

CONSIDERACIONES SOBRE LA VISIÓN DE JOHN FINNIS ACERCA DE LA TESIS “LA LEY INJUSTA NO ES LEY”

Rodolfo L. VIGO

SUMARIO: I. *Coincidencias con tesis finnisianas.* II. *Observaciones críticas.* III. *Actualidad de la tesis.* iv. *conclusión.*

El presente trabajo se pretende sumar al homenaje a quien ha contribuido decididamente en las últimas décadas a revitalizar la teoría iusnaturalista clásica, constituyéndola —especialmente en el mundo anglosajón— en una voz académica ineludible para quien pretende informarse de las principales perspectivas actuales en el campo de la filosofía jurídica. Simplemente como prueba de esa visible presencia del profesor John Finnis en el panorama anglosajón de autores ineludibles abocados al campo de la teoría del derecho aludamos —entre muchos otros— a la reconocida obra de M. D. A. Freeman, “Lloyd’s Introduction to Jurisprudence”, 6a. ed., *Sweet and Maxwell*, London, 1994, y a J. M. Kelly, que en su “A Short History of Western Legal Theory”, *Clarendon Press*, Oxford, 2001, dedica el capítulo 10 al profesor que hoy con justicia homenajeamos. El interés por la obra del profesor de Oxford y la autoridad de la misma puede acreditarse incluso apelando al testimonio de aquellos que siguen caminos teóricos muy diferentes, como es el caso de MacCormick cuando comentando “Natural Law and Natural Rights” expresa:

Un libro que ha de vuelto a la vida, para los estudiosos británicos, la teoría clásica, tomista y aristotélica de la ley natural. Una teoría que más de una generación de pensadores ha desdeñado como una falacia anticuada o desacreditada, mantenida viva sólo como dogma teológico de una iglesia autoritaria, fue rescatada de un conjunto completo de malentendidos y tergiversaciones,¹

¹ MacCormick, N., “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en Robert P. George (ed), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 105.

También a la opinión de su antiguo director de los estudios de doctorado: H. L. A. Hart, quien escribió:

El mérito principal, y muy grande, de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar en el derecho en el contexto de otras disciplinas, y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran la judicación.²

Destaquemos que lo propio del mundo académico es la polémica con aquellas propuestas relevantes y que obligan a marcar coincidencias y diferencias. El peor destino de un trabajo académico es la ignorancia de aquellos a los que el autor se dirige buscando su atención y consideración. Desde esa lógica se ocupará a continuación de la opinión de Finnis, básicamente desarrollada en “Ley natural y derechos naturales” acerca de la tesis que “la ley injusta no es ley”, procurando destacar las coincidencias y diferencias al respecto, pero haciéndolo con la convicción que la opinión del profesor oxoniense siempre es una voz inteligente y significativa que no puede ser ignorada por nadie que se interese por el debate actual iusfilosófico, ni tampoco aceptada dogmáticamente, y esto implica ratificar la vieja tesis aristotélica de ser más amigo de la verdad que de los amigos.

En el presente trabajo se comenzará subrayando las coincidencias con tesis finnisianas relevantes y conectadas a la cuestión central a considerar, después se consignarán las críticas que se estiman procedentes al profesor de Oxford con relación a ese problema, en el tercer punto interesará destacar la importancia actual de la tesis central bajo análisis, y terminará con una pequeña conclusión general.

I. COINCIDENCIAS CON TESIS FINNISIANAS

1. *Derecho y razón*

Contra la arraigada vinculación típicamente iuspositivista de señalar la “voluntad” como la matriz del derecho, Finnis con insistencia reivindica para la formulación del derecho a la razón práctica, y no sólo sustancialmente entendida en los bienes humanos básicos, sino también en su dimensión metodológica o procedimental. Recuérdese que el profesor oxoniense hablando de la ley, prefiere hablar de “racional” a “natural” en tanto el

² Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, p. 11.

objeto de la ley natural es “el conjunto de principios de razonabilidad práctica dirigidos a ordenar la vida humana y la comunidad humana”,³ e invoca reiteradamente también al jurista inglés del siglo XVI Christopher St. German: “En toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de la ley de la razón”,⁴ llegando a concluir que “la ley que es defectuosa en su racionalidad es ley sólo en el sentido diluido”.⁵ Por supuesto que ello guarda sintonía con Aquino cuando de mil maneras insiste: *lex est aliquid rationis* (Suma Teológica I-II,90,1) en tanto “La ley es cierta regla y medida (*regula et mensura*) de los actos, según la cual alguien es inducido a obrar o disuadido de ello... Ahora bien, la regla y medida de los actos humanos es la razón” (Suma Teológica I-II,c.90.a.1), y “Como ya se ha dicho, la ley humana es cierto dictamen de la razón por la que dirigen los actos humanos. Y según esto, doble puede ser la causa por la que la ley humana cambie justamente: una, de parte de la razón; otra, de parte de los hombres, cuyos actos se regulan por la ley” (Suma Teológica, I-II,c.97,a.1). También son importantes las prevenciones finnisianas respecto a la concepción suareciana de la voluntad y la adhesión al papel —identificado por Aquino— que cumple el imperium propio de la razón en la conducción de la acción.

