: en J. Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, 3-46.

⁹⁷ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 162.

⁹⁸ *Ibid.*, 419. En la perspectiva de la ARE (Parte II), el concepto de justicia de la TAC es deóntico, su contenido no es más que la mera formalidad de la autonomía intersubjetiva; y el telos es garantizar esta autonomía. En principio, muchos tipos de contenidos pueden ser incorporados a la noción de justicia si respetan el principio de autonomía de cada miembro de la comunidad. Este formalismo se mueve en la tradición kantiana y encuentra parecidas dificultades. Si los derechos humanos se interpretan desde esta óptica, no tienen más ‘núcleo intrínseco’ que el construido por la comunidad como requerimientos formales discursivos. El hombre es reducido a la autonomía discursiva tanto en su contenido como en su telos. Desde la ARE, la justicia es la institucionalización de la producción y reproducción de la vida, que siempre es vida encarnada, y no una mera ‘red de comunicación virtual’. Dimensiones de la justicia como son la comunicación material (estética-económica-erótica) y la verdad del mundo quedan relegadas y completamente mediatizadas.

⁹⁹ Cf. J. HABERMAS, *Human Rights: Global and Internal*: en J. Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, 165-236.

¹⁰⁰ ‘Morality no longer lies suspended above the law as a layer of suprapositive norms –as is suggested in natural-rights theories. Moral argumentation penetrates into the core of positive law, which does not mean that morality completely merge with law. Morality that is not only complementary to but at the same time ingrained in law is of a procedural nature’, J. Habermas, *Law and Morality*, 247.

¹⁰¹ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 226.

¹⁰² *Ibid.*, 100.

¹⁰³ *Ibid.*, 104.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 133.

su juicio, tanto la idea de derechos humanos, como de soberanía, representan un precipitado histórico, una vez que el ethos de la religión y la metafísica han sido rechazados en la sociología moderna ¹⁰⁵. La vinculación interna entre los derechos humanos y la soberanía es realizada por el modo de ejercer la autonomía política ¹⁰⁶. Un conjunto de derechos abstractos y dinámicos ¹⁰⁷ aseguran la relación interna entre la autonomía privada y pública. Para él, estos derechos se organizan en cinco categorías ¹⁰⁸: a) tres libertades negativas básicas (derechos de pertenencia, derechos procesales, y libertad de elección individual); b) derechos a la participación política; c) y derechos de bienestar social ¹⁰⁹. No hay Derecho legítimo sin estos derechos básicos ¹¹⁰.

1.3.3. El poder de la acción legal

J. Habermas cree que la acción legal del derecho positivo es principalmente (i) de autoridad (ii) comunicativamente constitucional (democrática) (iii) como praxis de libertad (Derecho). En primer lugar, la fuente de la autoridad legal es la acción comunicativa en cuanto proceso de comprensión basado sobre el carácter intrínseco racional del proceso democrático en orden a resultados racionales. De modo que la autoridad constitucional no reside en ningún lugar más allá de la comunicación política ¹¹¹. En segundo lugar, este proceso ha sido institucionalizado en forma de Constitución. El poder constitucional positivo, en su paradigma postmetafísico, descansa no sobre 'la contingencia de decisiones arbitrarias', sino sobre 'la alianza que la facticidad del Derecho forma con la demanda de legitimidad' ¹¹². En tercer lugar, la praxis del Derecho es libertad comunicativa como un derecho que puede ser 'disfrutado' sólo en la medida que es ejercido ¹¹³.

La fuente del poder de la acción legal. J. Habermas hace residir la fuente del poder en la voluntad soberana ¹¹⁴. El poder es transferido en un proce-

¹⁰⁵ Ibid., 99.

¹⁰⁶ Ibid., 103.

¹⁰⁷ W. REHG, *Introduction*, xxxii.

¹⁰⁸ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 122-123.

¹⁰⁹ W. REHG, *Introduction*, xxvii.

¹¹⁰ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 125. Desde la ARE (Parte II) se coincide en vincular los derechos humanos al proceso discursivo, ahora bien, decir que el origen de los derechos humanos es un 'precipitado de doscientos años de historia' en Europa parece insuficiente explicación. Puesto que J. Habermas asume las advertencias de la falacia naturalista, la vida de la 'naturaleza humana' le queda vedada como fuente del deber. Curiosamente, en el dinamismo de producción y reproducción de vida, en que discurre el decurso temporal de la acción humana, se puede justificar un conjunto de derechos: los derechos a la verdad, que están ausentes en la selección de J. Habermas.

¹¹¹ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 285.

¹¹² Ibid., 39.

¹¹³ Ibid., 419.

¹¹⁴ Ibid., 136.

so de deliberación y decisión (que nadie sabe realmente donde está situado). Sin embargo, J. Habermas tiene una intuición interesante. La fuente última del poder no es la suma de la voluntad de los individuos que forman la colectividad ¹¹⁵.

La separación de los poderes legales. J. Habermas propone como poder legal a la forma institucional de la Democracia Constitucional. Por tal entiende, un sistema de separación de poderes sin soberano. En su opinión, la separación de poderes implica, en primer lugar, que el Derecho reciba su condición normativa por el proceso discursivo legislativo que otorga legitimidad ¹¹⁶. En este proceso, la regla de la mayoría retiene una relación interna con la búsqueda de la verdad. La minoría da su consentimiento siempre que sus miembros puedan tener la oportunidad, en el futuro, de ganar la mayoría con el mejor argumento ¹¹⁷. En segundo lugar, el derecho a la igualdad en la protección legal del individuo se encarna en la independencia de un sistema judicial ¹¹⁸. En tercer lugar, el poder administrativo se convierte en el medio a través del cual el poder comunicativo es traducido, gracias a que las razones de la acción comunicativa tienen también fuerza motivadora ¹¹⁹. Con ello, el poder comunicativo queda convertido en autorización para la ejecución ¹²⁰. En cuarto lugar, el principio de separación del Estado y la sociedad previene al poder social de quedar convertido directamente en poder ejecutivo, sin pasar por el proceso discursivo ¹²¹. Estos poderes están vinculados entre sí. El poder legislativo, judicial y ejecutivo tienen autonomía pero no independencia los unos de los otros.

La praxis del poder legal, en la perspectiva de J. Habermas, es más que la imposición de una acción de obediencia mediante el uso de la coacción. Es la realización de la justicia lo que 'justifica' el poder y lo distingue de la tiranía. Allí donde la justicia deja de ser el contenido del Derecho, J. Habermas, considera legítimo la desobediencia. La desobediencia civil aparece, entonces, como expresión de la autoconciencia de la sociedad civil para neutralizar el uso tiránico del poder. La desobediencia civil es conciencia dinámica de que el poder constitucional es algo inacabado y sujeto a perfeccionamiento.

Estas propuestas plurales de justificación del Derecho en general, y de los derechos humanos en particular, son un reflejo de la riqueza y complejidad de la tarea que nos ocupa. En un primer análisis, la diversidad de las mismas infunde la impresión de situarnos en un mercado de opiniones que no conducen a nin-

¹¹⁵ Desde el análisis de la ARE (Parte II), el poder, a diferencia de J. Habermas, es poder físico encarnado, tangible; con rostro, voz, nombre e historia en el mundo. Poder de verdad, comunicativo y de libertad es su contenido. Poder que en su sentido negativo, en vez de poder de justicia, se torna en la tiranía del cinismo mentiroso.

¹¹⁶ J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, 135.

¹¹⁷ *Ibid.*, 179.

¹¹⁸ *Ibid.*, 134.

¹¹⁹ *Ibid.*, 151.

¹²⁰ *Ibid.*, 150.

¹²¹ *Ibid.*, 170.

guna parte. Sin embargo, la realidad bien puede ser otra. Aquellos autores que utilizan el criterio histórico vienen a coincidir en señalar al iusnaturalismo, el racionalismo, el socialismo y el positivismo como grandes líneas de justificación. Por otro lado, cuando el criterio considerado es los presupuestos epistemológicos de donde se parte, las sistematizaciones suelen oscilar entre el cognitivismo y el no-cognitivismo; el objetivismo y el subjetivismo; intuicionismo, racionalismo y constructivismo entre otras. Además, en los intentos justificadores es frecuente encontrar la necesidad reconocida de la respectividad. Y por ello se recurre, por ejemplo, a propuestas dualistas (G. Peces-Barba); o de iusnaturalismo intersubjetivista (A.E. Pérez Luño). Todas ellas tienen su parte de verdad, tal vez ocurra que se necesite un marco que las integre en su parcialidad respectiva, superando, de este modo, el acercamiento al hombre como substancia racional individual, substancia racional social, animal histórico, animal político, animal libre, animal irracional, animal homicida y animal tiránico; superando el acercamiento a la inteligencia como inteligencia concipiente.

La sistematización, sin pretensiones constitutivas, que ofrecemos a continuación sigue el dinamismo de la *acción de realidad* que será analizado en el capítulo III: A) Arranca del hecho de la aprehensión primordial de realidad, previo a toda teoría antropológica. B) Se mueve en el análisis del hombre como *animal de realidades*. C) Busca integrar las teorías antropológicas justificadoras o negadoras de los DH en el hecho de la acción de realidad, por donde discurre la vida del viviente humano.

Dejando el contenido de la justificación para dicho momento posterior, a modo meramente indicativo, ahora diremos que los intentos justificadores de los derechos humanos se mueven: A) Afirmando el momento de intelección humana. B) Y/o afirmando el momento del sentimiento humano. C) Y/o afirmando el momento de voluntad humana. Cada uno de estos momentos puede ser afirmado en sentido binario: positivo o negativo; y en exclusividad o respectividad con los otros. La afirmación no significa que el sentido de la misma sea el sentido positivo. Toda afirmación de sentido binario negativo también es afirmación, sea del momento intelectual, del momento de sentimiento o del momento volitivo.

De este modo, respecto a la justificación de los DH, la tradición jurídica ha optado en ocasiones por: *justificaciones intelectivas, justificaciones de sentimiento y justificaciones voluntaristas*. A) La *justificaciones intelectivas* son aquellas que encuentran el punto arquimédico último en el dinamismo del intelecto humano, predominantemente como razón. En el sentido binario positivo de la afirmación, la historia del pensamiento jurídico ha ofrecido la doctrina del *Derecho natural (iusnaturalismo)*¹²² y el *racionalismo*. En el

¹²² Para B. de Castro, el iusnaturalismo, respecto a la fundamentación de los derechos humanos, "se caracteriza por señalarles como raíz explicativa y justificadora la propia naturaleza del ser humano. Ésta, al ser una estructura activa, contiene unas tendencias o dinamismos

sentido negativo de la afirmación intelectual tenemos al *irracionalismo*, el *escepticismo* y el *relativismo*. Entre algunos de los principales autores recientes que se inscriben en la tradición iusnaturalista cabe destacar a J. Messner, que pone en respectividad el iusnaturalismo (afirmación de la intelección) con el positivismo (afirmación de la voluntad)¹²³; y a J. Finnis, con su razón práctica teleológica (intelección) cercana al positivismo (voluntad)¹²⁴. En España, A. Fernández-Galiano ha defendido la existencia de un orden jurídico superior al positivo, cognoscible, universal y objetivo¹²⁵. El profesor B. de Castro Cid afirma la razón (momento intelectual) y la libertad humana (momento de la voluntad) como el asiento de la justificación de los principios éticos y la moralidad comunitaria; núcleo de los intereses inherentes al hombre, protegidos por los derechos humanos como *atribuciones jurídicas*¹²⁶;

operativos que le son consustanciales e inalienables y que se constituyen en posibilidades o poderes de actuación, es decir, en derechos básicos. Los derechos humanos están, pues, en el sujeto como exigencias inmediatas de su estructura óntico existencial, de su peculiar modo-de-ser, de tal modo que los hombres pueden tener la evidencia racional de que les son debidas por imposición de la naturaleza intrínseca y no por cualquier tipo de concesión positiva histórica”. B. DE CASTRO, *El problema de la fundamentación racional de los derechos humanos*: B. DE CASTRO (coord.), *Problemas básicos de filosofía del Derecho* (Madrid: Editorial Universitas, 19942) 211-212. Dada la cercanía conceptual, y entendida así la doctrina del Derecho natural y el iusnaturalismo, haremos uso indistinto de ambos conceptos a lo largo de la obra. Es cierto que el iusnaturalismo ha adoptado expresiones objetivistas, subjetivistas o intersubjetivistas, etc. Y es también cierto que en algunos ámbitos se suele asociar la tradición de Derecho natural con la tradición católica de Derecho natural, autónoma o heterónoma. Sin embargo, desde una concepción amplia de lo que se entiende por naturaleza humana, y del papel que juega en la determinación de los derechos, vemos apropiado asumir, como la misma línea de justificación de los DH, tanto los planteamientos del iusnaturalismo como los de la doctrina del Derecho natural.

¹²³ Él entiende los DH como una derivación del Derecho natural, aunque sin desconocer que dependen también, en su desenvolvimiento y aplicación, de los derechos positivos, cf. J. MESSNER, *Social Ethics* : Natural Law in the Western World (St Louis: Herder, 1974); cf. ID, *The Postwar Natural Law Revival and its Outcome*: Natural Law Forum 4 (1959) 101-05; J. CASTAN TOBEÑAS, 82; 96.

¹²⁴ El planteamiento justificador de los derechos humanos de J. Finnis es el objeto del apartado siguiente.

¹²⁵ A. Fernández-Galiano señala como posibles fundamentaciones: la *relativista*, que renuncia a buscar un fundamento absoluto; la *axiológica* que se asienta sobre los valores de la persona humana; la *lógico-sociológica*, que los sustenta sobre la razonabilidad social; la *legalista*, que se asienta sobre el poder de la ley positiva; y la *iusnaturalista*, que lo hace sobre un orden jurídico superior universal y objetivo, y de la que participa el autor. Cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho Natural*, 277-286.

¹²⁶ El Profesor B. de Castro entiende que la fundamentación racional de los DH “no sólo es posible, sino también conveniente y necesaria, puesto que la base racional es la única que puede proporcionar una justificación plenaria a la defensa de los valores jurídicos y políticos”, cf. B. DE CASTRO, *El problema de la fundamentación racional de los derechos humanos*: B. De Castro (coord.), *Problemas básicos de Filosofía del Derecho...*, 205-217; 206. No le parece posible afirmar y defender los derechos humanos desde opciones y decisiones no fundadas racionalmente (p. 210). Ni el recurso a datos históricos o sociológicos, ni la incorporación de los DH a las ‘declaraciones’ son, a su juicio, elementos suficientes (p. 210). La fundamentación racional parte del establecimiento de unos ‘axiomas o primeros principios’ legitimadores de todo el sistema y que le dan finalmente su validez absoluta particular, pero no una validez absoluta

A. E. Pérez Luño afirma un iusnaturalismo (momento intelectual) intersubjetivo (momento del sentimiento) ¹²⁷; y F. Puy Muñoz afirma un iusnaturalismo del altruismo, que encuentra en la voluntad de Dios la última razón para respetar los derechos humanos ¹²⁸. Por otra parte, manifestando especialmente la confianza en el dinamismo intelectual racional, como lugar de encuentro de una justificación, cabe destacar al neokantismo contractualista de J. Rawls y a

universal. Por tanto, cualquier tipo de fundamentación racional “no tiene por qué excluir o interferirse realmente con otras posibles fundamentaciones de cualquier otro posible sistema de racionalidad. Por ello, ha de concluirse que en un universo plural de contextos de racionalidad se da siempre la posibilidad de que coexistan varias fundamentaciones absolutas de los derechos humanos” (p. 208). El axioma del que parte el autor es el *egoísmo* como tendencia primaria e inmediata (que conduce al caos), y que en la sociedad se expresa como ‘egoísmo racional’ (que conduce a la normación universal) que permite la imparcialidad gracias a principios universalmente compartidos (p. 207. Nota 3); ID, *La fundamentación de los derechos humanos* (Reflexiones incidentales), en J. MUGUERZA (et al.), *El fundamento de los derechos humanos*, 119-124; 120. De la obra del Prof. Benito de Castro Cid, ver: *En torno a la ciencia de los derechos del hombre* (Valencia: Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1977); ID, *Los derechos sociales: análisis sistemático*: AAVV, *Derechos económicos, sociales y culturales* (Murcia: Universidad de Murcia, 1981); ID, *Reconocimiento de los derechos humanos* (Madrid: Tecnos, 1982); ID, *La búsqueda de la fundamentación racional de los derechos humanos*: Persona y Derecho 22 (1990) 211-233; ID, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos* (León: Universidad de León, 1993) 105-129; ID, *Nociones de Teoría del Derecho y Derecho natural* (Madrid: Universitas, 1999); ID, *Derechos Humanos: ¿retórica jurídica o realidad política?*: Persona y Derecho 42 (2000) 95-108. Cf. J. Rodríguez-Toubes, o. c., 146.