Frente a la tradicional preocupación desde el iusnaturalismo de los aspectos sustanciales, Finnis ha subrayado los aspectos técnicos o formales del derecho y la dimensión institucional de los sistemas jurídicos, subrayando que ellos también tienen conexión con la justicia y el bien común. En la visión finnisiana, un “caso central” del derecho debe receptor las ocho desideratas —propuestas por Fuller— del “imperio del derecho” (o Estado de derecho) bajo riesgo de perder fuerza explicatoria práctica dicha definición. Respecto a los críticos de esas características fullerianas por ser compatibles tanto para fines buenos o malos, se encarga Finnis de señalar que ellas implican reducir “la eficiencia para el mal de un gobierno malo”.⁶

2. La importancia de la “determinación”

Finnis ha debilitado la vía de derivación por “conclusión” del derecho positivo desde el derecho natural, y ha insistido en la importancia de la “determinación” que en definitiva se hace presente al momento de la creación de aquél. El legislador “más que aplicar o ratificar determinados principios

³ Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 308.

⁴ *Ibidem*, p. 308.

⁵ *Ibidem*, p. 321.

⁶ *Ibidem*, p. 302.

o reglas de razón, construye determinaciones” y la “elección razonable de tales reglas está en alguna medida guiada por las circunstancias de una sociedad particular”.⁷ En ese marco no sólo se potencian los márgenes de la razonabilidad legislativa, sino que se debilita la distancia con el derecho natural; pues un peligro en algunas explicaciones iusnaturalistas es haber optado por un cierto paralelismo entre uno y otro derecho (el natural y el positivo), metodología que pareciera tener que ver más con Kant que con Aristóteles o Aquino. Acentuando esa perspectiva parecen interesantes las propuestas (por ejemplo Cotta, Ballesteros, Olgiatti u Ollero) que intentan referirse a un solo derecho: el “vigente” en donde se encuentra el natural y el positivo, e incluso llegan a identificar al derecho natural con el derecho positivo válido o vigente.

El profesor de Oxford se encarga de insistir:

Los principios razonables del legislador incluyen los desiderata del imperio del derecho. Pero también incluyen una multitud de otros principios sustantivos relacionados, algunos muy estrechamente, otros más remotamente, algunos invariablemente y otros contingentemente, con los principios básicos y las exigencias metalógicas de la razón práctica.⁸

Así Finnis reconoce la presencia de “principios generales del derecho”, los que corresponderían en la clasificación del Aquinate al *ius gentium* en tanto son en parte de la ley natural y también de la ley humana positiva,⁹ pues esos principios “más que exigir, ellos justifican reglas y determinaciones particulares, y se hace posible su aplicación a circunstancias particulares merced a otros principios semejantes”.¹⁰

3. *La ley injusta es ley en sentido secundario o debilitado*

Específicamente en el campo de la “ley injusta”, Finnis también ha recurrido a entender el concepto de ley en un sentido analógico, por ende, la ley injusta no es una ley simpliciter, en sentido absoluto o en sentido focal, sino *secundum quid* o secundario.¹¹ Recuérdese que frente a la obsesión de raigambre cartesiana por los términos unívocos, Finnis acude apropiadamente a la analogía para usar variados conceptos, y también los concep-

⁷ *Ibidem*, p. 313.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 324.

¹⁰ *Ibidem*, p. 315.

¹¹ *Ibidem*, p. 390.

tos propiamente jurídicos, de tal modo que la juridicidad se transforma en “una cuestión de grado”,¹² lo que permite mostrar realidades que son “focal meaning”¹³ de otras que integran el mismo concepto pero en tanto realidades debilitadas, así en los términos teóricos —sin perder de vista el principio o fundamento racional de la multiplicidad de significados— corresponde diferenciar “el buen ejemplar del caso desviado”.¹⁴

4. *La ley injusta como materia para los juristas*

Como prolongación de la coincidencia inmediata anterior, también se adhiere a la propuesta que no corresponde ignorar o “desterrar a otra disciplina los casos de la materia en estudio que sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquier otra forma sean ejemplos sólo en un sentido restringido o bien en un sentido ampliado”.¹⁵ Es que según enseñaba Aristóteles en gnoseología y la experiencia más elemental confirma, los opuestos pertenecen al mismo saber, y así el médico se ocupa de la salud y, por ende, de la enfermedad, o el crítico de arte evalúa tanto las obras que son expresiones destacadas de arte como aquellas que merecen el cajón oculto de algún pintor absolutamente incompetente. Esa amplitud para comprender como materia de los juristas y el derecho a los casos desviados o imperfectos, lo lleva al Aquinate a sostener: “es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aún cuando lo que resuelva sea inicuo” (Suma Teológica II-II,c.57,a.1). En definitiva, a los juristas teóricos y prácticos también les corresponde ocuparse de la ley injusta, como los médicos atienden a gente enferma y también completamente sana, tanto las que aparentan serlo como las que lo son en mayor o menor medida.

5. *La mejor descripción incluye valoración*

También interesaría destacar la superación de la separación entre descripción y valoración, y si bien ambos caminos son posibles teóricamente, corresponde tener en cuenta que “sin valoraciones uno no puede determinar qué descripciones son realmente iluminadoras y significativas”.¹⁶ Por

¹² *Ibidem*, p. 306.

¹³ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴ *Ibidem*, p. 45.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Idem*.

ende el iusnaturalismo no incurre en la torpeza (como supone Nino y muchos otros críticos de la escuela) de negar la posibilidad de que el teórico del derecho se reduzca a descripciones, sino que ellas serán denunciadas por reductivas o poco significativas o cognoscitivamente pobres o incompletas. Lo que cabe distinguir es entre descripciones cognoscitivamente mejores y peores, y aquéllas para el iusnaturalismo incluirán valoraciones, lo que posibilita poder distinguir entre un caso más completo o acabado del caso inmaduro o parcial.

6. *La dimensión internacional de la justicia*

Con saludable realismo —no siempre presente entre los iusfilósofos— el profesor de Oxford homenajeado ha denunciado que la pretensión del Estado nacional como una “comunidad completa” es una “ficción”, y consecuentemente ha incluido en su teoría de la justicia la dimensión internacional: “...el bien de los individuos sólo puede ser plenamente asegurado y hecho realidad en el contexto de la comunidad internacional”,¹⁷ llegando a concluir:

El problema de apreciar el alcance de las responsabilidades que cada uno tiene, de acuerdo con la razón, respecto del bienestar de las personas de otras comunidades políticas (el problema de la justicia internacional) es, de todos los problemas prácticos, uno de los más difíciles; y que cada uno de nosotros lo resuelva (pues nuestras situaciones y por ende nuestras responsabilidades difieren) es algo que está constantemente amenazado por la influencia de la autopreferencia irrazonable, del prejuicio del grupo y de la tibieza respecto del bien humano.¹⁸

II. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Vayamos ahora a las críticas o diferencias con la visión finnisiana en relación con su análisis de la tesis *lex injusta non est lex*, por supuesto formuladas no sólo con respeto e insistiendo en los aportes enriquecedores que ella implicó para la teoría jurídica realista clásica, sino también desde los mismos presupuestos filosóficos del profesor Finnis. Adviértase que al hablar de la prudencia jurídica y la equidad se detendrá en las mismas, no tanto por no mencionarse a ellas en “Ley natural y derechos naturales”, sino porque

¹⁷ *Ibidem*, p. 179.

¹⁸ *Ibidem*, p. 206.

parece que el tratamiento que les brinda el profesor de Oxford es insuficiente o no responde a la visión más extendida que al respecto ha desarrollado el realismo jurídico clásico.

1. *Importancia de la tesis*

En opinión de J. Finnis “una teoría de la ley natural no necesita tener como principal preocupación, ni teórica ni pedagógica, la afirmación de que las leyes injustas no son leyes”, pues en su opinión se trata de un “teorema subordinado”.¹⁹

Por el contrario, en lo particular se trata necesariamente de una tesis central de la teoría jurídica en tanto opera nuclearmente en la definición del derecho señalando lo que es, o no es derecho (conexión clasificante), al establecer los límites morales que si se violan sólo se tratará de un intento frustrado de hacer derecho. Pero también el considerar la injusticia en la ley posibilita que se distinga dentro de lo que es derecho, entre el mejor y el deficitario derecho (conexión cualificante). La relevancia de la tesis se advierte cuando vamos a Nuremberg, donde precisamente la condena se justifica porque los jefes nazis cumplieron con una ley que no era derecho, o mejor: si bien esas leyes satisfacían algunos de los requisitos exigidos para que surja el derecho, otros faltaban, y, por ello, se podía concluir que el aval pretendido por los que habían creado esas leyes o las habían aplicado, era jurídicamente improcedente y se imponía responsabilidad jurídica sobre ellos. De ese modo, también se explica que no fue un problema de retroactividad de la nueva ley, dado que la ley nazi no eximía de responsabilidad a los que se aprovecharon de ella. En buena medida las posibilidades de funcionamiento de la Corte Penal Internacional se apoyan en poder establecer límites a la creación de las leyes, de manera que si se violan, ellas estarán fuera del derecho. Estas consideraciones de algún modo pueden llegar a ser aceptadas por Finnis cuando en otra parte escribe: “mas no se ha de olvidar que hay normas de justicia que jamás pueden ser superadas o dejadas sin efecto, correspondientes a los derechos absolutos del hombre”,²⁰ aunque el profesor oxoniense no concluye explícitamente que no sería derecho la ley que viola esos derechos.

Por supuesto que se puede distinguir entre la pregunta si la ley injusta es ley, y luego si ella es obligatoria, pero está claro que ésta segunda respuesta depende de la primera, por lo que insistimos en la relevancia de la cuestión

¹⁹ *Ibidem*, p. 379.