¹²⁷ El autor diferencia cuatro grandes líneas de fundamentación de los DH: realismo, positivismo, iusnaturalismo y la concepción ‘dualista’. El *realismo*, como afirmación de lo superfluo del intento, debido al convencimiento generalizado de que están *de facto* fundamentados (Norberto Bobbio). El *positivismo* que afirma el no-cognitivism ético (actitudes *relativistas* de Ayer, Carnap, Hägeström, Kelsen, Lundstedt, Olivecrona, Ross, Stevenson y Weber). La *concepción dualista* (Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández) que entiende necesario conciliar el iusnaturalismo con la positivación jurídica. Finalmente, el *iusnaturalismo* entendido como: el *objetivismo* que afirma la existencia de un orden de valores o principios con validez objetiva, absoluta y universal (H. Coing, S. Cotta, A. Fernández-Galiano, J. Finnis, N. Hartmann, M. Kriele, L. Lachance, E. Luño Peña, H. Reiner, J. M. Rodríguez Paniagua y Max Scheler); el *subjetivismo*, que se asienta en la autonomía humana, la autoconciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad, como fuente de los valores (R. Dworkin, V. Hayek, R. Nozick, R. Posner y J. Rawls); o bien, como el *intersubjetivismo* –a la que se adscribe el autor– destacaría el papel del sujeto, y la posibilidad de la objetividad intersubjetiva desde la comunicación de las necesidades humanas, en línea con autores como Apel, Habermas, Marx, Heller, cf. A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 133-184; cf. J. Rodríguez-Toubes, o. c., 129.

¹²⁸ “Atendiendo entonces a esta última exigencia moral digo que cuando me pregunto por el fundamento o la justificación de los derechos, o lo que es lo mismo, por la razón que me motiva a aceptar la idea normativa ‘respetar los derechos básicos de todos los seres humanos próximos a ti’, mi respuesta personal es ésta: ‘comportarme congruentemente con ese imperativo (altruista) será probablemente más beneficioso luego para mí (y probablemente para todos), que comportarme de acuerdo con otros principios (egoístas) de acción, aparentemente más ventajosos aquí y ahora para mí (solo)”. F. PUY MUÑOZ, *Las Fundamentaciones de los derechos*: F. PUY MUÑOZ-A. LÓPEZ MORENO (coords.), *Manual de Teoría del Derecho*, 283-288; 287-288.

J. Shestack ¹²⁹. En cuanto a la afirmación del sentido binario negativo de la intelección, el *relativismo escéptico irracional* afirma la creencia de que no existen métodos racionales para determinar la validez de juicios valorativos o morales ¹³⁰. Esta desconfianza intelectual (G. Robles) considera a los DH como carentes de una base gnoseológica sólida, y ello les impide su fundamentación dogmático-jurídica¹³¹; quedando como posible la alternativa (Michael Freeman) por una opción no racional en el intento de fundamentación última ¹³².

B) Las *justificaciones de sentimiento* son aquellas que se articulan predominantemente desde la alteridad del sentimiento humano. En el sentido binario positivo, las corrientes más recurridas en la actualidad son el *utilitarismo*, el *comunitarismo* (Stuart Hampshire, Alasdair MacIntyre, R. Rorty, Michael

¹²⁹ J. J. Shestack, mantiene la confianza en el éxito de la búsqueda racional de una justificación de los DH que pueda unir la teoría y la práctica de los mismos. Recorriendo la obra de autores como Ackerman, Coleman, Donagan, Donnelly, Dworkin, Finnis, Gewirth, Heller, Howard, Michelman, Nagel, Nino, Nozick, Rawls, Raz, Rorty y Sumner, clasifica las fuentes de los DH en: la *religiosa*; la *autonomía individual*, defendida por el Derecho natural; la *autoridad del Estado*, defendida por el positivismo; la *condición social*, defendida por el marxismo; y el *interés de la utilidad*, defendida por el funcionalismo sociológico. En cuanto a las propuestas actuales de fundamentación de los DH, él distingue el intento de fundamentarlos: en los derechos naturales; en el núcleo de los derechos a la autonomía y a la libertad de la mejor tradición kantiana; en la justicia, especialmente en la óptica liberal de Rawls; en la reacción a la injusticia (en el sentido que expresa e. cahn en *The Sense of Injustice* (1949) donde dice que es más fácil identificar la injusticia desde la experiencia y la observación que identificar la justicia misma); en la dignidad como la secularización de un concepto de origen religioso, propuesta hecha entre otros, por McDougal, Lasswell y Chen; en la igualdad y el respeto como última condición para la existencia de los derechos según lo entiende Dworkin; y finalmente, en el relativismo cultural fruto de una sociología que defiende, con Richard Rorty, que los DH deben asentarse sobre las pasiones y el coraje de las convicciones antes que sobre la razón, cf. J. SHESTACK, *Philosophic Foundations of Human Rights: Human Rights Quarterly* 20 (1998) 202-234.

¹³⁰ C. S. Nino, o. c., 50.

¹³¹ G. Robles considera que el concepto de DH es un concepto político y no técnico. Un concepto político en función de la lucha política, transformador de la realidad o conservador, pero no apto para describirla y conocerla. A su juicio, la teoría de los DH carece de una base gnoseológica sólida, lo cual impide una fundamentación dogmático-jurídica de los mismos. Estos son criterios morales extrasistemáticos, que en ocasiones se transforman en instituciones. No puede pretenderse extraer una fundamentación jurídica de lo extrajurídico. Cf. G. ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual* (Madrid: Civitas, 1992); cf. J. CASIAN TOBEÑAS, *Los Derechos del Hombre* (Madrid: Editorial Reus, 1992) 57; cf. L. BACCCELLI, *Derechos sin Fundamento: A. DE CABO-G. PISARELLO*, (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001) 204-205. En este artículo, el autor entiende que para L. Ferrajoli todo intento de fundamentación absoluta es imposible e inútil (p. 198).

¹³² Él analiza las dificultades entre un intento de fundamentación de los DH proveniente del comunitarismo de Donnelly, y las pretensiones de Dworkin, Ernesto Laclau, MacIntyre, y Gewirth. Concluye que una teoría de los DH debe ser flexible, contingente y no arbitraria, asentada en una opción no racional que puede aceptar, tanto como rechazar, la solidaridad con la humanidad. En su opinión, no hay ninguna garantía empírica de que la solidaridad sea elegida siempre, cf. M. FREEMAN, *The Philosophical Foundations of Human Rights: Human Rights Quarterly* 16 (1994) 491-514.

Sandel, Charles Taylor, Michael Walzer y Bernard Williams) y el *constructivismo consensual discursivo*. En el sentido negativo de la afirmación del dinamismo de sentimiento está el *cinismo jurídico*. Entre los autores recientes más relevantes de la línea justificadora binaria positiva se encuentra la opción por el *disenso disidente emancipador* de J. Muguerza¹³³ y el *constructivismo* de C. S. Nino¹³⁴.

C) Por último, *justificaciones de voluntad* son aquellas que priorizan la afirmación del momento de la voluntad del dinamismo de la acción de realidad como el eje desde el que se articula la propuesta. En el sentido binario positivo de la afirmación, la historia del pensamiento jurídico nos ofrece el *positivismo jurídico*. Y con respecto a la afirmación de momento del sentido binario negativo se llega a la *voluntad tiránica de poder*. En cierta sintonía con la primera opción tenemos la afirmación de la *voluntad positivada* de un consenso fáctico, de N. Bobbio¹³⁵; y en España, el *positivismo dualista* de G. Peces-Barba, quien entiende que los derechos humanos (fundamentales), críticos a todo sistema legal, no lo son en tanto no estén positivados¹³⁶. Apela a

¹³³ J. Muguerza ofrece una propuesta de fundamentación de los DH desde el disenso o *fundamentación negativa*; desde lo que denomina 'imperativo de la disidencia' como la 'posibilidad de decir no a situaciones en las que prevalecen la indignidad, la falta de libertad o la desigualdad'. Con trasfondo kantiano y comunicativo (Habermas) entiende al hombre como sujeto moral del que brotan unidas la autoconciencia y la autodeterminación, que son el contenido de la dignidad humana como primer derecho humano fundante de todos los demás. Cf. J. MUGUERZA, *La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)*: Sistema 70 (1986) 27-40; cf. J. MUGUERZA (et al.), *El fundamento de los derechos humanos* (Madrid: Debate, 1989); cf. J. CASTAN TOBEÑAS, *Los Derechos del Hombre*, 55.

¹³⁴ Carlos S. Nino, entre el *iusnaturalismo*, el *escepticismo ético*, el *constructivismo ético* y el *comunitarismo* se inclina por el *constructivismo ético*. Él encuentra elementos para conformar la propuesta del constructivismo ético en las obras de Hobbes, Kant, K. Baier, W. Frankena, R. M. Hare, J. Rawls, D. Richards, G. Warnock, T. Nagel, A. Gewirth, P. Singer, B. Ackerman, K. O. Apel y H. Habermas entre otros. La última línea filosófica de fundamentación es el *comunitarismo* de autores como Stuart Hampshire, Alasdair MacIntyre, R. Rorty, Michael Sandel, Charles Taylor, Michael Walzer, Bernard Williams.

¹³⁵ Para N. Bobbio el problema del fundamento de los DH ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal es la manifestación del consenso como la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y reconocido. Él propone sustituir la búsqueda estéril del fundamento absoluto por el estudio de las diversas formas y medios de protección; es el problema de las garantías el que interesa, cf. N. BOBBIO, *The Age of Rights*, tr. A. Cameron (Cambridge: Polity Press, 1996) 10; 12ss.

¹³⁶ Gregorio Peces-Barba propone un enfoque positivista desde donde los DH no son propiamente tales hasta que están positivados. Antes de la positivación no hay DH; sin integración en un sistema jurídico no se puede hablar de ellos. El autor valora, sin embargo, la necesidad de unos DH, o fundamentales, como referencia crítica del sistema legal, cf. G. PECES-BARBA, *Escritos sobre derechos fundamentales* (Madrid: Eudema, 1988) 85. ID, *Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho*: Anthropos 90 (1989) 45-51; ID, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General* (Madrid: Universidad Carlos III/BOE, 1995); cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, o. c., 134-143.

un punto de vista realista y científico para armonizar el Dn y el positivismo en torno a la libertad y la igualdad ¹³⁷.

Del acercamiento a las distintas propuestas de justificación se obtiene dos conclusiones claras: A) La línea mayoritaria de justificación de los DH opta principalmente por la afirmación del momento binario positivo de la inteligencia, y/o del sentimiento, y/o de la voluntad humana. Por el contrario, desde el relativismo irracional escéptico, el cinismo homicida y la voluntad tiránica no hay posibilidad de justificación que no termine en la autocontradicción teórica o práctica ¹³⁸. B) La mayor parte de los intentos de justificación reconocen la necesidad de una *articulación en respectividad* en la afirmación de la inteligencia, del sentimiento y de la voluntad. Un testimonio actual de ello es la propuesta de J. Finnis. Su esfuerzo intelectual busca armonizar la tradición de Derecho natural, que afirma el momento intelectual humano, con el positivismo jurídico, que afirma el momento volitivo humano, como asiento firme para los DH. Al estudio de la virtualidad de su empresa dedicamos el siguiente apartado.

2. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN J. FINNIS

2.1. *En la tradición intelectual del Derecho natural*

Como hemos visto, la pregunta por la justificación de los derechos humanos ha tenido sus respuestas en el pensamiento jurídico, oscilando desde la afirmación de su imposibilidad técnica y su realización práctica, pasando por el asiento de los mismos en el conocimiento de la naturaleza humana, en la sensibilidad de una comunidad racional de comunicación o en la sensibilidad por el rostro del otro, para terminar defendiendo la voluntad del poder. La justificación de J. Finnis ¹³⁹ es expresión de una seria propuesta de fundamentación de los DH desde la revitalización de la tradición de Derecho natural autónomo. J. Finnis pretende recomponer la escisión entre la tradición del Derecho natural, la moralidad del Derecho, y la tradición del positivismo jurídico. Su

¹³⁷ G. PECES BARBA, *Fundamentals Rights*: Ratio Juris 14 (March, 2001) 64-74; 67; 69; cf. r. de asis, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, 11-20; 31-38; 70-76.

¹³⁸ Infra Capítulo IV. § 1.(C); 2.(F); 3.(I).

¹³⁹ John Mitchell Finnis es hoy día considerado como uno de los filósofos jurídicos más representativos del Dn. Nace en 1940, y se licencia en Derecho por la Adelaide University en 1961 (Australia). En 1965 obtiene su doctorado en Derecho en la Universidad de Oxford, donde actualmente es profesor de Derecho y Filosofía Jurídica, actividad docente que comparte, desde 1995, con la Universidad de Notre Dame (Indiana). Además, entre otras actividades profesionales, ha sido profesor asociado en la Universidad de California (Berkeley) en el curso 1965-66; de la Universidad de Malawi (África) 1976-1978, y profesor invitado del Boston College Law School (1993-1994).

propuesta se asienta: (i) en la afirmación de la naturaleza racional del ser humano, propia de la tradición iusnaturalista; (ii) en la afirmación de la moralidad del razonamiento humano ¹⁴⁰ frente al descriptivismo y el utilitarismo ¹⁴¹; comúnmente asumidos en la tradición jurídica positivista como justificación última del orden legal ¹⁴²; (iii) en la argumentación desde la conciliación con la tradición del positivismo jurídico, compartiendo el rechazo a la falacia naturalista ¹⁴³. En consecuencia, J. Finnis no examina los derechos humanos exclusivamente en términos de formalidad procesal como principios de justicia legal, sino que defenderá que la justificación de la ley presupone una teoría sustantiva de los DH, como bienes morales y valores necesarios para la perfección de la naturaleza humana ¹⁴⁴. Las virtualidades de su planteamiento son muchas, aunque algunas de sus posibles limitaciones pueden proceder, precisamente, de las carencias del tomismo, en el cual sostiene su análisis ¹⁴⁵.

2.1.1. El Derecho natural autónomo

El florecimiento de la propuesta amplia, profunda y sensata de fundamentación de los DH en J. Finnis, se mueve dentro de: (i) una argumentación que es esencialmente aristotélico-tomista de Derecho natural ¹⁴⁶; (ii) en un recha-

¹⁴⁰ J. Finnis justifica los derechos humanos en la exégesis de G. Grisez sobre la doctrina tomista del 'primer principio de la razón práctica' en *Summa Theologica*, 1-11, q. 94, a.2. Para Grisez, el 'primer principio' (*bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*) no es un imperativo moral que imponga el 'Se debe hacer el bien' o el 'Haz el bien'. El primer principio es el 'hacia el bien' teleológico de la razón práctica. Dicho bien es premoral y *ha de hacerse y procurarse* (is to be), cf. G. GRISEZ, *The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2*: *Natural Law Forum* 10 (1965) 168-201; ID, *Natural Law and Natural Inclinations - some Comments and Clarifications*: *New Scholasticism*, vol.61 no.3 (1987) 307-320; ID, *The Structures of Practical Reason, some Comments and Clarifications*: *Thomist*, vol.52 no.2 (1988) 269-291. En un trabajo común, Grisez, J. Finnis y Joseph Boyle han desarrollado una filosofía moral donde J. Finnis defiende un iusnaturalismo dialogante con el positivismo, cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, o. c., 269-282.

¹⁴¹ Cf. J. FINNIS, *Natural Law and Unnatural Acts*: *Heythrop Journal* 11 (1970) 369-70.

¹⁴² C. COVELL, *The Defence of Natural Law* (New York: St. Martin's Press, 1992) 196.

¹⁴³ Cf. R. HITTINGER, *Varieties of Minimalist Natural Law Theory*: *The American Journal of Jurisprudence* 34 (1989) 133-170.

¹⁴⁴ C. Covell, *The Defence of Natural Law*, 196.

¹⁴⁵ Cf. T. W. SMITH, *Finnis' Questions and Answers: An Ethics of Hope or Fear*: *The American Journal of Jurisprudence* 40 (1995) 27-48.