²⁰ *Ibidem*, p. 315.

bajo análisis. Las consecuencias que reconozcamos derivables de una ley injusta, guardan relación directa con la opinión que se tenga acerca del carácter jurídico pleno, parcial o inexistente de esa ley. Más allá de esas precisiones, la pregunta central que debe responder el teórico del derecho para sí y para cualquier ciudadano, es si esa norma jurídica es obligatoria, y esta respuesta no corresponde remitirla a que la brinden los moralistas. Aunque desde supuestos iusfilosóficos diferentes, coincidimos con Calsamiglia cuando receptando la opinión de Nino que el teorema fundamental de la teoría jurídica contemporánea es “porqué debo obedecer el derecho”, concluye que dicha pregunta “no puede responderse con descripciones, a no ser que tomemos las descripciones, como prescripciones, y eso requiere de un juicio moral”.²¹ En definitiva, la pregunta ontológica o conceptual sobre el derecho es la más importante y decisiva que el jurista no puede eludir, pero la respuesta a la misma deberá buscarla en el campo propio de la filosofía jurídica, y ésta a su vez, es centralmente un desarrollo sobre la definición del derecho por la que opte.

2. *La ampliación de los tipos de injusticia de ley*

Hay que recordar que en la definición o características principales del orden jurídico, Finnis alude a diferentes elementos: a) características formales que se resumen en “el derecho es un orden coactivo” y que “él regula su propia creación”; b) a las ocho desiderata del imperio del derecho o *Rule of Law* según la formulación de la moral interna del derecho de Fuller, que “también son exigencias de la justicia o equidad”;²² c) exigencias sustanciales vinculadas al bien común, entre los que Finnis menciona una serie de principios generales del derecho que “en algún caso particular cualquiera de ellos puede ser superado y dejado sin efecto (lo cual no equivale a ser violado, reformado o derogado) por otros elementos importantes del bien común, otros principios de justicia”;²³ y d) “mas no se ha de olvidar que hay normas de justicia que jamás pueden ser superadas o dejadas sin efecto, correspondientes a los derechos absolutos del hombre”.²⁴

Antes de pasar, en concreto, a la crítica de la perspectiva finnisiana de la ley injusta, recuérdese que el profesor de Oxford bajo estudio afirma:

²¹ Calsamiglia, A., “Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, ts. XIII-XIV, 1996-1997, Madrid, p. 487.

²² *Ibidem*, p. 301.

²³ *Ibidem*, p. 315.

²⁴ *Idem*.

La principal preocupación de una teoría de la ley natural es identificar de esa manera los principios y los límites del imperio del derecho, y encontrar las formas en que las leyes razonables, con toda su positividad y mutabilidad, han de ser derivados (no deducidos, normalmente) de principios inmutables – principios que reciben su fuerza de su razonabilidad, no de cualquiera actos o acontecimientos originarios.²⁵

Señalado precedentemente las exigencias para reconocer al derecho y lo que se propone la teoría clásica de la ley natural, se advierte que esas tesis no parecen contemplarse cuando el autor trata específicamente las formas de injusticias o de irrazonabilidad de la ley, pues al referirse expresamente a éstas, se limita a reconocer las clases siguientes: a) por la intención o motivación: cuando la autoridad “explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o de su facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo”;²⁶ b) cuando la autoridad “excede sus atribuciones” y ,por ende, se incurre en injusticia “distributiva en la medida en que el funcionario se arroga indebidamente un exceso de autoridad, y conmutativa en la medida en que el funcionario procura indebidamente someter a otros a sus propias decisiones”;²⁷ c) cuando se violan las formas y los procedimientos de modo que se viola “la justicia conmutativa que exige tratar a las personas como titulares de la dignidad de dirigirse a sí mismas, y de la justicia distributiva que exige proporcionar a todos una igual oportunidad de comprender y de cumplir la ley”;²⁸ y d) injusticia sustancial “al asignar algún aspecto de los bienes comunes, o algún beneficio de la vida o de las actividades comunes, a una clase que no tenga razonablemente derecho a eso según ninguno de los criterios de justicia distributiva, al mismo tiempo que se le niega a otras personas; o al imponer sobre algunos una carga de la que otros son eximidos, sin ningún criterio justo. Puede ser conmutativamente injusto, al negar a uno, a algunos, o a todos, un derecho humano absoluto, o un derecho humano cuyo ejercicio en las circunstancias es posible, consistente con las exigencias razonables del orden público, la salud pública, etcétera y compatible con el correcto ejercicio tanto de otros derechos humanos como de los mismos derechos humanos por otras personas”.²⁹

²⁵ *Ibidem*, p. 379.

²⁶ *Ibidem*, p. 380.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 381.

²⁹ *Idem*.

Al parecer la irrazonabilidad de una ley no sólo requeriría una mayor especificación de lo que genéricamente se llaman formas y procedimientos, sino al observa puntualmente se destaca que: a) no sólo importan los requisitos formales vinculados a la comprensión y cumplimiento de la ley, sino también aquellos establecidos racionalmente en el proceso de elaboración de la ley; b) habría que identificar otras formas de la irracionalidad o de la injusticia, por ejemplo: la irracionalidad teleológica, que se produce cuando se escoge un medio que no conduce al fin que se propone; la irracionalidad por las consecuencias en tanto éstas resultan absurdas o perjudiciales; la irracionalidad lógica o inteligibilidad de la ley; la irracionalidad sistémica; la irracionalidad social o ineficacia; la irracionalidad científica o veritativa en tanto utiliza la ley en su respaldo premisas inequívocamente erróneas o falsas; la irracionalidad que supone mandar algo necesario o imposible, etcétera; y c) en cuanto a la injusticia por defectos en la intención o propósito del autor, Finnis pareciera ser remiso a un control judicial al respecto, sin embargo hay que advertir que la prueba de esa intención deshonesto afecta al resultado normativo en su racionalidad, y por ende, en su validez jurídica, pues ello es bastante claro en el ámbito judicial o al administrativo, aunque se reconoce que puede ser más polémico en el campo legislativo.