¹⁴⁶ Algunos autores caracterizan a la propuesta de J. Finnis como 'nuevo Derecho natural'. Lo que le distingue –según ellos– del 'viejo Derecho natural' es su defensa de la separación entre los juicios de hecho y debitorios, la no jerarquía entre los bienes básicos y su inconmensurabilidad. Una opinión que no es compartida por K. M. Staley, para quién la continuidad es manifiesta, entre otras razones, porque ni en Aristóteles, Santo Tomás o Finnis se hace de la felicidad (eudaimonía) el vértice jerárquico de unos preceptos normativos, cf. K. M. STALEY, *New Natural Law. Old Natural Law, or the Same Natural Law?*: *The American Journal of Jurisprudence* 38 (1993) 109-133; El mismo J. Finnis afirma que una 'sana' teoría de Dn no es sino la continua apelación a la razón que promueve el bien común, integrando el principio del

zo a la razón humana; y (iii) pretende dar una respuesta a las cuestiones que la ciencia no responde sobre el sentido de la vida: la verdad, la justicia, la libertad, etc.¹⁴⁷

El Derecho natural (Dn) en J. Finnis, siguiendo la tradición y alejándose de la metodología kantiana y el utilitarismo, es entendido, en primer lugar, como el conjunto de principios prácticos que indican las formas básicas de la plenitud humana, como bienes que han de ser buscados y realizados, y que, de una forma o de otra, son utilizados por todos aquellos que indagan lo que han de hacer, a pesar de llegar a conclusiones a veces erróneas; en segundo lugar, Dn como un conjunto o grupo de requerimientos metodológicos de *razonabilidad práctica*, los cuales distinguen el pensamiento práctico sano del insano, y proveen el criterio para distinguir los actos que son razonables de los que no lo son, esto es, criterios que sirven para discernir las formas del actuar moralmente bien del actuar moralmente mal, pudiendo, de esta forma, establecerse unos patrones morales generales¹⁴⁸. En J. Finnis, los principios de Derecho natural pertenecen a la filosofía política, a la jurisprudencia, y a la acción política de la vida del ciudadano en general, y no sólo al mundo de la filosofía, la ética, o la conducta individual. Estos principios —en él— justifican la obligación y el ejercicio de la autoridad en la comunidad, en acuerdo con las reglas del Derecho, que finalmente implica el debido respeto a los derechos humanos que encarnan los requerimientos de justicia de una sociedad orientada al bien común¹⁴⁹. De este modo, los principios de Derecho natural se convertirán en criterios universales de juicio que ofrecen un análisis orientador para determinar la legitimidad moral de un orden histórico particular¹⁵⁰. Criterios, pertenecientes a una moral absoluta, que superan la condición necesaria, pero no suficiente, de la propuesta kantiana en la defensa de la vida en su plenitud¹⁵¹.

discurso de Habermas y superando la unidimensionalidad de la razonabilidad práctica del empirismo y del utilitarismo. Una teoría que acoge el principio de la Regla de Oro, y que respeta cada bien básico en cada persona y en cada acto. Una teoría que, además, reconoce el valor del principio de la vida, la salud y la igualdad humanas, y por ello rechaza la pena de muerte y la esclavitud. Una teoría, por último, que queda abierta a la religión como armonía con la fuente última de la existencia, J. FINNIS, *Natural Law and the Ethics of Discourse*, 72.

¹⁴⁷ D. BARNHIZER, *Natural Law as Practical Methodology: A Finnisian Analysis of City of Richmond v. J. A. Croson*: *Cleveland State Law Review* 38 (1990) 24.

¹⁴⁸ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 23. Otros autores han considerado el Dn de J. Finnis como 'suave'. En primer lugar, asentado sobre un entendimiento del hombre más realista y rico que el tradicional en las teorías de Dn. Y, en segundo lugar, en una razón predominantemente práctica, en vez de la 'pura' razón teórica. La 'moderación' se ha debido a la complejidad en la distribución del poder de la sociedad anterior a la Ilustración que el Dn tuvo que enfrentar, así como a la diversidad política de los Estado-nación modernos. Además, la revolución científica, en su explicación de la realidad del mundo, 'relativizó' las pretensiones de universalidad del Dn, cf. D. BARNHIZER, *Natural Law as Practical Methodology*... 17-18; 23-24; 31-32.

¹⁴⁹ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 24.

¹⁵⁰ C. COVELL, *The Defence of Natural Law*, 196.

¹⁵¹ FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence. Morality and Realism*, 294.

La defensa de la existencia de estos principios de Derecho natural le lleva a J. Finnis a oponerse a las críticas de Austin, Bentham, Blackstone, W. Friedmann, H. L. A. Hart, D. Hume, Kelsen, J. Raz, A. Ross, o J. Stone entre otros. En primer lugar, J. Finnis cuestiona el error filosófico que desde D. Hume¹⁵² separa la noción de deseo de la noción de bien; la separación de lo 'bueno' y lo que es 'deseable'. En la concepción humeana de la razón, los 'deseos' son básicos y no requieren más explicación. La razón lo que nos dice es cómo obtener nuestros deseos, pero no lo que desear. Desde esta perspectiva, cualquier deseo es tan bueno como otro. Sin embargo, para J. Finnis la debilidad del enfoque humeano se hace evidente cuando, en un análisis de lo que son deseos, estos quedan desbordados como simple hechos psicológicos, necesitando el recurso de la inteligencia para delimitarlos como inteligentes. Y, en ello, los deseos tienen sentido únicamente en referencia a una realidad más profunda, como es la idea de bienes objetivos. Así pues, según él, todo intento de explicación de la razón práctica debe comenzar por los bienes objetivos y no por los deseos.

En particular, J. Finnis afirma que los principios de Dn son prácticos, universales, plurales y autónomos, frente al análisis de Blackstone, Bentham y Austin. En su artículo *Blackstone's Theoretical Intentions* (1967), J. Finnis afirma que Blackstone rompió con la tradición de Derecho natural de Santo Tomás y Hooker porque buscó derivar principios de Derecho natural de una teoría del estado de naturaleza concebida en abstracción. En una naturaleza así entendida, los principios eran individuales y presociales; y el fin de la ley consistía únicamente en la protección de dichos derechos individuales preexistentes¹⁵³.

Además, J. Finnis toma distancia de la concepción relativista de los derechos naturales como principios que aparecen, se desarrollan, declinan y desa-

¹⁵² Cf. A. BEITZINGER, *The Place of Hume in the History of Jurisprudence: The American Journal of Jurisprudence* 20 (1975) 20-37.

¹⁵³ Para Finnis, tampoco Blackstone consiguió mostrar la relación de derivación entre el Derecho natural y el Derecho positivo; no consiguió pasar de entender el fundamento de la obligación en términos de 'voluntad superior' a entenderlo en términos de una 'razonable conexión' entre el Derecho como medio y el fin ético que ha de realizar. En *Reason, Authority and Friendship in Law and Morals* (1970), Finnis mantiene que tanto Platón como Aristóteles o Santo Tomás concedieron a la perspectiva ética el lugar central para iluminar su teoría política. En otro artículo posterior, *Scepticism, Self-Refutation, and the Good of Truth* (1977), Finnis subraya la distinción entre la filosofía clásica y medieval, de la tradición filosófica moderna. La primera presupone la posibilidad de un conocimiento objetivo en el Derecho y en la moral, mientras que la segunda lo excluye. Platón, Aristóteles y Santo Tomás reconocieron que ciertos valores básicos, como la verdad y el conocimiento, son bienes evidentes e intrínsecos por razón de la misma constitución de la naturaleza humana. Desde ellos, desarrollaron procedimientos para la determinación objetiva de los bienes de la moral y los valores esenciales para la organización de un orden político legítimo. El escepticismo metafísico y moral de autores modernos como Fuller, Hart, Rawls y Nozick se debe —según Finnis— al abandono progresivo de la concepción ética del *summum bonum*, iniciado con Hobbes, cf. C. COVELL, *The Defence of Natural Law*, 198.

parecen según los momentos históricos. Rechaza esta doctrina porque confunde la existencia de diferentes enfoques de Derecho natural con el acercamiento a los principios del mismo. Él es contrario a identificar el origen del Derecho natural con un infantilismo psicológico (A. Ross), la hipocresía (W. Friedmann) y la arrogancia (Kelsen) como disfraz o vehículo de expresiones de la fe de la Iglesia ¹⁵⁴.

La universalidad de los principios de Dn la defiende J. Finnis frente a J. Stone, en su acusación a los iusnaturalistas de ‘autoritarismo’, por pretender imponer *a todos* lo evidente que ellos afirman como tal ¹⁵⁵. La fuerza de lo evidente –en opinión de J. Finnis– está en asentir sin la necesidad de prueba o argumento por gente con una experiencia significativa y con conocimiento de los términos. J. Finnis recuerda que Aristóteles trata ciertas cosas como fuera de cuestión (*v. gr.* el hecho de que nadie desearía obtener felicidad a costa de perder su identidad). La misma ciencia natural, y en general, todas las disciplinas teóricas descansan sobre principios o normas de racionalidad teórica que están indemostrados y que son indemostrables, pero evidentes, en una forma tan fuerte como la que Tomás de Aquino otorga a los principios básicos de la *razonabilidad práctica* ¹⁵⁶. Ahora bien, esta fuerza de lo evidente no significa que la doctrina de Dn clásica afirme que la razón natural pretenda determinar la ‘única’ respuesta correcta en la multiplicidad de situaciones oscuras que se le presentan prácticamente al juez ¹⁵⁷.

Por otra parte, J. Finnis también se desmarca de la idea de Dn uniforme que tiene H. L. A. Hart. En este autor, el Dn es el intento de justificar que los seres humanos están uniformemente dedicados y unidos en su concepción de los

¹⁵⁴ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 25. J. Finnis se desmarca, a su vez, de J. Raz en la afirmación de que para los seguidores del Derecho natural es de necesidad que cada ley tiene un valor moral, o que las teorías de Derecho natural niegan la existencia de la noción de validez legal, o que el único concepto que los iusnaturalistas tienen de validez es según el Derecho natural, es decir, una validez moral. Quienes siguen esta corriente –en opinión de J. Raz y Kelsen– sólo podrán juzgar la ley como moralmente válida (justa) o moralmente inválida (injusta). No cabe, en la concepción de los iusnaturalistas, la posibilidad de una ley que sea legalmente válida, pero moralmente injusta. Cualquier ley que sea injusta es inválida, en el único sentido de validez posible. Para Kelsen, es característico de los iusnaturalistas, de los últimos dos mil años el intento de fundar el Derecho positivo sobre el Derecho natural como una pretensión de reproducir, en la ley positiva, la verdadera ley que ya existe en algún lugar. Un intento imposible –en su opinión– porque la delegación por la que sería posible pasar de uno a otro otorgaría validez legal a las normas no por su justicia, sino por ser delegadas. Esta visión del Derecho natural, según J. Finnis, es una mala interpretación de los textos de los teóricos del Derecho natural. J. Finnis advierte que la delegación de la norma no es una delegación incondicional, y en segundo lugar, recurriendo al pensamiento de Santo Tomás, el surgimiento del Derecho positivo desde el Dn no es una mera emanación o copia, sino que el legislador disfruta de toda la libertad creativa del escultor que modela la figura de la materia (p. 28).

¹⁵⁵ D. BARNHIZER, *Natural Law as Practical Methodology...*, 32.

¹⁵⁶ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 31.

¹⁵⁷ J. FINNIS, *Natural Law and Legal Reasoning*: Cleveland State Law Review vol. 38, nos 1-2 (1990) 13.

finés, como puede ser la búsqueda del conocimiento o de la justicia, además de la búsqueda de la supervivencia. J. Finnis afirma desconocer a alguien que defienda esta visión del Dn. Para él, lo que el iusnaturalismo ha mantenido siempre es que los seres humanos no están igualmente orientados a la búsqueda del conocimiento o la justicia, y que se encuentran lejos de la unidad en el entendimiento de lo que constituye un conocimiento válido, o un derecho de justicia ¹⁵⁸. Siguiendo a Tomás de Aquino, afirma que la existencia de los ‘communissima’ –como preceptos que son reconocidos por cualquiera que alcanza la edad de la razón y que tiene suficiente experiencia para entender a lo que son referidos, y como principios que no pueden ser eliminados del corazón humano– queda oscurecida por las culturas, los prejuicios, las convicciones particulares, los deseos, etc. J. Finnis recuerda, además, que siempre habrá muchas cuestiones morales cuyas respuestas quedan reservadas a la consideración del hombre sabio ¹⁵⁹. Ahora bien, la pluralidad, y complejidad de las teorías de Derecho natural no es una discusión sobre los aspectos básicos del bienestar humano, sino el intento de resolver un problema real que tiene la moralidad, a saber, la integración de la unidad en la diversidad; los diferentes bienes dentro de compromisos razonables e inteligentes; dentro de proyectos y acciones dirigidos a construir algunas de las múltiples formas de vida humana. El hecho de que exista controversia en la integración de los requerimientos no es un argumento contra la existencia de los bienes básicos ¹⁶⁰.

En línea con Grocio, y distanciándose de S. Tomás de Aquino, J. Finnis afirma la autonomía de los principios de Dn. Una teoría de la ley natural no ha de recurrir a Dios como último fundamento ¹⁶¹. Sin embargo, él mantiene que hay fuertes razones para creer en la causa incausada del Universo, pero nunca como dato previo a su investigación. J. Finnis entiende que es posible buscar un nivel más profundo de explicación de la *razonabilidad práctica* de la comunidad, la autoridad, el Derecho, la ley, la justicia y la obligación ¹⁶². El hombre se encuentra situado como unidad, no sólo en la sucesión de personas y comunidades, sino también en el universo que se extiende indefinidamente en el espacio y el tiempo. En este universo, el hombre, junto a su comunidad, raza, clase o partido, contribuye al progreso de la historia de la humanidad como la realización del bien. Éste es posible porque su ser razonable, esto es, su ser informado, inteligente, coherente y libre de arbitrariedades, comprende claramente lo que es un bien para sí y para cualquier persona (bienes inderivados de la vida, del arte, de la amistad, etc.). Sin embargo, si se quiere encon-

¹⁵⁸ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 29.

¹⁵⁹ *Ibid.*, 30.

¹⁶⁰ *Ibid.*, 31-32.

¹⁶¹ Para D. Barnhizer, el Dn de J. Finnis, en su autonomía, pretende adaptarse a la sociedad moderna que cree no necesitar ya el recurso a un ser supremo para explicarse a sí misma. La teoría de J. Finnis busca llenar el vacío de la tesis existencialista de la soledad, el relativismo moral y la pérdida de la fe en la capacidad humana para identificar las ‘verdaderas’ elecciones sobre los bienes básicos, cf. *Natural Law as Practical Methodology...*, 60.

¹⁶² J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 372.

trar la respuesta a por qué ser razonable es la plenitud de algunos de los aspectos de la *razonabilidad práctica*, hace falta iniciar la investigación teórica, no práctica, de dicha cuestión. J. Finnis utiliza el término 'razón' en vez de «razonabilidad» cuando se trata de cuestiones teóricas. La razón, como inteligencia, lleva a la reflexión sobre el conjunto de explicaciones en cada uno de los diversos campos en los cuales se avanza, desde la ignorancia y la confusión, hacia algún grado de conocimiento y claridad ¹⁶³.

La razón teórica conduce la investigación desde el orden de la naturaleza hasta el orden de la creación humana. El hecho de que los seres humanos tengan ciertas inclinaciones contrastadas por los antropólogos ¹⁶⁴; el hecho de que éstas tengan cierta correspondencia o paralelismo con las inquietudes que cualquier ser humano inteligente puede considerar como de plenitud; el hecho de que, sin una razonable dirección, las inclinaciones llevarían a la persona, y a la comunidad, a la ruina como verdadera 'sanción natural'; el hecho de que ciertos principios psicológicos, biológicos, climáticos, físicos y mecánicos afectan la realización del bienestar humano, todo ello, es un 'orden' que con frecuencia es llamado de 'naturaleza'. Pero J. Finnis recuerda que junto a éste orden existe, además, el orden de la creación humana, el cual incluye el lenguaje, la tecnología, las formulaciones de las leyes, y las manifestaciones creadas por el hombre; existe, también, el orden de las aptitudes o de los hábitos como los compromisos y los principios de acción por los cuales los individuos forman sus vidas e interaccionan unos con otros más o menos inteligentemente; existe, por último, el orden de las operaciones del entendimiento como tales, es decir, el orden de la lógica, de las investigaciones, de la crítica, y de las explicaciones ¹⁶⁵. Pues bien, para J. Finnis, el orden de la naturaleza junto a los otros de la actividad humana o del pensamiento se relacionan en la búsqueda de explicación del orden en una inteligencia creadora del cosmos existente ¹⁶⁶.

De esta forma, la pregunta de la razón teórica, en J. Finnis, es por la causa incausada que para existir no necesita nada que no esté en sí misma. Él reconoce, sin embargo, que es posible vivir sin plantearse las posibilidades de respuesta a este interrogante, y sin caer en la autocontradicción. Pero advierte que con ello cabe el riesgo de perder el conocimiento de lo que uno podría llegar a descubrir si una cuidadosa atención, y adhesión a los principios que la experiencia confirma, guía nuestro razonamiento y nos aleja de la ignorancia ¹⁶⁷.

¹⁶³ Ibid., 378-379.

¹⁶⁴ J. FINNIS, *Natural Law and Unnatural Acts*: Heythrop Journal II (1970) 366.

¹⁶⁵ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 380-381.

¹⁶⁶ J. FINNIS cita los ejemplos de Kant y Hume. El primero considera que, para tener una orientación en la investigación científica de la naturaleza, se debe postular que 'una inteligencia suprema ha ordenado todas las cosas según el más sabio de los fines'. Hume, por su parte, en *sus Dialogues concerning Natural Religion* (1779), concede que parece existir un principio de orden eterno e inherente, el cual acordó, y todavía mantiene, el orden en el universo, y, por analogía, mantiene dicho orden en las demás operaciones de la naturaleza, y en el pensamiento y la mente del ser humano, J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 380-381.

¹⁶⁷ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 386-387.

La pregunta por Dios le lleva a cuestionarse si la divinidad puede ser ‘el fundamento’ o la explicación de la obligación moral, y de los principios de la razón práctica. Él afirma que tanto Platón como Aristóteles no utilizaron el recurso a la existencia de Dios para justificar la afirmación de que hay unas normas objetivas para la realización humana, y que existen principios de ‘razonabilidad’ que crean obligaciones. Más bien, el argumento de ellos es justificar que las afirmaciones sobre la naturaleza conducen a sostener que hay una fuente trascendente de nuestro ser y de nuestra capacidad de entender. Por tanto, la realización de la propia naturaleza de uno como felicidad, y el reconocimiento del valor y la autoridad de la *razonabilidad práctica*, de sus principios y requerimientos, es la respuesta a la atracción divina y al poder de Dios. Así –en su opinión– cuando Platón habla de la ley de Dios lo hace en la línea de lo que los teólogos cristianos, tales como Santo Tomás, quieren expresar cuando hablan de la ley natural como la ley eterna. Dios sería para el hombre, de este modo, la medida de todas las cosas, contrariamente a lo afirmado por los sofistas como Protágoras ¹⁶⁸. Platón y Aristóteles ¹⁶⁹ consideraron, pues, que la experiencia del verdadero filósofo verifica el presupuesto de la existencia de Dios. La razón se torna en algo más que un hábil recurso que distingue a los hombres de los animales. La *razonabilidad práctica* permite la parcial imitación del mismo Dios; el alcance de los valores por la razón práctica consigue su objetividad; y los requerimientos metodológicos de la razón práctica, como la coherencia y la imparcialidad, quedan reforzados por el mérito de adoptar el punto de vista de Dios ¹⁷⁰.

La ley natural es una participación de la ley eterna, en línea con Santo Tomás. La explicación de la fuente de la ley natural se centra, en primer lugar, sobre los dinamismos experimentados en nuestra naturaleza y sobre los principios inteligibles que enmarcan los aspectos de la realización humana; los bienes básicos aprehendidos por el entendimiento humano. El contenido del Derecho natural es “todas aquellas cosas a las que el hombre tiene una inclinación natural y la razón naturalmente las entiende como buenas y sus contrarias como malas” ¹⁷¹. Dios es, entonces, la luz que ilumina, en el hombre, la

¹⁶⁸ Ibid., 395-396.

¹⁶⁹ J. Finnis reconoce que en el mismo Aristóteles existe cierta vacilación sobre la relación entre la contemplación de las cosas divinas y la vida práctica en el contexto de la *polis*. Para J. Finnis, estas vacilaciones se entienden por la falta de alguna ‘revelación,’ más allá de la ofrecida desde la experiencia. Es imposible –a su juicio– tener suficiente seguridad de que la causa incausada de todas las cosas buenas de este mundo, que incluyen nuestra capacidad para entenderlas, es ella misma un bien que uno podría amar; alguien que, en algún sentido, uno podría imitar; una guía que se debería seguir, o un garante de la ‘razonabilidad práctica’, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 398.

¹⁷⁰ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 397.

¹⁷¹ Para J. Finnis hay un claro paralelismo entre el contenido de las inclinaciones y los aspectos valiosos del bienestar humano, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 403; Santo Tomás, S. T, I-II, q. 94, a.2c.

ley como participación de la ley eterna ¹⁷². Sin embargo, J. Finnis insiste en que él no ha defendido su propuesta de Derecho natural, asentada en los principios de *razonabilidad práctica*, como expresión de la voluntad de Dios; ni tampoco ha defendido el origen de la obligación en términos de conformidad con la voluntad de un superior ¹⁷³. Solamente recuerda que la pregunta por la realidad de Dios lleva a indagar en las posibilidades de una explicación más profunda de la obligación; de la ‘razonabilidad’ del autosacrificio en la amistad humana; de la relevancia de nuestro lugar concreto en la historia y en el universo; de la razón de vivir según los principios y requerimientos de la *razonabilidad práctica* ¹⁷⁴. Si la especulación sobre Dios fuese confirmada, y la causa incausada fuese revelada, como favorecedora del bienestar de cada hombre, sin ninguna otra razón que su propia bondad, el bien común podría ser perseguido por nosotros por una nueva razón. Ello significaría que el amor y la búsqueda del bien común ‘por sí mismo’ ganarían una dimensión más profunda. Según J. Finnis, en este caso, las personas podrían considerarse a sí mismas no simplemente como personas cuyo bien debemos favorecer, sino como personas cuyo bien es favorecido, también, por alguien cuya propia bondad no tiene límites, y cuyo amor no es ciego, sino lleno de sentido y conocimiento para la existencia de cada persona, y de la historia de cada comunidad ¹⁷⁵. Es decir, que si Dios puede ser reconocido, como ser cercano y como alguien que favorece el bien común de las personas, nosotros tendríamos una nueva y pertinente razón para querer este bien común; pertinente incluso aunque no veamos como funciona este amor en el mundo. En este sentido, J. Finnis podría afirmar que Dios es la base de la obligación ¹⁷⁶, y los requerimientos de la *razonabilidad práctica*, que generan nuestras obligaciones, se lanzan más allá de ellos mismos, y se redefinen como cooperadores de la ley eterna de Dios ¹⁷⁷. En definitiva, el camino que tiene la persona humana de realizar su amistad con Dios, en quien cree, es el desarrollo de todos los requerimientos de la *razonabilidad práctica* en la búsqueda y en el respeto de todas las formas básicas del bien humano ¹⁷⁸.

La autonomía de los principios de Dn, en J. Finnis, encuentra más semejanza con la concepción estoica de la ley natural que con cualquier otro análisis. Difiere, sin embargo, en que en su explicación la autonomía es para el ‘bien’, mientras que en la concepción estoica de la ley natural ‘bien’ no es realmente mencionado (al igual que ocurre con la diferencia entre *razonabilidad práctica* y razonamiento especulativo). Para los estoicos sólo hay un bien para el hombre: la virtud, que consiste en vivir en acuerdo con la razón, o lo

¹⁷² J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 400.

¹⁷³ *Ibid.*, 403.

¹⁷⁴ *Ibid.*, 405.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 406.

¹⁷⁶ *Ibid.*, 407.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 409.

¹⁷⁸ *Ibid.*, 410.

que es lo mismo, vivir en acuerdo con la naturaleza. La propuesta de J. Finnis, aunque afirmándola, no queda limitada a la autonomía de la razón, sino que desde ella se eleva para responder a la cuestión sobre el sentido de la existencia humana.

2.1.2. Derecho natural moral y positivo

En su intento de revitalizar la tradición del Dn, J. Finnis es consciente de que el desarrollo de la jurisprudencia moderna, y la reflexión actual sobre la metodología de las ciencias sociales, sugieren que no es posible conseguir un correcto análisis positivo del Derecho a menos que se participe en el trabajo evaluativo del entendimiento de lo que es realmente bueno para las personas humanas. El objeto de cualquier ciencia social, como el mismo el Derecho, —en su opinión— es describir, analizar y explicar las acciones humanas, prácticas, hábitos o discursos, pero únicamente conseguirá su objetivo si comprende el significado, el valor y la importancia que tienen para las personas que los realizan y que se encuentran afectados por ellas ¹⁷⁹. En el caso concreto del estudio de la realidad jurídica, parece que no resulta nada fácil hacer un análisis únicamente descriptivo de los hechos y libre de juicios de valor. Ello no significa, sin embargo, rechazar las aportaciones de la teoría descriptivista, sino integrarla en una visión más completa:

“Las valoraciones no son deducidas de ninguna manera de las descripciones; pero alguien cuyo conocimiento de los hechos de la situación humana sea muy limitado es improbable que juzgue bien en el discernimiento de las implicaciones prácticas de los valores básicos. Igualmente, las descripciones no son deducidas de las valoraciones; pero sin las valoraciones uno no puede determinar lo que las descripciones están realmente iluminando y significando” ¹⁸⁰.

En particular, en opinión de J. Finnis, es inevitable que Austin, Bentham, Fuller, Hart, Kelsen, Raz, y Weber asuman un punto de vista práctico-valorativo en la construcción de sus análisis descriptivos, aunque en ellos esto ocurre de una forma implícita y no justificada adecuadamente. La propuesta de fundamentación de los DH de J. Finnis, en cambio, quiere hacer consciente, y explícito, su punto de vista práctico-valorativo de la *razonabilidad práctica*. Desde un pleno conocimiento de la situación metodológica, y de la afirmación crítica de su punto de partida práctico, el cual pretende distinguir lo no razonable de lo prácticamente razonable, él cree que es posible caminar hacia una fundamentación de los DH ¹⁸¹. En la obra de J. Finnis, la fundamentación

¹⁷⁹ Ibid., 3.

¹⁸⁰ Ibid., 19.

¹⁸¹ Ibid., 18; cf. J. COHEN, *The Myth of Neutrality in Positive Legal Theory: Hart Revisited*: The American Journal of Jurisprudence 31 (1986) 97-120.

de los derechos humanos arranca, pues, desde lo que llama –tomándolo de Aristóteles– el *razonamiento práctico*¹⁸². Éste es «razonabilidad» *valorativa* (moral) en decidir y adoptar compromisos, en elegir y ejecutar proyectos, y en actuar en general.

Para J. Finnis, las teorías descriptivas, en la selección y formación de los conceptos, inevitablemente, no pueden dejar de adoptar un punto de vista moral práctico, valorando la importancia y el significado con relación a quienes afectan las decisiones¹⁸³. Por eso J. Finnis critica la reducción de Austin, Hart, Kelsen y Raz¹⁸⁴, en quienes queda injustificado el rechazo a profundizar y extender los puntos de vista práctico-valorativos elegidos en sus respectivos análisis¹⁸⁵. Por el contrario, el razonamiento moral práctico es el punto arquimédico de quienes son razonables en la acción, y no sólo apelan teóricamente a la *razonabilidad práctica*; se muestran coherentes, atentos a *todos* los aspectos del desarrollo humano y conscientes de sus limitaciones; preocupados por evitar deficiencias, y conscientes de las implicaciones de las diferentes facetas de la personalidad humana (v. gr. la económica, y cualquier otra condición material) que entran en juego en la interacción social. La elección de este criterio es perfectamente legítima –en opinión de J. Finnis–, y perfectamente asumible por las teorías descriptivistas, en orden a construir una explicación de toda la realidad del Derecho¹⁸⁶. Y es que las teorías descriptivas, aunque no compartan lo que ‘debe ser’ hecho, sin embargo, no pueden dejar de utilizar conceptos valorativos (morales) que encuentran apropiados para una *razonabilidad práctica* que, consideran, les describe lo que los hombres entienden como digno, ‘valioso’ de ejecutar¹⁸⁷. En línea con Max Weber, habría que decir que la jurisprudencia analítica no puede evitar que los criterios y juicios evaluativos del teórico jueguen un papel determinante en la selección y formación de cualquier tipo de concepto que pretenda una descripción de los asuntos relacionados con la justificación de los DH¹⁸⁸.

¹⁸² ARISTÓTELES, *Metafísica*, II, 1: 993b120-25; VI, 1: 1025b19-29.

¹⁸³ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 12.

¹⁸⁴ Cf. J. RAZ, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action* (Oxford University Press, 1999); cf. L. BARNITZKY, *A seamless web? John Finnis and Joseph Raz on practical reason and the obligation to obey the law*: *Oxford Journal of Legal Studies* v 15 (1995) 153-75; 165-170.

¹⁸⁵ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 13; ‘If there is a view point in which the institution of the Rule of Law, and compliance with rules and principles of law according to their tenor, are regarded as at least presumptive requirements of practical reasonableness itself, such a viewpoint is the viewpoint which should be used as the standard of reference by the theorist describing the features of legal order.’ J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 15.

¹⁸⁶ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 15.

¹⁸⁷ Cf. L. BARNITZKY, *A seamless web? John Finnis and Joseph Raz on practical reason and the obligation to obey the law*, 175.

¹⁸⁸ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 16.

Para J. Finnis, la fundamentación de los derechos humanos no puede hacerse si no es definiendo los requerimientos de la *razonabilidad práctica* en relación con *todos* los aspectos valiosos (morales) que afectan los asuntos humanos. En ellos, es inevitable que los conceptos que se utilicen delaten ciertas sensibilidades hacia determinados aspectos del bienestar del ser humano; o que delaten la influencia de ideologías o mitos. Sin embargo, es incumbencia de un pensamiento práctico disciplinado e informado, tanto directamente activo como dedicado a la reflexión, criticarlos de manera que se pueda vencer los obstáculos, y se permita una mayor claridad e integración sobre lo que debe ser hecho (también la jurisprudencia analítica debe ensanchar el punto de vista crítico para convertirlo en un verdadero juicio práctico razonable)¹⁸⁹. El ideal, en J. Finnis, es encontrar un *amplio* conocimiento de los datos, un *profundo* entendimiento de las preocupaciones y puntos de vistas prácticos, unidos ambos a un *sensato* juicio (moral) valorativo sobre todos los aspectos de una auténtica plenitud humana¹⁹⁰.

En definitiva, J. Finnis busca la fundamentación de los derechos naturales (humanos) desde un intento de conciliación de la tradición del Derecho natural, con la praxis moral, y con la tradición del positivismo jurídico. Un intento dentro de una argumentación que es básicamente aristotélico-tomista de Derecho natural, rechazando la concepción humeana de la razón, y dando contenido moral al positivismo jurídico. Una fundamentación que se asentará en unos principios de Derecho natural comunes a la filosofía política, a la jurisprudencia, y a la acción política de la vida del ciudadano en general. Principios que son prácticos, universales, plurales y autónomos. Una fundamentación autónoma que no recurre a Dios como último fundamento, pero que tampoco le excluye como explicación de la comunidad, la autoridad, el Derecho, la ley, la justicia y la obligación. Desde la razón teórica, J. Finnis pregunta por la causa incausada; por la divinidad como el 'fundamento' y explicación de los principios de la razón práctica y la ley eterna, de la cual la ley natural es participación.

2.2. La acción racional en J. Finnis

2.2.1. La praxis de la acción racional

Dentro de la revitalización de la tradición del Derecho natural moral positivo, la fundamentación de los derechos humanos en J. Finnis tiene su punto arquimédico en *el dinamismo de la acción*; en el orden de la realidad que es objeto de estudio para una parte de la psicología, la historia y la filosofía polí-

¹⁸⁹ Ibid., 17.

¹⁹⁰ Ibid., 18.

tica ¹⁹¹; la acción en tanto que es expresión intrínseca de la voluntad de auto-determinación en la elección ¹⁹².

En primer lugar, la acción es práctica en un *conocimiento práctico* anterior a toda antropología o elaboración teórica ¹⁹³. Por ello, desde el planteamiento de J. Finnis, es equivocado comenzar el intento de fundamentación de los derechos humanos por la justificación de la propia antropología o Teoría del conocimiento. Quienes así argumentan se equivocan puesto que toda construcción antropológica y elaboración cognitiva es primeramente praxis. Será en un segundo momento reflexivo cuando se elabore una explicación racional teórica de la acción. Pretender comenzar la justificación desde la elaboración teórica es un error que no responde a los hechos. En particular, para J. Finnis el punto de partida es el transcurso de la ética, como ética primera; cuando la reflexión y la búsqueda es *en orden a ser capaz de actuar* (en orden a conducir la vida de uno mismo de forma recta, y razonable, en el pleno sentido de la palabra). Para J. Finnis, el carácter práctico de la acción aparece evidente cuando se intenta dar respuesta a la pregunta: ¿qué es lo que hacemos cuando hacemos ética? Entonces, el contenido de la ética aparece como el contenido de las *acciones* mismas ¹⁹⁴; y el conocimiento práctico ¹⁹⁵ aparece como constitutivo de la ética ya que el objeto que se tiene en mente cuando se actúa es precisamente la realización, por medio de las acciones, de los bienes verdaderos y reales, los cuales un ser humano puede obtener y participar ¹⁹⁶. Por ello, para J. Finnis es una reducción entender la ética como deducción de antropologías metafísicas o de intuiciones lejos de la naturaleza y las acciones; y también lo es entenderla como fruto de estados de sentimientos que buscan influir en los motivos de otros mediante la expresión. Finalmente, otra merma es creer que la ética sólo reflexiona teóricamente sobre el significado de la expresión; del lenguaje ¹⁹⁷. En J. Finnis, el conocimiento de la naturaleza humana no es la base de la ética, antes bien, la ética es camino indispensable para un completo y sano entendimiento de lo que es la naturaleza humana. Es

¹⁹¹ Como hemos señalado, J. Finnis diferencia cuatro órdenes de la realidad: un orden de naturaleza (un orden que el hombre puede entender pero que no es creado por su inteligencia, y cuyo estudio ocupa a las ciencias naturales); un orden lógico (propio del dinamismo de la investigación y el conocimiento, su estudio ocupa a la lógica, la metodología y la epistemología); un orden de la praxis (propio de las disposiciones, elecciones y acciones, y cuyo estudio concierne a la moral y a la filosofía política); y un orden de la creación humana (propio de poder 'hacedor' del ser humano, y que es el objeto de la tecnología, la lengua y la retórica), cf. *Natural Law and Legal Reasoning*: Cleveland State Law Review vol. 38, nos. 1-2 (1990) 5.

¹⁹² J. FINNIS, *Object and Intention in Moral Judgments According to Aquinas*, *Thomas: Thomist*, vol.55 no.1 (1991) 18; cf. J. RAZ, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action* (Oxford University Press, 1999) 5: 36-45.

¹⁹³ D. BARNHIZER, *Natural Law as Practical Methodology...*, 21.

¹⁹⁴ J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics* (Oxford: Clarendon Press, 1983) 1.