3. *Grados de la injusticia*

Se estima que hablando de violación a las exigencias de la razón práctica o de decisiones injustas, puede resultar interesante y práctico referirse a magnitudes de las violaciones, diferenciando las graves o intolerables, de las tolerables o poco significativas, y, por fin, de aquellas que pueden considerarse irrelevantes. Incluso un tratamiento completo de la ley importa reconocer si la ley injusta en cuestión pertenece a un sistema justo, injusto o más o menos justo genéricamente; también interesa saber si a quien se dirige la ley es el ciudadano o el funcionario; etcétera. De cualquier manera es cierto que Finnis se previene al respecto en que deja en silencio muchos puntos, aunque podría en la lógica de su sistema aprovecharse mucho más el carácter analógico de la injusticia legal. Ha sido Alexy quien ha trabajado con relación a los principios (valores o derechos humanos) con tríadas, que más allá de imprecisiones, es un propósito posible de lograr que desde la razón práctica se identifiquen y distingan una violación grave a un principio, de otra irrelevante, y también violaciones más o menos relevantes.

En nuestra doctrina iusnaturalista argentina, Casaubón en 1977 escribía:

...la filosofía y la ciencia del derecho no necesitan descartar de su tratamiento ni los ordenamientos relativamente injustos, ni siquiera los absolutamente injustos, y pueden hacerlo siempre que no den al nombre derecho exactamente la misma acepción de los tres diversos casos....jerarquizan debidamente los objetos materiales que entran dentro de su específicamente objeto formal sin igualarlo en una gris e indiferente descripción de todos los órdenes normativos dotados de coactividad o de legitimidad positiva. La jerarquía es: 1. Derecho justo o sea simpliciter; 2. Derecho relativamente justo o secundum quid; 3. Derecho impropiamente tal, porque en realidad es torcido o injusto.³⁰

En sintonía con esa visión analógica del derecho, Graneris apela a la metáfora de ver el derecho como una esfera que “nace por obra de dos artífices: la naturaleza y el arbitrio humano... La naturaleza trabaja desde dentro, partiendo del centro a la superficie; el arbitrio del legislador obra desde fuera, avanzando de la superficie al centro”,³¹ y así se pueden constatar distintos niveles y campos de juridicidad, pues ésta incluye notas superficiales que dan la figura o lo que los clásicos llamaban la “forma extrínseca”, y también a las notas más o menos profundas que coinciden con la “forma intrínseca”,³² de ese modo es posible asimilar aquellos diferentes niveles y campos de juridicidad a la mayor o menor presencia y tipos de justicia.

4. *La importancia del concepto de validez*

Apreciamos importante, al menos para nuestra cultura jurídica, al concepto de validez jurídica como sinónimo de justicia o razonabilidad y no como parece entenderlo por momento Finnis: “La validez de una regla se identifica con la pertenencia al sistema jurídico (concebido como un sistema de reglas válidas)”.³³ Creemos que esa caracterización queda demasiado comprometida con la definición de validez que propuso el iuspositivismo kelseniano, incluso Finnis llega —en la misma sintonía— a hablar de “existencia o validez de una regla jurídica”.³⁴ Frente a esas caracterizaciones de la validez jurídica que son a las que les prestaremos atención, aclaremos que también Finnis en la obra que analizamos pareciera ampliar la calidad

³⁰ Casaubón, J. A., *La justicia y el derecho positivo*, Mendoza, Idearium, 1977, p. 9.

³¹ Graneris, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 74.

³² *Ibidem*, p. 77.

³³ Finnis, J., *Ley Natural...*, cit., p. 307.

³⁴ *Ibidem*, p. 297.

de inválido jurídicamente cuando “el derecho no es materialmente injusto ni en su contenido ni en circunstancias relevantes de su establecimiento positivo”.³⁵

Más allá de esas imprecisiones, se piensa que guarda mejor sintonía con el realismo jurídico clásico, y con la misma teoría finnisiana, conectar la validez jurídica con la obligatoriedad y la justificación racional. Es precisamente ésta la que instala el derecho en el campo propiamente humano y de respeto al ciudadano y al prójimo. Como advierte Cotta, al tema de la justificación no se le ha prestado demasiada atención teórica, e incluso se ha intentado remitirlo fuera del derecho, sea a la política, la moral, la sociedad, la religión, etcétera, pues “una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y ésta no puede imponerse sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación”.³⁶ El problema de la validez es centralmente de cada regla jurídica (norma o principio) y no puede disolverse en el ordenamiento jurídico, el que por otra parte carece de la capacidad de generar por sí mismo la justificación de sus elementos integrativos. Sin embargo, la validez de una regla puede juzgarse en abstracto o en concreto, según se le relacione o no a un caso conforme a la cual se lo resuelve.

Como se adelantó arriba, pensamos que una visión de la validez jurídica identificada con “justificación racional” es absolutamente coherente con el realismo jurídico clásico, con la ventaja que se aporta un concepto central³⁷ para el jurista que debe pronunciarse al respecto frente al requerimiento de los destinatarios de la norma en cuestión, los que deben saber si están o no obligados jurídicamente por la misma. Y en torno a esa averiguación por la racionalidad de la norma se abren una variedad de preguntas, en concreto contabilizamos hasta nueve: 1. órgano; 2. procedimiento; 3. coherencia sistémica; 4. comprensibilidad; 5. racionalidad teleológica; 6. eficacia; 7. presupuestos verdaderos; 8. justicia sustancial; y 9. ausencia de intención o propósito injusto.³⁸

Junto a la validez de la norma jurídica está el problema de su vigencia, pues ésta consiste —al menos en el punto de vista que suscribimos— en su

³⁵ *Ibidem*, p. 61.

³⁶ Cotta, S., *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Madrid, Ceura, 1987, XIV.

³⁷ Coincidimos con Bulygin respecto a que el carácter descriptivo de la validez jurídica, por un lado, y por el otro, el carácter justificativo o normativo, permite diferenciar a las teorías iuspositivistas de las iusnaturalistas. *Cf.* Bulygin, E., “Validez y Positivismo”, en Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata, 1987, pp. 241-255.

³⁸ Vigo, R., “¿Cuándo una norma jurídica es válida?”, *La Ley*, 14 de abril de 2011.

aplicación voluntaria o coercitiva. De ese modo, es posible que haya normas inválidas que justificadamente están presente en el derecho vigente y deben ser reconocidas como válidas y obligatorias, pero también están aquellas que no deberían estar, en tanto están afectadas de un déficit insalvable en su juridicidad, esto es, en su justificación racional. Esta grave imperfección las tornan cuestionables jurídicamente, dado que estrictamente no obligan, aunque respecto a la pregunta sobre lo que les corresponde hacer a los destinatarios de las mismas —ciudadanos o autoridades— hay que responder en cada caso, dado que habrá que ponderar prudencialmente la magnitud de la irracionalidad de la norma y las consecuencias de su aceptación o violación. Las normas gravemente irracionales no han nacido propiamente al derecho aunque estén vigentes (como ocurrió con el derecho nazi), y sus autores o aplicadores asumen el “riesgo jurídico” (Alexy) de que se les efectúe el reproche jurídico ante un tribunal. La experiencia jurídica seguramente confirma que hay una cierta presencia de normas inválidas que no terminan de comprometer al derecho vigente, pero cuando el número y calidad de aquellas resulta muy significativo, estará ya comprometiéndose a la totalidad del derecho.

En definitiva, ha habido y habrá normas inválidas que están vigentes, pero ello no sólo es un defecto o imperfección del derecho que debe ser denunciado y procurar su remoción, sino que es fuente de responsabilidad jurídica para aquellos que la han creado o aplicado cuando resulta grave y evidente la inexcusable irracionalidad de la norma jurídica.

5. *La obligación jurídica en sentido intrasistemático y en sentido moral*

Distingue Finnis en cuanto a cómo afecta la injusticia de una ley a la obligación de obedecerla, entre obligación jurídica en sentido intrasistemático y obligación jurídica en sentido moral, al respecto, parece que aquella obligación resulta exageradamente autónoma en su análisis y ello se revela cuando afirma:

No sirve para pensar con claridad, ni para ningún fin práctico bueno, oscurecer la positividad del derecho negando la obligatoriedad jurídica en el sentido jurídico o intrasistemático de una regla recientemente declarada jurídicamente válida y obligatoria por la más alta institución del sistema jurídico.³⁹

³⁹ Finnis, J., *Ley Natural...*, *cit.*, p. 384.

Sobre todo cuando sostiene que:

Una correcta filosofía de la razón práctica establece en abstracto: los principios de la razonabilidad práctica y sus exigencias forman una unidad de investigación que puede dividirse en moral, política y jurídica solo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de las tres.⁴⁰

A aquélla prevención se le agrega que Finnis reclama para las disposiciones autoritativas que:

Sean tratadas como razones excluyentes, *i. e.* como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición y aunque en realidad considere que la disposición existente es en algún aspecto (o en algunos aspectos) irrazonable, no plenamente conveniente para el bien común.⁴¹

Y también debe llamar la atención que el profesor oxoniense tiene reparos para aceptar la objeción de conciencia.