¹⁹⁵ Finnis encuentra en G. E. M. Anscombe la perspectiva de renovar el alcance del conocimiento práctico tradicional, cf. G. E. M. ANSCOMBE, *Intention* (Oxford: Blackwell, 1957) 57.

¹⁹⁶ J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 3.

¹⁹⁷ *Ibid.*, 4.

decir, que la ética como acción, como filosofía primera, no es una mera explicación retórica sobre el ser humano, sino la correcta perspectiva para una verdadera filosofía. Ahora bien, J. Finnis tiene cuidado en advertir que no es, el suyo, un fácil recurso al intuicionismo, o a la deducción antropológica o metafísica, sino la opción por examinar el alcance de la objetividad que ofrece el entendimiento práctico de la acción ¹⁹⁸.

En la acción, el conocimiento es *acción de una sola inteligencia*. La tesis de J. Finnis es esta ¹⁹⁹: “El primer entendimiento que uno tiene sobre el bien humano, y de lo que es digno en los seres humanos de hacer, conseguir, tener y ser, es alcanzado cuando uno está considerando lo que sería bueno, digno de hacer, conseguir, tener y ser” ²⁰⁰.

Finnis advierte que no debemos confundirnos cuando Aristóteles se refiere a las dos partes del intelecto: la teórica y la práctica ²⁰¹, o cuando los aristotélicos y tomistas hablan sobre la intelección teórica y la intelección práctica. En su opinión, tanto Aristóteles como Santo Tomás eran plenamente conscientes de que sólo tenemos una inteligencia, una sola capacidad de entendimiento. Las diferencias entre conocimiento ‘teórico’ y ‘práctico’ son simplemente diferencias operativas. De este modo, uno piensa ‘teóricamente’ cuando busca discernir la verdad de alguna materia, y lo hace ‘prácticamente’ cuando lo que busca es descubrir o determinar ¿qué hacer?, ¿qué conseguir?, ¿qué tener? o ¿qué ser? ²⁰² Para J. Finnis, la mayor parte de la actividad del pensamiento o la inteligencia es, en actualidad, tanto teórica como práctica; busca hacer, conseguir, y tener lo que es bueno. Un conocimiento que es *simpliciter* cuando las consideraciones sobre mis actuaciones son aquí y ahora; y un conocimiento *secundum quid* cuando mis consideraciones son más reflexivas, teniendo en cuenta mis compromisos presentes y mis acciones pasadas; mis compromisos futuros y mis acciones futuras; y los compromisos y acciones de otras personas. J. Finnis, sin embargo, cree que es necesario el uso de la dimensión ‘teórica’ del entendimiento en orden a evitar el error de quienes, con Hobbes y Hume, mantienen que el razonamiento práctico se funda sobre deseos pre-rationales, de los cuales sólo cabe decir que los tenemos. En el distanciamiento de este reduccionismo ético coincide con McDowell, Thomas Nagel y David Wiggins ²⁰³.

¹⁹⁸ Ibid., 22; *Natural Law and Legal Reasoning*, 1-2.

¹⁹⁹ La dirección de la razón hacia el deber de satisfacer deseos naturales es lo que diferencia su posición de las teorías deontológicas, cf. G. GRISEZ, J. BOYLE y J. FINNIS, *Practical Principles...*, 101. Un ‘término medio’ puesto en duda por Francisco Laporta, cf. F. LAPORTA, *J. Finnis y los derechos humanos*: Anuario de Derechos Humanos 3 (1985) 709.

²⁰⁰ J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 12.

²⁰¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, II, 993b20.

²⁰² J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 11.

²⁰³ Ibid., 28-29.

La acción de conocimiento es razón práctica que *identifica lo deseable*. Esto, lo deseable, está en mi pensamiento práctico como una *posibilidad* para que algo bueno sea hecho, conseguido, alcanzado o realizado. Esta concepción de algo como deseable es suficiente motivación para la acción. Razón práctica, entonces, no es simplemente el encontrar caminos de búsqueda de los deseos presentados a la razón de uno de forma independiente y anterior al funcionamiento de la propia inteligencia ²⁰⁴. El razonamiento práctico comienza identificando aquello que es querido, y continúa en la búsqueda satisfactoria de modos de realizar la participación en el 'objeto' querido ²⁰⁵. De esta manera, en J. Finnis, la primera aprehensión de lo que es bueno para nosotros, para nuestras potencialidades como participación en la realización del ser humano ²⁰⁶, es una aprehensión teórico-práctica de lo deseable ²⁰⁷.

En la acción es donde se encuentra, por tanto, la realización del ser humano; la felicidad de la vida como plenitud realizante de la actividad práctica. Lo deseable es, por ello, lo que es digno en orden a la promoción de un aspecto de la realización humana ²⁰⁸ (en ella es primordial el mantenimiento y la promoción de la propia identidad como un bien; identidad de la vida en contacto con la realidad frente al mundo de las apariencias, de los sueños, de la ignorancia, y de la ilusión de placeres irreales ²⁰⁹). Para J. Finnis, en la experiencia uno llega a entender que en la opción por un bien, desde la *razonabilidad práctica*, la inteligencia discierne su total contenido y alcance como dicho bien ²¹⁰. En su dinamismo teórico y práctico, el hombre se enfrenta a una multiplicidad de formas de bien de conseguir la propia realización. Bienes que, con frecuencia, nunca quedarán conseguidos en plenitud o exhaustos por la propia acción del hombre. En este sentido, los bienes son conseguidos y realizados como *participación* de la felicidad. Los bienes prácticos que expresan los fines generales de la vida humana no adquieren fuerza moral hasta que son concretados en proyectos, disposiciones y acciones determinadas.

La concreción de los bienes humanos se hace mediante los principios o requerimientos de razonabilidad práctica. De este modo, para J. Finnis, los requerimientos de la razonabilidad de la acción práctica siguen el método del Derecho natural ²¹¹ tradicional de derivar la moralidad desde los bienes 'premorales' de la ley natural ²¹². En J. Finnis estos principios o requerimientos

²⁰⁴ Ibid., 11.

²⁰⁵ Ibid., 35.

²⁰⁶ Ibid., 21.

²⁰⁷ Ibid., 12.

²⁰⁸ Ibid., 38.

²⁰⁹ Ibid., 40-41.

²¹⁰ Ibid., 42; cf. J. RAZ, *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, 63-66.

²¹¹ En J. Finnis, la doctrina del Derecho natural es algo más que mera doctrina. Es una orientación dinámica permanente hacia la aprehensión de los bienes que pueden ser realizados por elección libre, y un rechazo hacia la elección ininteligible con relación a los bienes que están en juego en una situación concreta, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Unnatural Acts*, 366.

²¹² J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 103.

son ²¹³: 1) Los requerimientos metodológicos de la razonabilidad práctica deben guiar y estructurar la búsqueda de los bienes ²¹⁴. 2) Un coherente plan de vida, es decir, plantearse la vida como un todo organizador de las actividades que el sujeto racional hace a lo largo de su existencia. Es irracional –creencia compartida por J. Finnis y Rawls– vivir meramente de momento a momento, a la deriva, sin ningún proyecto específico ²¹⁵. 3) Ninguna preferencia arbitraria entre valores. La concentración en mayor o menor grado sobre una forma básica de bien, en un determinado plan de vida, no debe suponer la exclusión permanente de otras formas de bien. Alejándose de este modo de la teoría del bien de Rawls, J. Finnis cree que, además de los bienes de justicia, libertad, oportunidad, riqueza y autorespeto, debe atenderse a la verdad, al juego, al arte y a la amistad ²¹⁶. 4) Ninguna preferencia arbitraria entre personas, es decir, la búsqueda de la imparcialidad desde la búsqueda de mi bienestar, a través del cual mi participación autodeterminada en los bienes básicos favorece la realización de las formas del bien humano. Ciertamente hay una autopreferencia pero ésta no debe confundirse con el egoísmo ²¹⁷. 5) ‘Independencia’ y compromiso. Independencia como cierto distanciamiento de cualquier tipo de proyecto comprometido como fanática identificación con él mismo, como si de su realización dependiese el significado de la propia existencia; y el compromiso como fidelidad racional para la realización humana ²¹⁸. 6) Una limitada importancia de las consecuencias; eficiencia dentro de la razón. Para J. Finnis este requerimiento indica que no se debe malgastar las oportunidades de realización razonable del plan de vida mediante el uso de métodos ineficientes ²¹⁹. Sin embargo, esto no significa abandonarse a la estrategia moral del razonamiento utilitarista. Para J. Finnis, la maximización de los bienes es irracional, y sin sentido, porque los mismos son inconmensurables ²²⁰. Ningún significado del término ‘bien’ permite su medición y cálculo en orden a la resolución de las cuestiones básicas mora-

²¹³ Para Finnis, los principios básicos de razonabilidad práctica desempeñan el papel de los principios intermedios buscados por la tradición. A los que señala en su obra *Natural Law and Natural Rights*, añade uno más en *Fundamentals of Ethics*: ‘no elijas bienes aparentes, sabiendo que ellos son solamente las simulaciones de bienes reales incluso cuando dichas simulaciones provocan emociones, experiencias o satisfacciones reales’. La gradación de los mismos, la mayor o menor fortuna en la determinación de situaciones concretas, no son argumento para relativizar su importancia, y su necesidad, a la hora de establecer normas y obligaciones, cf. J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 75-76.

²¹⁴ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 100-103.

²¹⁵ *Ibid.*, 103-104.

²¹⁶ *Ibid.*, 106.

²¹⁷ *Ibid.*, 107.

²¹⁸ *Ibid.*, 110.

²¹⁹ *Ibid.*, 111.

²²⁰ *Ibid.*, 113-114; cf. *Natural Law and Legal Reasoning*, 9-11; Apoyando dicho carácter, pero afirmando a la vez la posibilidad moral de decisión entre ellos, se manifiesta D. Luban, cf. *Incommensurable values, Rational Choice and Moral Absolutes*: *Cleveland State Law Review* 38 (1990) 65-84.

les²²¹. 7) Respeto por cada bien básico en cada acto. Esto significa, en J. Finnis, que no se debe elegir como actuación nada que dañe o impida la realización o participación en alguna de las formas básicas de bien humano²²². Cada uno de ellos es objetivamente básico, primario e inconmensurable con los otros respecto a su importancia. Es decir, que el daño causado indirectamente a un bien básico por la elección de un acto que promueve alguno de ellos es diferente, y moralmente aceptable, de aquella conducta dirigida directamente e inmediatamente a empobrecer un bien básico o dañarlo²²³. Para J. Finnis, la inconmensurabilidad de los valores y aspectos de la realización de la persona humana nunca puede ser subordinada a cualquier proyecto o compromiso; aquellos son estrictamente inviolables²²⁴. Este requerimiento no actúa aisladamente sino en armonía con el resto, y J. Finnis lo formula: 'no elijas directamente contra un valor básico'²²⁵. 8) El requerimiento del bien común como el requerimiento que favorece y estimula la comunidad. 9) Y seguimiento de la propia conciencia, como el proceder en la dignidad de ser respetado y respetarse, incluso desde el error, cuando se busca por sí mismo la realización en cada acto²²⁶.

Para J. Finnis estos requerimientos de razonabilidad de la acción práctica son criterios objetivos²²⁷ para distinguir en la deliberación racional lo razonable de lo no razonable²²⁸, y para distinguir entre la actuación moralmente recta y equivocada. Para él, los requerimientos son auténticos principios morales de Derecho natural y completan los primeros bienes *premorales* de Dn que describen las formas básicas de los valores humanos²²⁹. El fruto del

²²¹ Según J. Finnis, los utilitaristas no ofrecen ninguna razón para preferir el altruismo al egoísmo, o la preocupación reducida a una familia, partido, clase, país o iglesia. El mismo Bentham osciló durante toda su vida en considerar si el utilitarismo significaba maximizar su propia felicidad o la felicidad de todo el mundo. Desde el utilitarismo no existe posibilidad de crítica al cinico que decide conseguir su propia maximización de felicidad sin atender al bienestar de los otros, o incluso a su costa, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 115-116.

²²² Para J. Finnis, los bienes básicos y los principios de razonabilidad práctica son las únicas guías que tenemos como humanos, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 119.

²²³ Finnis usa el término 'promoción' y 'empobrecimiento' para hablar del sentido del dinamismo de los valores y principios prácticos, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 120.

²²⁴ *Ibid.*, 121.

²²⁵ *Ibid.*, 123.

²²⁶ En *Nuclear Deterrence, Morality Realism*, J. Finnis, Grisez y Boyle modifican algunas de las concreciones de exigencias de la razonabilidad práctica, cf. J. FINNIS, J. BOYLE y G. GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality Realism*, 285-287.

²²⁷ Para J. Rodríguez-Toubes, nos encontramos con un 'relativamente justificado' conjunto de principios prácticos supuestamente autoevidentes, y de reflexiones supuestamente exigidas por la racionalidad, cf. J. RODRÍGUEZ-TOUBES, *El iusnaturalismo de J. Finnis: Anuario de Filosofía del Derecho*, 10 (1993) 375-406; cf. J. FINNIS, *On Reason and Authority in Law's Empire: Law and Philosophy* 6 (1987) 357-380.

²²⁸ G. V. BRADLEY-R. GEORGE, *The New Natural Law Theory: A Replay to Jean Porter: American Journal of Jurisprudence* 39 (1994) 305; 307.

²²⁹ C. COVELL, *The Defence of Natural Law*, 201.

dinamismo de estos principios es la moralidad, entendida como la reducción del daño social; el incremento del bienestar; el incremento de la armonía social; la universalización del proceder; la realización del individuo; la preservación de la libertad y la identidad personal; y la promoción de la razonabilidad práctica ²³⁰.

2.2.2. Teleología de la acción racional

El bien que moviliza la acción ha sido identificado diferentemente a lo largo de la historia del pensamiento. La utilidad, el dinamismo binario de placer/dolor, el poder del Estado o del soberano, el conocimiento, Dios, la posesión, la razón, y la explicación de la propia existencia han sido algunos de los fines más frecuentemente buscados ²³¹. En J. Finnis, el bien, en sentido amplio, es aquello que una persona puede desear ²³², y no tiene otro contenido que la realización de los bienes básicos ²³³.

La fundamentación de los derechos humanos de J. Finnis gira sobre un conjunto de bienes básicos que configuran el bien común ²³⁴ como formas básicas de realización humana ²³⁵. Estos bienes básicos promueven la realización de la persona humana, no únicamente para sobrevivir, sino para la plenitud. Para J. Finnis, estas formas básicas son bienes intrínsecos que han de ser buscados y aprehendidos. Ellos dan la razón para la elección valiosa sin una razón previa ²³⁶. Siguiendo la primera clasificación de J. Finnis, siete son las formas en que se manifiestan: 1) la vida, particularmente la salud corporal y la liberación del dolor y del daño, y los procesos reproductivos ²³⁷; 2) el conocimiento, entendido como la búsqueda de la verdad por sí misma; 3) el juego,

²³⁰ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 127; cf. L. BATNITZKY, *A seamless web? John Finnis and Joseph Raz on practical reason and the obligation to obey the law*: Oxford Journal of Legal Studies v 15 (1995) 153-75; 160-165.

²³¹ D. BARNHIZER, *Natural Law as Practical Methodology*..., 33.

²³² FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 277.

²³³ *Ibid.*, 284.

²³⁴ Sobre el tema puede verse: G. FROELICH, *Ultimate End and Common Good. Aquinas, Thomas Discussion of Extrinsic Principles from Question-90 of The Prima-Secundae of the 'Summa Theologiae', the So-Called Treatise-on-Law*: Thomist, vol.57 no.4 (1993) 609-619; J. JOLIVET, *Questions by Thomas, Saint on Law and Politics or the Good Usage of Dialogue*: Revue Philosophique de la France et de l'Étranger, vol.114 no.3 (1989) 392-393; M. J. KAUFMAN, *The Value of Friendship in Law and Literature*: Fordham Law Review, vol.60 no.4 (1992) 645-713; M. C. MURPHY, *Natural Law, Impartialism, and Others Good. Argument and Response to Impartialist and Eudaimonist Theories and Principles of Practical Reason in Thomistic Moral Philosophy*: Thomist, vol.60, no.1 (1996) 53-80.

²³⁵ FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 277.

²³⁶ *Ibid.*, 277-278.

²³⁷ Cf. J. FINNIS, *The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations*: The American Journal of Jurisprudence 42 (1997) 97-134.

como la participación en actividades sin ninguna razón externa; 4) la experiencia estética, como el disfrute de la belleza; 5) la sociabilidad, como un movimiento de alteridad que se extiende desde la asociación política, en su mínimo posible, hasta el más pleno grado de amistad; 6) la *razonabilidad práctica* (en un doble carácter) como la capacidad de imponer un orden inteligente y razonable en la deliberación sobre la búsqueda de los bienes básicos; 7) y la religión, que comprende la reflexión metafísica sobre la relación entre los valores humanos y el origen trascendente del orden de las cosas, la libertad humana y la razón ²³⁸.

Finnis defiende una completa aprehensión del bien humano en su universalidad y diversidad, y se distancia de las teorías reduccionistas porque parcializan su acercamiento a dicha realidad ²³⁹. Estas teorías afirman los bienes humanos como materia de gusto, de opinión subjetiva, o de deseo individual antes que como oportunidades de participar en los bienes reales, es decir, de participar en la dignidad de la realización humana ²⁴⁰: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad, la *razonabilidad práctica* y la religión. Desde la ayuda que le otorga el saber antropológico, él ofrece esta lista de bienes que son igualmente básicos, igualmente fundamentales, y sin posibilidad de organizarlos jerárquicamente ²⁴¹.

En J. Finnis estos siete bienes básicos son pre-morales e inconmensurables ²⁴² y no se deducen de ninguna explicación descriptiva de la naturaleza humana. Los bienes humanos, que informan los principios permanentes de la razón práctica que organizan la búsqueda de lo que cualquier ser humano podría 'razonablemente querer hacer, tener, o ser' ²⁴³ (bienes básicos que J. Finnis considera ser parte integral de la realización humana) no tienen carácter moral sino que son *pre-morales* ²⁴⁴. En J. Finnis, 'bienes' no significa moralmente bienes. Los bienes objetivos no son valores morales sino cosas

²³⁸ FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 279-280; C. COVELL, *The Defence of Natural Law*, 200.

²³⁹ FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 278.

²⁴⁰ J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 50. Para Bentham, por ejemplo, la naturaleza ha sometido a la humanidad al gobierno soberano del dolor y el placer (pp. 1-3). Este es el único criterio: el criterio de utilidad que justifica, últimamente, toda acción moral y legal (pp. 35-40) así como la sanción (pp. 14-15). Sin embargo, es una afirmación gratuita el identificar la felicidad con el cálculo hedonista de placeres. Y es que dolor y placer lo son ciertamente de la acción, pero de una acción que es de realidad. De manera que no es lo suficientemente radical en el análisis cuando se queda en el sentido binario de la acción. Precisamente la acción oscila entre esos dos soberanos por razón de una 'utilidad' radical: la utilidad de la realización, en el caso de que se nos permita llamarla de este modo, cf. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Edinburgh, 1789).

²⁴¹ J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 51.

²⁴² G. GRISEZ, añade que no son imperativos, cf. *The Structures of Practical Reason, some Comments and Clarifications*: Thomist, vol.52 no.2 (1988) 289.

²⁴³ C. COVELL, *The Defence of Natural Law*, 200.

²⁴⁴ *Ibid.*

que hacen la vida digna; cualidades que generan actividades y formas de vida deseables como 'formas de realización'²⁴⁵. Él mantiene que su argumento no viola la distinción entre el 'ser' y el 'deber ser'. No pretende ir por el camino de algunas teorías tradicionales del Derecho natural que intentaron obtener conclusiones prescriptivas de premisas de hecho, especialmente premisas sobre la naturaleza humana. Aceptando la crítica de D. Hume, J. Finnis asume que de la afirmación 'todos los hombres son sociables' no se puede deducir 'debemos buscar la sociedad'. En línea con D. Hume, parece que ninguna descripción de hechos observables sobre la naturaleza humana, en ella misma, puede justificar conclusiones sobre lo cierto y el error, sobre lo bueno y lo malo, sobre lo que 'es' y lo que 'debe ser'.

En un argumentar diferente y más sutil, J. Finnis afirma que los bienes objetivos son 'propuestos' por la razón práctica como aspectos de la realización humana²⁴⁶. Como ocurre en la misma investigación teórica de las ciencias, que presupone principios de razón teórica que no pueden ser demostrados o probados, del mismo modo, los bienes objetivos (v. gr. la amistad) pueden servir como explicación de la acción aunque no se puedan ofrecer razones para justificar su búsqueda. Sólo cabe afirmar que quien no se percató de su importancia explica su conducta como no razonable. Además, con respecto al bien objetivo del conocimiento, J. Finnis ofrece un argumento adicional: la *autocontradicción*, puesto que quien niega que el conocimiento es un bien en sí mismo se está refutando en el valor que otorga a su negación.

Los bienes básicos son, además, inconmensurables²⁴⁷ para J. Finnis. Alejándose de cualquier tipo de utilitarismo²⁴⁸, él afirma que debido al carácter inconmensurable de los bienes es absurdo pretender cálculos de maximiza-

²⁴⁵ J. FINNIS, *Natural Law and Unnatural Acts*, 368.

²⁴⁶ FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 278; J. FINNIS, *Natural Law and Unnatural Acts*, 376.

²⁴⁷ J. FINNIS, *Natural Law and Unnatural Acts*, 375; Este mismo carácter es el que puede crearles dificultades en armonizar la prioridad de varios de ellos cuando entren en conflicto en la acción práctica, como ha señalado D. Barnhizer, cf. *Natural Law as Practical Methodology...*, 38; 41. Sin embargo, es posible defender la inconmensurabilidad de la elección de los bienes básicos (razón de primer orden) y afirmar que en las elecciones cotidianas entran en juego 'razones de segundo orden' (como la Regla de Oro, o el 'Pauline Principle' de no buscar un mal aunque sea por razón de un bien, etc.) que permiten la acción moral, cf. R. P. GEORGE, *Does the 'Incommensurability Thesis' Imperil Common Sense Moral Judgments?* : *The American Journal of Jurisprudence* 37 (1992) 185-195; "Moral norms are second order reasons for action of a special sort. In situations of morally significant choice, such norms may provide conclusive reasons not to choose certain possibilities, despite the fact that one has, and is aware of, first order reasons to choose those possibilities" (p. 191).

²⁴⁸ FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 238-267; 255. Sin embargo, para H. Veatch-J. Rautenberg, el intento de lo que denominan, el trabajo de un solo corazón y una sola mente de 'Griffinboyle', no consigue alejarse de los 'utilitarian imparcialists' y sí lo hacen, curiosamente, de Santo Tomás, en la comprensión del 'bien' y el 'valor', cf. *Does the Grisez-Finnis-Boyle Moral-Philosophy Rest on a Mistake: Review of Metaphysics*, vol.44 no.4 (1991) 807-830.

ción (v. gr. no es posible justificar la muerte de una persona por el beneficio que puede generar para el resto). Es por su mismo carácter que los bienes objetivos no pueden ser objeto de comercio entre ellos.

Estos bienes son todos igualmente fundamentales y no forman una jerarquía. El ser humano se realiza por la concentración en el desarrollo de alguno de ellos sin poner en riesgo los demás²⁴⁹. Estos bienes, en su conjunto, se convierten –en J. Finnis– en formas básicas de la razón práctica y en fundamento de su teoría de la justicia, los derechos humanos, la ley²⁵⁰; y el contenido del bien común.

El bien común es el establecimiento de las condiciones que capacitan a los miembros de la comunidad a conseguir objetivos razonables por ellos mismos. Esta concepción de bien común tiene diversas implicaciones. Una de ellas es lo que J. Finnis llama principio de ‘subsidiarity’²⁵¹. Este principio afirma que es una recta función de la comunidad ayudar a los individuos a ayudarse a sí mismos, y asistirlos en la búsqueda de sus proyectos. El bien común, en J. Finnis, no es una preocupación obsesiva por el bienestar de los demás, sino que primariamente es un asunto del cumplimiento de las obligaciones de justicia, el cumplimiento de los contratos, etc. De este modo, el propósito de la comunidad política es procurar las precondiciones esenciales para el ejercicio de la opción razonable de sus ciudadanos; no es su cometido el hacer las elecciones básicas por todos ellos. La única limitación a dichos proyectos personales de vida es que sean proyectos coherentes, y elegidos atendiendo a las propias circunstancias, capacidades y gustos, sin que sea un obstáculo el que dicha opción vital se concentre en algunos bienes en lugar de otros. Así, el hecho de que ‘mi bienestar’ sea –en J. Finnis– el primer objetivo no es porque sea más digno o valioso que el de las demás personas, sino por-

²⁴⁹ J. FINNIS, *Natural Law and Unnatural Acts*, 377.

²⁵⁰ *Ibid.*, 367.

²⁵¹ En J. Finnis, la prohibición de toda ‘preferencia arbitraria entre personas’ es consistente con ‘la razonable auto-preferencia’. Ello es posible por la negación del cómputo utilitarista del bienestar medio. Sin embargo, N. E. Simmonds cree que el argumento de J. Finnis, en este punto, descansa en una restrictiva noción de ‘bien común’, lo cual le lleva más cerca de las ideas liberales del Derecho y la justicia de lo que en un principio podía esperarse. ‘El principio de subsidiariedad’ significa, también, que la teoría política de J. Finnis se acerca al liberalismo: aunque se basa en una concepción de bien, no sanciona la imposición de esta concepción sobre los individuos. En segundo lugar, en la introducción de la noción de ‘gusto o deseo’ en la elección de los planes de vida de cada individuo, J. Finnis termina acercándose a la perspectiva de Hume que niega al comienzo de sus planteamientos. Si la amistad es un bien objetivo y una persona tiene razón para seguir la amistad sólo si tiene gusto por ella, poca diferencia hay entre esto y decir que uno tiene razón para buscar algo solamente por el mero deseo de ello mismo, cf. N. E. SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights* (London: Sweet&Maxwell, 1986) 63-74. En opinión de R. P. George, el análisis ‘instrumental’ de bien común que realiza J. Finnis no le acerca al liberalismo, sino que le hace no paternalista, cf. R. P. GEORGE, *The Concept of Public Morality: The American Journal of Jurisprudence* 45 (2000) 17-31; 28-31.

que mi propia búsqueda es el camino por el cual yo puedo asegurar la realización de los bienes objetivos.

2.2.3. Moralidad de la acción racional

En J. Finnis, el primer principio de la moralidad es ser completamente racional en las acciones; en la acción voluntaria hacia los bienes humanos, y la evitación de lo que es opuesto a ellos, uno debe escoger aquellas posibilidades compatibles con la realización integral humana ²⁵². Es formulado del siguiente modo:

“In voluntarily acting for human goods and avoiding what is opposed to them, one ought to choose and otherwise will those and only those possibilities whose willing is compatible with integral human fulfillment” ²⁵³.

De este principio no se pueden derivar normas morales específicas de forma inmediata. La derivación sólo será posible mediante los principios intermedios como la ‘regla de oro’, el principio de universalidad, etc. ²⁵⁴

En particular, J. Finnis afirma que el bien objetivo de la amistad lleva a la esfera de la moralidad. Amistad implica algo más que una mutua diversión, implica cuidado por el bienestar de las otras personas. El completo egoísmo, que considera a todos las demás como medios de su propia satisfacción, conduce a la pobreza de una vida sin amistad. La amistad y la comunidad son formas del bien objetivo de la sociabilidad; la comunidad política es análoga a la amistad. De este modo, la realización de los bienes objetivos nos conduce, más allá de la exclusiva preocupación de nosotros mismos, hacia la preocupación por la comunidad; a la preocupación por el bien común. Un bien común al que también llega J. Finnis por la fuerza del razonamiento práctico que excluye las diferencias arbitrarias entre personas, e implica aceptar que los bienes básicos pueden ser disfrutados por cualquier ser humano ²⁵⁵.

En la moralidad de la acción racional, un aspecto de especial alcance discutido por J. Finnis es la inferencia de normas desde los hechos en la acción. Para J. Finnis, el *deber ser* (*ought*) moral no es derivado del ser. Si el conocimiento teórico es conocimiento sobre lo que ‘es’, el conocimiento práctico es conocimiento sobre lo que ‘is to be’. El deber moral ‘ought’ brota del ordenamiento del conocimiento práctico a los bienes básicos en busca de la realización. La fuente del ‘is to be’ es, solo en parte, un factor externo refe-

²⁵² J. FINNIS, *Natural Law and Legal Reasoning*, 3.

²⁵³ FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 283. La realización es entendida en sentido comunitario y no individualista. G. Grisez, *The Structures of Practical Reason, some Comments and Clarifications*, 286.

²⁵⁴ FINNIS-BOYLE-GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, 284; 287; 288; 291-94; J. Finnis, *Natural Law and Unnatural Acts*, 373; ID, *Natural Law and Legal Reasoning*, 3-4; 11.

²⁵⁵ Cf. J. FINNIS, *Natural Law and the Ethics of Discourse*, 60.

rído a una realidad que lo trasciende. Una realidad trascendente a la razón práctica y que es significada por el término ‘bien’: ‘Good is to be done and pursued’²⁵⁶. Sin embargo, la realización no es un orden de realidad previamente dada a la razón, ni una estructura interna del razonamiento práctico²⁵⁷.

J. Finnis afirma que la tradición de Derecho natural tomista ha respetado la imposibilidad de la inferencia del ‘deber ser’ desde el ‘es’. Respondiendo a J. Stone, mantiene que los iusnaturalistas no han necesitado intentar tal derivación²⁵⁸. Citando a Santo Tomás de Aquino, J. Finnis asegura que este autor –respecto a los primeros principios de Derecho natural– los considera indemostrables. Estos no son inferidos de principios especulativos; ni inferidos de los hechos; tampoco son inferidos de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana; o sobre la naturaleza del bien y del mal; o las funciones del ser humano; o inferidos de una concepción teleológica de la naturaleza o cualquier otro tipo de concepción de ésta. Son principios no inferidos y no derivados de nada²⁵⁹. Las formas básicas del bien desveladas por la *razonabilidad práctica* son lo que es bueno para el ser humano con respecto a la naturaleza que tiene. La experiencia de las propias inclinaciones es la que da comienzo a esta *razonabilidad práctica* y no un entendimiento basado en la psicología, la antropología o la metafísica. Por un *simple acto de no-inferencia* uno descubre el objeto de la inclinación que experimenta como una forma general de bien para sí mismo y para los demás. Por consiguiente, en opinión de J. Finnis, no se puede acusar a Santo Tomás de inferir el ‘es’ del ‘deber ser’.

Sin embargo, que la moral no se pueda deducir del ‘ser’ no significa, en J. Finnis, que la moral no tenga raíces en la naturaleza humana. Quien realiza acciones guiadas racionalmente conoce por naturaleza los primeros principios del razonamiento práctico, y desea, por naturaleza, los bienes a los que dirige este conocimiento práctico²⁶⁰. La cuestión clave para descubrir lo que es moralmente correcto o incorrecto es preguntarse por la concordancia con la naturaleza humana. Esta pregunta lleva a los primeros principios no-derivados de la *razonabilidad práctica* que hacen referencia al bien humano. Pero J. Finnis afirma que las categorías primarias para Santo Tomás son el bien y la ‘razonabilidad’; lo ‘natural’ es, desde el punto de vista de la ética de Santo Tomás, un apéndice especulativo añadido por la reflexión metafísica²⁶¹. En Santo Tomás, el criterio de conformidad o disconformidad con la naturaleza humana es la ‘razonabilidad’. De modo que lo que es contrario a la razón es contrario a la naturaleza del ser humano, y lo que es razonable está en acuer-

²⁵⁶ G. GRISEZ, *The Structures of Practical Reason, some Comments and Clarifications: Thomist*, vol.52 no.2 (1988) 287.

²⁵⁷ *Ibid.*, 274; 277.

²⁵⁸ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 33.

²⁵⁹ *Ibid.*, 34.

²⁶⁰ G. GRISEZ-J. BOYLE-J. FINNIS, *Practical Principles...*, 99-151; cf. J. FINNIS, *Natural Law and the Ethics of Discourse: The American Journal of Jurisprudence* 43 (1998) 68.

²⁶¹ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 36.

do con la naturaleza humana. El bien del ser humano es estar en acuerdo con la razón, y el mal humano es estar fuera del orden de la 'razonabilidad'. Un criterio que sirve, por otra parte, para diferenciar el vicio de la virtud.

J. Finnis encuentra un paralelismo en la distinción aristotélica de Santo Tomás entre razón especulativa y práctica, y el contraste entre hechos y normas; 'es' y 'deber ser'²⁶² en D. Hume y Clarke. D. Hume había sentenciado:

"In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. ... this small attention would... let us see, that the distinction of vice and virtue is no founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason"²⁶³.

En opinión de J. Finnis se pueden distinguir dos interpretaciones del pasaje anterior de D. Hume. La primera, extendida desde el final del siglo XIX, es

²⁶² La separación entre el 'ser' y el 'deber ser', en Finnis, ha recibido las críticas de H. Veatch. En su opinión, la estrategia seguida por Finnis de mantener la separación entre ambos es equivocada. H. Veatch cree que el 'deber' no procede por derivación del 'ser' en la tradición del Derecho natural, sino que el mismo 'es' tiene ya en su propia naturaleza el 'deber'. Él cree que es Hume quien comete un error al no entender de forma más rica y amplia el significado del 'es'. El modelo restrictivo 'geométrico' de las ciencias naturales construye una imagen de la naturaleza humana incapaz de entender correctamente la relación deudora. Por otro lado, él cree que el énfasis puesto por Grisez y Finnis en la escisión entre el entendimiento práctico y el entendimiento teórico impide la reconciliación entre la ética y la metafísica, la naturaleza y la moral. Finnis responde a las críticas de H. Veatch afirmando que, contrariamente a lo que éste último cree, él considera que la moral y la ética tienen alguna base en la naturaleza o en los hechos; que los principios éticos tienen algún asiento en los hechos y en la naturaleza; que existe una relación entre la metafísica y la ética; que los principios de la moral y de la ética son, en algún sentido, principios de la naturaleza; que los fines verdaderos son fines dirigidos a la perfección del ser humano. En definitiva, parecería que si J. Finnis abandona la 'naturaleza humana' como elemento de fundamentación ética, con ello, queda sin respuesta clara la razón de ser de los 'bienes' y los 'fines' humanos. Cf. H. VEATCH, *Natural Law and the 'Is'-'Ought' Question: Queries to Finnis and Grisez: Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy* (The Catholic University of America Press, 1981) 293-311; cf. J. FINNIS, *Natural Law and the 'Is'-'Ought' Question: an Invitation to Professor Veatch*: *Catholic Lawyer*, 26 (1981) 266-276; cf. A. J. LISSKA, *Finnis and Veatch on Natural Law in Aristotle and Aquinas*: *The American Journal of Jurisprudence* 36 (1991) 55-71; 56; 58; 70, nota 33; cf. S. W. BALL, *Facts, Values and Interpretation in Law: Jurisprudence from Perspectives in Ethics and Philosophy of Science*: *The American Journal of Jurisprudence* 38 (1993) 15-61.