La teoría de Finnis incluye la tesis que puede llegar a existir una obligación disminuida, colateral o extrajurídica respecto al ciudadano o al funcionario de obedecer la ley injusta “para evitar que el derecho (como un todo) sea despreciado”.⁴² Lo primero que se querría señalar al respecto, es recordar que nunca podría sostenerse coherentemente esa obligación frente a una irracionalidad extrema o grave, dado que no es auspiciadle obedecer un derecho que en definitiva carece de justificación y obligatoriedad en razón de su irracionalidad, aunque la norma jurídica en cuestión resulte válida sistémicamente. Y lo segundo, nos gustaría insistir en que no parece claro aquella supuesta obligación extrajurídica, dado que en definitiva siempre será un juicio jurídico (de racionalidad práctica), atento a que su materia es una norma jurídica, que se juzga jurídicamente sobre su obligatoriedad y que se pronuncia por un jurista. Estas dudas o prevenciones sobre la distinción finnisiana entre obligación jurídica sistemática y obligación jurídica en sentido moral, se extienden y acentúan cuando vamos a las explicaciones que sobre el punto brinda su discípulo Robert P. George: “no hay nada en la teoría jurídica de Santo Tomás que sugiera que la injusticia de una ley la convierte en algo que no sea una ley o le prive de su carácter “legal-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 386.

⁴¹ *Ibidem*, p. 380.

⁴² *Ibidem*, p. 388.

mente obligatorio” a los fines de análisis legal y argumentación jurídica intrasistémicos”.⁴³ En definitiva, la pregunta central que suscita la ley injusta es si es o no obligatoria jurídicamente, y en esa respuesta de racionalidad práctica, el jurista que la pronuncia deberá no sólo computar la magnitud y contenido de su irracionalidad, sino también un cúmulo de circunstancias vinculadas a las consecuencias de su incumplimiento y al destinatario de la norma.

6. *El derecho a la objeción de conciencia*

Hay que recordar que en Finnis el significado focal de autoridad queda vinculado —en terminología tomada de Raz— a “razón excluyente”, por eso se lee:

En cualquier caso, la autoridad carece de utilidad para el bien común a menos que las disposiciones de los que poseen la autoridad (o las que surgen de la formación de reglas autoritativas consuetudinarias) sean tratadas como razones excluyentes, *i.e.* como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición y aunque en realidad considere que la disposición existente es en algún aspecto (o en algunos aspectos) irrazonable, no plenamente conveniente para el bien común.⁴⁴

Así también el profesor de Oxford reconoce la obligación moral prima facie de obedecer al derecho⁴⁵ y que las reglas jurídicas gozan de “fuerza excluyente”,⁴⁶ esta última afirmación la avala con ejemplos tomados de Tomás de Aquino, aunque con la advertencia que San Buenaventura no coincidía en respaldar la propuesta de que un juez debe respetar el derecho aun cuando sabe que es inocente aquél que ha sido condenado por pruebas jurídicamente inadmisibles. Coherente con esas tesis, Finnis entiende que la proposición que “la ley que es defectuosa en su racionalidad es ley sólo en un sentido diluido” no se ofrece “como aplicable inmediatamente en un tribunal de justicia (o en otro contexto intrasistémico)”.⁴⁷ De todo el marco teórico señalado el profesor de Oxford concluye que “la objeción de conciencia no es un principio o fundamento generalmente válido para eximirse de la ley”.⁴⁸

⁴³ R. P., George, *Entre el Derecho y la Moral*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, 123.

⁴⁴ Finnis, J., *Ley Natural...*, *cit.*, p. 380.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 370.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 321.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 317.

Se estima que un complemento ineludible del análisis de la ley injusta es el derecho a la objeción de conciencia que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Ese derecho cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustancializar fines que fagociten al bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor —también jurídico— que corresponde asignarle a la conciencia de aquél que debe obedecer a la ley,⁴⁹ y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquél que incumplía la ley por ignorancia no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario (Santo Tomás de Aquino, “*Quodlibetum*” 1, 9, 3). Es que si la ley es dictamen de la razón práctica, no parece posible aceptar un cumplimiento dogmático e indiscriminado de todos los destinatarios, incluidos a aquellos que sin poner en riesgo la subsistencia de la sociedad y el derecho, pueden aducir razones morales personales que justifican su pretensión de no cumplirla. No dudamos en brindarle amplia cobertura al derecho de objeción de conciencia que, en definitiva, responde a una perspectiva del derecho plenamente al servicio de cada hombre o ciudadano.

7. *La importancia de la prudencia*

Es cierto que Finnis habla de la prudencia explícitamente en sus obras principales,⁵⁰ pero parece que hay alguna debilidad en su tratamiento, no obstante resultar de enorme importancia a la hora de poder determinar el comportamiento racional frente a la ley injusta.

Véanse algunas de esas observaciones; a) pareciera que el profesor de Oxford prefiere hablar directamente de “razonabilidad práctica para evitar confusiones”,⁵¹ sin embargo, ese riesgo es patente para la filosofía kantiana para quien la prudencia queda ligada al egoísmo o cálculo en beneficio personal, pero supone marginar la importante y provechosa doctrina que sobre aquella ha ido forjando el iusnaturalismo clásico; b) la identificación entre

⁴⁹ Portela, J. G., *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Educa, 2005, *passim*.

⁵⁰ Finnis, J., *Ley Natural...*, *cit.*, 83-85, 133, 157. Cfr. Finnis, J., *Aquinas*, Oxford University Press, 1998, por ejemplo en pp. 83, 84, 168-169.