²⁶³ D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, 469-470 [Por las repercusiones del texto lo recogemos en su lengua]; cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 36-37.

la imposibilidad de derivar conclusiones evaluativas o morales de premisas no morales o meramente descriptivas. La segunda interpretación explica el pasaje de D. Hume como un ataque al racionalismo del siglo XVIII representado en las figuras de Samuel Clarke ²⁶⁴, J. Butler ²⁶⁵, y R. Cudworth ²⁶⁶. Los racionalistas de esta corriente afirmaban —en la interpretación de D. Hume— que la virtud no es nada más que la conformidad con la razón; que hay una eterna justeza o no justeza de las cosas, la cual es la misma para cada ser racional que las considera; y que la inmutable medida de la verdad y el error impone una obligación, no solamente a las creaturas humanas, sino también a Dios mismo. El esfuerzo de la obra de Clarke fue, precisamente, deducir las obligaciones originales de moralidad de la necesaria y eterna razón y proporción de las cosas. Es decir, que en perspectiva de los racionalistas, las acciones que son justas y razonables son por tanto obligatorias. El ataque de D. Hume se

²⁶⁴ S. CLARKE, *A Discourse concerning the Unchangeable Obligations of Natural Religion...* (1706, 8th ed. 1732); los antecedentes del pensamiento de Clarke los remonta J. Finnis a Hugo GROCCIO, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), SUÁREZ, *De Legibus* (1612), y Gabriel VÁZQUEZ, *Comentario sobre Santo Tomás* (1605). ‘Lo que nosotros estamos diciendo [en referencia al Derecho natural] tendría un grado de validez incluso si concediéramos lo que no puede ser concedido sin la mayor iniquidad, que no hay Dios, o que los asuntos de los hombres no le afectan a él’; ‘Desde [...] que el hombre tiene [...] juicios, los cuales le capacitan para discernir que las cosas son beneficiosas o dañinas [...] Cualquier cosa que es claramente repugnante a tal juicio es de la misma forma contraria a la ley de la naturaleza, es decir, a la naturaleza humana’ GROCCIO, *De Jure Belli ac Pacis*, Prolegomena, para. 11; ‘La ley de la naturaleza es un dictado de la recta razón, indicando que un acto, según la conveniencia o no con la naturaleza racional, tiene en ésta una cualidad de infamia moral o de necesidad moral; y que, en consecuencia, tal acto es prohibido o disfrutado por el autor de la naturaleza: Dios. Los actos con respecto a los cuales una orden existe son en sí mismos *debiti o illiciti*, y de este modo son comprendidos como necesariamente queridos o prohibidos por Dios’, GROCCIO, *De Jure Belli ac Pacis*, I, c. i., sec. 10, paras. 1, 2. La influencia de Vázquez y Suárez en Clarke sigue la línea de pensamiento que les lleva a afirmar: en primer lugar, que en el discernimiento del contenido del Derecho natural, el decisivo acto de la razón consiste en discernir preceptos de la forma; ‘ ϕ ’ no se acomoda a la naturaleza humana, sea la naturaleza racional, y por tanto tiene la cualidad de moralmente error’; o ‘ ϕ ’ beneficia a la naturaleza racional humana y por tanto tiene la cualidad moral de rectitud; y si ‘ ϕ ’ es el único acto posible en un contexto determinado, tiene entonces la cualidad adicional de necesidad moral y ser debida, cf. Vázquez, en *Primam Secundae*, disp. 90, c. 3; disp. 97, c. 3; SUÁREZ, *De Legibus*, Libro II, c. 7, paras. 4-7; c. 5, paras. 4-5; c. 6, para. 17. Sin embargo, para Santo Tomás lo decisivo, en el discernimiento del contenido del Derecho natural, es el entendimiento que uno tiene de las formas básicas del bienestar humano como deseables y potencialmente realizables. Principios básicos que no son todavía morales pero que al orientar la acción, y persuadirla, lo hacen del acto mismo del entendimiento práctico. Santo Tomás, a diferencia de Suárez y Vázquez, no cree que la obligación sea, esencialmente, el efecto de un acto de la voluntad de un superior ordenada a mover la voluntad de un inferior, sino que la obligación es la necesidad racional de algunos medios para un fin u objetivo determinado, sea éste la vida, la amistad, etc. Mientras Santo Tomás utiliza los términos fin y bien, en Suárez y Vázquez, prácticamente, es reemplazado por los términos certeza y error, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 38-48.

²⁶⁵ J. BUTLER, *Fifteen Sermons* (1726) [citado en J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 38; 53].

²⁶⁶ R. CUDWORTH, *A Treatise concerning Eternal and Immutable Morality* [citado en J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 38; 53].

centrará, entonces, en afirmar que las percepciones racionales de las cualidades morales de la acción no generan, por ellas mismas, una guía o motivación para actuar.

En D. Hume, una cosa es conocer la virtud, y otra conformar la voluntad a ella. En orden, por tanto, a demostrar que las medidas de certeza y error son leyes eternas, obligatorias para cada mente racional, no es suficiente mostrar las relaciones sobre las cuales están fundadas. Se debe también señalar la conexión entre la relación y la voluntad; y se debe probar que esta conexión es necesaria; que en cada mente bien dispuesta, ésta tiene lugar y tiene su influencia. Pero en la naturaleza humana ninguna relación puede nunca, ella sola, producir una acción. Nosotros no podemos probar *a priori* que estas relaciones (de verdad y error), si realmente existieran y fueran percibidas, podrían ser universalmente forzosas y *obligatorias* ²⁶⁷.

D. Hume está en lo cierto –en opinión de J. Finnis– en su afirmación de que Clarke no llegó a demostrar que el proceder contrario a la justicia no deje de ser ventajoso para uno mismo y sus amigos. El argumento de éste no demuestra cómo se hace la transición del *es* a lo que *debe ser*; y además, olvida que la conducta humana se mueve por deseos, intereses o bienestar ²⁶⁸. Para J. Finnis, la propuesta de Clarke, que participa del enfoque común en el siglo diecisiete entre los teólogos para quienes lo que es cierto y erróneo depende de la naturaleza de las cosas y no de un decreto de Dios, no consiguió ofrecer una justificación de cómo la verdad moral da razón para la acción. No le fue posible porque ignoró la lógica del razonamiento práctico, donde la categoría fundamental es el bien. Un bien que no es necesariamente moral, sino que es buscado y realizado como tal. Clarke buscó la justificación en la lógica del razonamiento especulativo o teórico, en el cual el principio fundamental es la exclusión de la contradicción. Una carencia, en Clarke, de la que también participa D. Hume, quien no consiguió formular una concepción de la razón práctica y de los principios prácticos. En opinión de J. Finnis, a lo más que llega D. Hume es a ofrecer un conjunto inconsistente de respuestas al problema de la relación entre el ‘es’ y el ‘deber ser’. Con todo, J. Finnis reconoce que la crítica humeana dio por finalizado un proceso justificador que dominó la teoría del Derecho natural por más de ciento cincuenta años ²⁶⁹.

Para J. Finnis es posible elaborar una teoría de la *razonabilidad práctica*, de las formas del bien humano, y de los principios prácticos, tal como la teoría de Santo Tomás apuntó pero dejó pendiente. En esto, J. Finnis defiende a Santo Tomás de la crítica de D. Hume contra la tradición del Derecho natural ²⁷⁰. En opinión de J. Finnis, se puede afirmar las siguientes proposiciones:

²⁶⁷ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 38.

²⁶⁸ *Ibid.*, 37.

²⁶⁹ *Ibid.*, 42.

²⁷⁰ *Ibid.*, 47; Sin embargo, a juicio de J. Goldsworthy, la propuesta de J. Finnis, aunque acertada en afirmar el carácter práctico de la moralidad frente a algún sector neoescolástico, no

A) Aristóteles y Santo Tomás podrían admitir que *el deber* no puede ser deducido del *es*. B) Ambos podrían coincidir con D. Hume en que el discernimiento especulativo de ‘relaciones eternas’, incluso relaciones de ‘justeza a la naturaleza humana’, deja abierta la cuestión sobre los motivos que una persona tiene para ordenar sus acciones de un modo concreto. C) Santo Tomás rechazaría la confusión, compartida por D. Hume y Suárez, de la obligación como el impulso o la influencia; y el fracaso de D. Hume de no ver que la razón es un ‘principio activo’ movido en función del propio entendimiento que tiene de la bondad y la ‘deseabilidad’ de las posibilidades humanas; incluyendo la posibilidad de promover la inteligencia y la ‘razonabilidad’ dentro de las propias elecciones y acciones. D) Santo Tomás rechazaría la asunción de Clarke, Grocio, Suárez y Vázquez de que los principios primarios y evidentes del Derecho natural son principios morales en el sentido moderno de la moral, o que son asidos como principios referidos a las relaciones evidentes de conformidad o disconformidad con la naturaleza humana. E) Santo Tomás, junto a Clarke y Hume rechazarían la opinión de que la voluntad o el imperativo de un superior explica el origen de la obligación. Con D. Hume rechazaría la opinión de Clarke sobre la obligación como un asunto esencialmente de evitación de incoherencias intelectuales; y rechazaría la opinión de D. Hume de que es un asunto intrínsecamente relacionado con el sentimiento; e igualmente, la neo-humana opinión de que las obligaciones son meramente prescripciones que expresan un tipo de mandato o decisión ²⁷¹.

2.2.4. La obligación de la acción racional

La acción racional teleológica en J. Finnis es una obligación. J. Finnis trata la obligación ²⁷² como promesa; como una forma de necesidad racional dentro de su perspectiva de *razonabilidad práctica*. El hacer una promesa es la realización de un signo, un signo que significa la creación de una obligación, y la

consigue defender con éxito el carácter objetivo de la misma, y superar el no-cognitivismo. Confunde y no hace la distinción entre ‘good (simpliciter)’ y ‘good for’. A juicio de J. Goldsworthy la moral no puede ser ni objetiva ni prescriptiva porque los principios morales no tienen existencia sino en nuestra mente, y por otro lado, la fuerza para orientar la acción no es otra cosa que el deseo. cf. J. GOLDSWORTHY, *Fact and Value in the New Natural Law Theory*: The American Journal of Jurisprudence 41 (1996) 21-46; 38-39. Su crítica ha merecido la respuesta de R. P. George, para quien el argumento de J. Goldsworthy no ofrece ‘razones’ convincentes, y, desde la acción práctica, la propuesta de J. Finnis aparece como la mejor explicación para la praxis moral. cf. R. P. GEORGE, *A Defense of the New Natural Law Theory*: The American Journal of Jurisprudence 41 (1996) 47-61.

²⁷¹ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 47-48.

²⁷² Cf. K. E. HIMMA, *Positivism, Naturalism, and the Obligation to Obey Law*: Southern Journal of Philosophy, vol.36 no.2 (1998) 145-16; cf. E. A. HARRIS, *From Social-Contract to Hypothetical Agreement - Consent and the Obligation to Obey the Law*: Columbia Law Review, vol.92 no.3 (1992) 651-683; cf. W. S. BOARDMAN, *Coordination and the Moral Obligation to Obey the Law*: Ethics, vol.97, no.3 (1987) 546-557.

cual está conscientemente hecha con la intención de ser tomada como creación de tal obligación. Junto al deber de su realización también se crea un derecho a que la promesa sea realizada²⁷³. Para J. Finnis, la definición de la obligación como promesa es más amplia y más estrecha que la noción moderna típica de contratos vinculantes²⁷⁴.

El punto de especial relieve en la promesa –para J. Finnis– es que su obligación es creada por una referencia intencional, explícita o implícita al bien común. Según él, es incompleto el análisis que afirma que una obligación existe allí donde existe una práctica social, contestada con cierta presión y crítica en su cumplimiento o su incumplimiento²⁷⁵. Para J. Finnis también es insuficiente el recurrir al interés como el móvil para la realización de una promesa. Esto es, que el cumplimiento de mi promesa busca mantener la confianza en mí, puesto que de otro modo no podría conseguir lo que quiero²⁷⁶.

La razón última de la obligación, por el contrario, se encuentra en su orientación al bien común. Si uno es una persona que favorece y contribuye al bien común debe cumplir con la promesa. En cambio, si se procede de otro modo lo que se hace es, injustamente, tomar los beneficios de las instituciones sociales pero rechazar sus cargas. En opinión de J. Finnis, la práctica de la promesa gana su autoridad por su contribución precisamente al bien común; en el hecho de que la obligación que envuelve permanece buena incluso donde ocurra su ruptura. Por ello, donde alguien no cumple con su promesa con la esperanza de que no será descubierto, dicho incumplimiento está contribuyendo a eliminar el bien común desde su particular acción²⁷⁷.

En la orientación de la obligación al bien común –para J. Finnis– el miembro de la comunidad no tiene ninguna responsabilidad general de procurar el bienestar de otras personas más allá de lo que uno busca para sí mismo. El bien de los otros no es la primera responsabilidad de uno. Sin embargo, el bien de los otros es realmente bien como bien de uno mismo. Dar prioridad al bien de uno no es una violación del requerimiento de imparcialidad.

“Ciertamente, es una verdad de amplia aplicación que un individuo actúa más apropiadamente por el bien común, no intentando estimar las necesidades del bien común en ‘su extensión’, sino realizando sus compromisos contractuales [...] El cumplimiento de las obligaciones particulares de uno en justicia, incluso dentro de la esfera restringida de los contratos privados, las responsabilidades familiares, etc., es necesario si uno quiere respetar y favorecer

²⁷³ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 307.

²⁷⁴ Por uno lado, no se incluye ningún requerimiento de consideración, o de comunicación de aceptación de B a A; y por otro lado, la promesa no estará constituida en circunstancias donde lo está un contrato legal, cf. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 299.

²⁷⁵ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 301; cf. L. Batnitzky, *A seamless web? John Finnis and Joseph Raz on practical reason and the obligation to obey the law*, 153-75; 171; 173.

²⁷⁶ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 301-302.

²⁷⁷ *Ibid.*, 304.

el bien común, *no* porque ‘de otra forma todo el mundo sufre’, o porque el no-cumplimiento podría disminuir ‘el bienestar neto’ en algún cómputo utilitarista imposible, o incluso porque podría ‘sentar un mal ejemplo’ y, por tanto, debilitar una práctica útil, sino simplemente porque el bien común *es* el bien de los individuos, viviendo juntos y dependiendo unos sobre otros en formas que favorecen el bienestar de cada uno”²⁷⁸.

La promesa da a cada parte un derecho de demanda de cumplimiento y por ello una ruptura de la promesa es una injusticia conmutativa²⁷⁹. De modo que, en primer lugar, el bien común puede realizarse con razonable imparcialidad sólo si el individuo actúa según su promesa, nadie puede actuar por el bien común a menos que realice su promesa; y en segundo lugar, nadie puede ser racionalmente imparcial a menos que asuma las cargas de la acción práctica así como los beneficios en la realización de la promesa.

De este modo –en J. Finnis– lo legalmente obligatorio en su relación al bien común adquiere un sentido moral y legal. Él cree que su planteamiento satisface las demandas tanto de la ciencia legal, que insiste razonablemente en que la obligación legal sea comprendida como invariable, y que la obligación legal sea distinguida de todas las obligaciones morales que pueden subsistir al margen del Derecho o en ausencia del mismo²⁸⁰. Ciertamente, la obligación de las promesas es muy variable y con frecuencia bastante débil, sin embargo, el sistema legal restringe dicha variabilidad estableciendo instituciones como los tribunales, el poder legislativo, y el arbitraje de conflictos, que permiten que cada desvío de las obligaciones, impuestas por normas existentes, deberá ser autorizado por dichas instituciones. Además, estas instituciones se colocan a sí mismas bajo el gobierno de las normas que hacen obligatorio que sólo en ciertas circunstancias, y según el procedimiento establecido y dentro de ciertos límites, pueda ser admitida y aceptada una variación de la obligación en la promesa. De este modo, el sistema legal da efecto a la fuerza de ‘invarianza’ de la obligación²⁸¹.

Respecto a la moralidad de la obligación, en J. Finnis, depende de la voluntad de quien realiza la promesa de vincularse a ella en orden al bien común. Con ello, la obligación moral requiere un acto voluntario que capacita a los individuos a ejercer un control sobre sus propias relaciones en la comunidad²⁸². En el caso particular de la relación entre la voluntad del legislador y la obligación²⁸³, J. Finnis se plantea la cuestión desde la perspectiva de la ‘razo-

²⁷⁸ Ibid., 305. [La cursiva es del autor]

²⁷⁹ Ibid., 304.

²⁸⁰ Ibid., 319.

²⁸¹ Ibid., 312.

²⁸² Ibid., 308.

²⁸³ J. Finnis se detiene en analizar la relación entre la razón y la voluntad en la decisión del legislador y el cumplimiento con la ley. J. Finnis afirma que Suárez creó un análisis de la acción individual (compartido con Vázquez) en oposición al análisis de Tomás de Aquino. La

nabilidad práctica' y el bien común. La correcta respuesta a esta pregunta la encuentra en relación con un entendimiento del Derecho como una forma específica de realización de un elemento fundamental del bien común: un orden de interrelaciones humanas justo, previsible, flexible y estable.

En referencia a la generación de la obligación legal, J. Finnis recurre al término *imperium*, común a Suárez y Vázquez. Ellos utilizan el concepto de *imperium*, concebido primariamente como una expresión de la decisión del legislador de imponer una obligación. Lo más importante es el acto de voluntad o decisión expresado y dirigido a los sujetos. J. Finnis advierte que en Suárez, una y otra vez, se recuerda que, a menos que el legislador decida hacer obligatoria una conducta, ésta no lo será. Sin embargo, el error —en opinión de J. Finnis— cometido por Suárez es inferir de ello que lo que hace la conducta *actualmente* obligatoria es, precisamente y simplemente, la decisión del legislador de que esto deberá ser así ²⁸⁴. Siguiendo a Santo Tomás, lo más importante en el *imperium* del legislador no es que represente un acto de decisión de imponer una obligación, sino que lo más importante es que representa para la persona un inteligible y determinado criterio de actuación, el cual, habiendo sido elegido por el legislador como obligatorio, puede realmente ser obligatorio en los ojos de un sujeto razonable puesto que el *imperium* del gobernante,

consideración inteligente de las formas de conseguir el fin, y la valoración de su eficacia, disponibilidad, ventajas y desventajas no resultará una acción a menos que uno, no solamente sea atraído por las ventajas, sino que desea llevar el proceso, potencialmente interminable de comparación de posibilidades y ventajas, a un término por la elección de un medio específico 'decidiéndose a actuar'. Si en esto hay coincidencia entre Suárez y Santo Tomás, para Suárez el que la decisión lleve a uno a realizar la acción significa que la decisión responde a la voluntad, y al final es la voluntad la que mueve el hombre a la acción; en el ámbito político, la voluntad de un superior, en el ámbito personal, la voluntad de uno mismo. Santo Tomás, sin embargo, establece una distinción en este punto, diferenciando entre la decisión por la cual uno establece lo que ha de hacer y la actividad física o psicosomática por la cual uno 'actualmente ejecuta' su propia decisión. Santo Tomás llama *imperium* al mandato o imperativo, que atribuye a la propia razón de uno, y que le mueve a actuar. Si para Suárez el *imperium* de Santo Tomás es innecesario, imposible y una ficción, para este último es un 'acto de inteligencia' por el cual uno se pone delante de la acción en orden a guiar, formar y dirigir la actividad psicosomática, la cual llevará nuestra intención a su efecto. Para Santo Tomás, la actividad humana no es el efecto de una presión, venga externa o internamente, sino la respuesta personal a la atracción de algo que se considera que puede ser bueno. Es decir, para Santo Tomás el componente final en cualquier acción de deliberación es una activa respuesta al bien del fin y la oportunidad de los medios sobre lo que debe ser hecho en la acción. El *imperium*, de este modo, debe ser atribuido a la razón de uno, antes que a su voluntad. El *imperium*, ciertamente, presupone 'ejercicio de la voluntad', es decir, el deseo de un particular fin, la preferencia de unos medios determinados y el ejercicio de llevar la deliberación a su fin como decisión. Sin estos ejercicios de voluntad no habría posibilidad de ejercer la acción, pero habiendo admitido el carácter indispensable de estos 'actos de voluntad', por ser actos de *imperium* son 'actos' de inteligencia a través de los que se muestra la atracción del fin o los valores que están en juego, y la oportunidad de los medios elegidos, J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 338-339.

²⁸⁴ *Ibid.*, 338.

por razón de su orientación el bien común, puede ser razonablemente tratado por el sujeto como si fuera su propio *imperium* ²⁸⁵.

La obligación legal también tiene un carácter contractual en J. Finnis. La obligación contractual, como cualquier otra obligación en general, puede ser explicada como la necesidad de un tipo de medios apropiados para alcanzar una forma de bien dentro del bien común, que de otro modo sólo sería, en todo caso, alcanzable imperfectamente. Desde la propuesta de *razonabilidad práctica*, J. Finnis pretende explicar la acción específica que guía la fuerza de una obligación contractual legal ²⁸⁶. Alejándose de Holmes, J. Finnis cree que la importancia de la práctica de la obligación contractual deriva, no solamente de su capacidad para modular el razonamiento práctico del ‘hombre malo’, sino también, de su capacidad para dar a todos aquellos ciudadanos, que desean promover el bien común, criterios y direcciones precisas sobre lo que ellos deben hacer si quieren seguir recíprocamente el camino común ²⁸⁷.

2.2.5. Autoridad de la acción racional moral teleológica

Con respecto al origen de la autoridad de la acción ²⁸⁸, J. Finnis afirma que, en un primer acercamiento, parece evidente que la autoridad se requiere en un grupo en orden al bien común ²⁸⁹. La autoridad en la comunidad descansa en el dinamismo de rectitud y estabilidad de la comunidad en la resolución de los problemas; en la generalidad y no arbitrariedad de las resoluciones; en la imposición de límites a los contrarios al bien común. La imparcialidad del sistema es una manifestación del bien común que lleva a colaborar y cumplir con las leyes, las cuales, de esta forma, quedan investidas de autoridad ²⁹⁰.

J. Finnis afirma la justificación moral de la autoridad en su artículo *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory* ²⁹¹. Tomando distancias de quienes, desde el positivismo, afirman que no existe ninguna razón moral para obedecer a la ley por ser ley (Raz) ²⁹², señala sus incoherencias

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Ibid., 320.

²⁸⁷ Ibid., 325.

²⁸⁸ Cf. J. B. WHITE, *Plato Crito - The Authority of Law and Philosophy*: University of Cincinnati Law Review, vol.63 no.1 (1994) 11-50; cf. J. RAZ, *Authority, Law and Morality*: *Monist*, vol.68 no.3 (1985) 295-324.

²⁸⁹ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Right*, 231.

²⁹⁰ J. FINNIS, *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*: *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy* 1 (1984) 136-137.

²⁹¹ Ibid., 115-37; 116.

²⁹² J. Raz mantiene que la autoridad del Derecho aparece por un compromiso voluntario sin más. No hay ninguna otra razón para sentirse obligado a la autoridad de una comunidad. El sentimiento de pertenencia a la misma es totalmente subjetivo, relativo y cambiante. Para Raz, el argumento de *coordinación* de Finnis no justifica por qué dicha coordinación requiere una

al negar la moralidad de la autoridad del Derecho cuando admiten que todo el mundo tiene razones morales para cooperar en la consecución de ciertos objetivos sociales. Lo que es instrumental en la consecución de una meta moralmente obligatoria —según J. Finnis— debe ser, ello mismo, moralmente obligatorio ²⁹³. No se puede pretender privar a la autoridad del Derecho de su carácter moral, al tiempo que se afirma que una de las principales funciones del Derecho es procurar una coordinación moralmente deseable en la sociedad ²⁹⁴.

En J. Finnis, la autoridad significa que una persona trata algo de tal forma que le da razón suficiente y exclusiva para creer o actuar en acuerdo con ello; razón para juzgar o actuar en ausencia de otras razones, o para descartar algunas, las cuales podrían, en ausencia de dicha razón exclusiva, justificar la actuación en otro sentido ²⁹⁵. El consentimiento, la transmisión, el contrato, la costumbre, no son la justificación de la autoridad. La justificación es la exclusión de otras opiniones y manifestaciones de voluntad en orden a la *coordinación de problemas* de la comunidad ²⁹⁶. J. Finnis se distancia, además, de las teorías legalistas que buscan justificar la autoridad de los gobernantes por la referencia a una precedente autoridad como puede ser un ‘contrato de sometimiento’, o un acto de ‘consentimiento’. Para los ‘contractualistas’, la ‘razonabilidad’ natural requiere que haya una autoridad de gobierno. En ello no se identifica ninguna persona particular o clase como el portador de la autoridad del gobierno; lo que dicha ‘razonabilidad’ requiere es que el investido de autoridad gubernamental sea la comunidad en sí misma. Sin embargo, para J. Finnis, afirmar que la comunidad tiene autoridad sobre sí misma es como afirmar que no hay autoridad en la comunidad o que los problemas de coordinación son resueltos por una difícil unanimidad.

Para J. Finnis, sólo hay dos caminos para hacer una elección con respecto a formas alternativas de acción coordinada en orden al bien común: la elección por unanimidad o por autoridad ²⁹⁷. Sin embargo, a él le resulta evidente

obediencia general a la autoridad del Derecho, cf. J. RAZ, *The Obligation to Obey: Revision and Tradition*: Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy 1 (1984) 152-155; cf. S. AIYAR, *The problem of law's authority: John Finnis and Joseph Raz on legal obligation*: Law and Philosophy v 19 no4 (2000) 465-89; L. BATNITZKY, *A seamless web? John Finnis and Joseph Raz on practical reason and the obligation to obey the law*, 153-75; 154; 160.

²⁹³ La crítica al positivismo de J. Finnis encuentra incoherente que mientras se afirma que no existe conexión necesaria entre el Derecho y la moralidad, los jueces reiteradamente apelan a ‘razones externas’ de moralidad para solventar casos, en muchos de los cuales no hay un precedente establecido. Para J. Finnis, la tradición del Dn, aunque ha defendido la no conexión necesaria entre Derecho y moralidad, ya que admite la existencia de leyes injustas, ello no significa que no existan buenas y malas razones de actuación (pp. 1606-1607). Cf. J. FINNIS, *On the Incoherence of Legal Positivism*: The Notre Dame Law Review 75 no5 (2000) 1597-611; ID, *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, 117.

²⁹⁴ Cf. J. FINNIS, *Law as Co-ordination*: Ration Juris 2 (1989) 97-104.

²⁹⁵ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 233-234.

²⁹⁶ *Ibid.*, 249.

²⁹⁷ *Ibid.*, 232; *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, 133.

los límites de la unanimidad como método deseable de solución de problemas de coordinación, especialmente en aquellas comunidades con un bien común complejo y con miembros inteligentes y activos. La unanimidad parece, de esta forma, inalcanzable para las posibilidades de una comunidad política dinámica. J. Finnis recuerda que la vida de la comunidad política es abierta en sus fines y estos nunca son conseguidos totalmente, y muy pocos de sus problemas de coordinación son resueltos de una vez por todas ²⁹⁸.

Con respecto a la formación de la autoridad consuetudinaria, J. Finnis cree que es posible mostrar cómo la autoridad de la ley puede surgir sin necesidad de una autoridad precedente, incluso sin el beneficio de un camino autorizado de generar normas. Para explicar la formación de la costumbre en la comunidad internacional, como el ámbito donde se formarían las costumbres internacionales ²⁹⁹, J. Finnis recurre a la distinción entre juicios prácticos y juicios empíricos respecto a la existencia y extensión de prácticas ³⁰⁰. Conjugando ambos, la práctica internacional llega a ser norma legal imponiéndose sobre los sujetos que deben reconocerla.

Para J. Finnis el principal problema en la explicación de la formación de la costumbre por la *razonabilidad práctica* es la necesidad de una premisa práctica; una premisa que es meta-legal. Esta premisa significa que el surgimiento y reconocimiento de las costumbres como normas (mediante el tratamiento de cierto grado de coincidencia en la práctica, y una correspondiente *opinio juris* suficiente como para crear tal norma y para capacitar a esta norma de su reconocimiento, incluso por Estados no partícipes en la práctica o en la *opinio juris*) es un método deseable o apropiado de solventar problemas de interacción o coordinación en la comunidad internacional ³⁰¹. Por ello, J. Finnis concluye que hay argumentos directos de carácter 'moral' para reconocer las costumbres como autoridad; ésta depende del hecho de que la formación de la costumbre ha sido adoptada en la comunidad internacional como un método apropiado de creación de normas ³⁰². Es decir, que la autoridad de la costumbre no deriva de otra costumbre, sino de la oportunidad de avanzar con relación al bien común mediante un extendido, aunque no necesariamente universal, reconocimiento de la costumbre como autoridad ³⁰³; un instrumento que permite a los Estados resolver sus problemas de coordinación y avanzar hacia el bien común. Con todo, J. Finnis reconoce que para que la costumbre cumpla su papel deben ser resueltas otras series de interrogantes como: ¿Qué tipo de acciones, y de qué tipo de personas, y en qué contexto cuentan como práctica? ¿Qué grado de práctica cuenta como 'extendida' en un determinado

²⁹⁸ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 233.

²⁹⁹ *Ibid.*, 238.

³⁰⁰ *Ibid.*, 240.

³⁰¹ *Ibid.*, 242-243.

³⁰² *Ibid.*, 244.

³⁰³ *Ibid.*

ámbito y tiempo? y ¿qué expresiones o silencios cuentan como *opinio juris*?³⁰⁴

La autoridad en una comunidad –para J. Finnis– debe ser ejercida por aquellos que, de hecho, efectivamente se encargan de los problemas de coordinación de la misma. Él deja a la ciencia política el examen de las condiciones empíricas bajo las cuales las personas particulares y los grupos pueden hacer compromisos para la acción con eficacia práctica. Sin embargo, la autoridad ha de aspirar a ser un bien en su realización y ejercicio, y garantizar el avance hacia el bien común; algo más que la mera eficacia apoyada en la obediencia pasiva de la población³⁰⁵.

J. Finnis reconoce que su noción de autoridad no exige que la misma descanse en un permanente o cuasi permanente grupo gobernante. El axioma de que la autoridad es requerida como un sustituto de la unanimidad en ninguna forma supone que la autoridad no pueda descansar en una asamblea de todos los miembros adultos de una comunidad, o incluso que, en la asamblea, determinados asuntos se disciernan por el voto unánime, con tal de que las determinaciones de dicha asamblea sean tratadas por sus miembros como con fuerza de autoridad, y que la misma continúe una vez que dichos miembros vuelvan a sus asuntos privados³⁰⁶.

En definitiva, al concluir este capítulo queremos dejar constancia de la virtualidad de la propuesta de J. Finnis respecto a la justificación de los derechos humanos. La fuerza de su punto arquimédico es la praxis de la *acción racional teleológica*. En la razonabilidad práctica se mueve el contenido de toda acción. Una razón que es moral, y que es anterior a toda antropología o teoría del conocimiento. La moralidad de la razón lo es como moralidad teleológica de los requerimientos de la razonabilidad práctica en orden a la realización de los bienes básicos premorales. Estos siete bienes básicos son indemostrables, pero constatados y verificables por la ciencia antropológica; son expresión del contenido de la realización del ser humano. El bien común de la realización humana es el apoyo último de la obligación y de la autoridad de los derechos humanos. Y como no se obtiene el ‘deber’ del ‘ser’ de los bienes básicos premorales, la propuesta de J. Finnis salva la acusación de caer en falacia naturalista, y se pretende aceptable para los planteamientos positivistas.

Ahora bien, el serio y apreciable intento de J. Finnis de fundamentar los DH, su *acción racional*, deja pendiente, en un análisis más atenido a los hechos, algunas cuestiones referidas al momento intelectualivo, a la moral, y al contenido de la praxis: (i) ¿Es la razón predominantemente identificadora de lo deseable y teleológica, o es, previamente, razón sentiente de realidad? ¿Es

³⁰⁴ Ibid., 245.

³⁰⁵ Ibid., 244-247.

³⁰⁶ Ibid., 253.

el dinamismo intelectual del logos [Cap. III. § 5.A(1)(b)] lo mismo que el dinamismo intelectual de la razón [Cap. III. § 5.A(1)(c)]. (ii) ¿La moralidad es creada por la razonabilidad práctica o es la razón práctica previamente dinamismo moral? ¿Son los bienes humanos morales por ser deseables o son deseables por ser morales? (iii) ¿Son la intelección y la praxis, sin el sentimiento de realidad, los únicos momentos de la acción?

Éstos son algunos de los interrogantes que, a nuestro juicio, quedan pendientes en la propuesta de J. Finnis. En la búsqueda de respuesta a los mismos es cuando presentamos al segundo interlocutor: X. Zubiri. El planteamiento zubiriano puede llevar a la radicalidad los interrogantes abiertos a la justificación de los DH de la *acción racional* de J. Finnis: sobre el dinamismo de la acción, sobre la teleología de la misma, sobre su moralidad, etc. Al estudio de los presupuestos zubirianos se destina el contenido del siguiente capítulo.