⁵¹ Finnis, J., *Aquinas*, p. 84.

razonabilidad práctica y prudencia supondría conferirle a esta última una extensión inadecuada, dado que son posibles otros estatutos noéticos de la razón práctica diferentes al propio de la prudencia, por ejemplo la filosofía práctica o la ciencia práctica; c) también da la impresión que Finnis cuando refiere a la prudencia lo hace en tanto virtud, pero no insiste en que existe en la gnoseología del iusnaturalismo clásico un tipo de saber y juicios específicos que tiene por objeto determinar la conducta buena o justa en cada caso, y que ese juicio prudencial puede darse también en aquél que no posee la virtud de la prudencia; y d) ampliando el punto anterior, se señala que no se advierte en la obra del profesor oxoniense estudiada un tratamiento exhaustivo de las “virtudes” en cuanto sus características esenciales y al papel que cumple en la vida moral,⁵² por eso se insiste en que no corresponde asimilar a aquél que realiza un acto bueno (por ejemplo: prudente) con el que lo realiza habitualmente, es decir, virtuosamente.

Ampliando en particular el punto a) inmediato anterior, se estima que es muy importante la función que cumple la prudencia en la matriz gnoseológica moral, sobre todo por la relevancia que adquieren los casos en donde se pronuncia el juicio prudencial. Hay que destacar que la prudencia en general, y la prudencia jurídica en particular, tiene por objeto “lo ágil humano concretísimo y personal con todos sus detalles”,⁵³ pero como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y por la experiencia, resulta que la prudencia se funda esencialmente en la experiencia de la vida y de los hombres, por eso observa Aristóteles que los jóvenes pueden ser buenos matemáticos, pero no prudentes. La relevancia del conocimiento de lo circunstanciado en orden a la prudencia lo destaca inequívocamente el Aquinate: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular; y de tener sólo uno, debe tener más bien éste, es decir el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción” (In Ethicorum, lect. 6, n. 1194). También por ello advierte Aquino que “la prudencia no es ciencia. La ciencia es de los universales” (In Ethicorum, lect. 7, n. 1213) y a su vez, la materia de la prudencia requiere del auxilio interno de la cogitativa en cuanto sentido interno que compara y ordena experiencias.⁵⁴ Si el acto justo consiste en darle a lo otro lo suyo, se requiere determinar lo que es justo o suyo, y éste es el trabajo que debe llevar a cabo la prudencia jurídica formulando

⁵² En ese sentido puede consultarse Hittinger, R., *A Critique of the New Natural Law Theory*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1987, p. 59.

⁵³ Ramírez, S., *La prudencia*, p. 45.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 47 y ss.

y estableciendo la norma jurídica —regla y medida del comportamiento justo— o también la prudencia jurídica de aquel que cumple dicha norma.

Los distintos juicios prudenciales provienen de la razón práctica, son conclusiones de un correspondiente silogismo práctico, y se dirigen inmediatamente a la acción, la cual tiene por motor a la voluntad y las tendencias sensibles. Hay tantos tipos de prudencia como sectores de la actividad humana —señala Georges Kalinowski⁵⁵ y de ese modo también se da la prudencia jurídica con sus respectivos silogismos prudenciales. Si bien el razonamiento práctico del constituyente o del legislador pueden diferenciarse del que despliega el juez o del que cumple un particular cuando invoca la objeción de conciencia respecto a un mandato jurídico o en ocasión de concretar un contrato o un testamento, hay una analogía entre todos ellos; y de esos silogismos prudenciales se formalizarán normas generales o individuales que se constituirán en modelos de ciertas conductas a las que impera, pero a su vez en la realización de éstas, los sujetos actuantes se guiarán por sus respectivos juicios prudenciales. El juicio prudencial cierra el proceso del conocimiento práctico, determinando aquí y ahora lo que el sujeto debe hacer y cómo debe hacerlo a través del mismo, el orden jurídico general y objetivo genera los ajustes personales y alcanza su realización efectiva. En la conducta justa pueden distinguirse dos momentos: el momento cognitivo por el cual la razón prudencial aprehende el derecho o lo justo, y el segundo momento es el del uso activo de la voluntad que sucede al imperio, esto es, el ordenamiento definido por la razón para ejecutar la acción de un modo completo.

En definitiva, el juicio prudencial (sea formulado por quien posee o no la virtud respectiva) también aparecerá frente a la ley injusta determinando la validez o justificación racional o no de la misma, como también qué hacer a tenor de la magnitud de la injusticia, de las circunstancias personales, del contexto y de las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento. Parece que la matriz misma del análisis integral del problema de la ley injusta corresponde remitirlo centralmente a la prudencia y sus juicios.

8. *La equidad*

Tampoco se advierte en “Ley natural y derechos naturales” que Finnis haya prestado toda la atención que se merece el tema de la equidad en el marco de la filosofía jurídica realista clásica. Sin embargo, pareciera que a

⁵⁵ Kalinowski, G., “Application du droit et prudence”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* L.III/2, Wiesbaden, 1967, p. 161.

veces el término se usa en el sentido de “imparcialidad” como cuando se lee en aquella obra: “De este modo, el postulado heurístico del ‘observador ideal’ imparcialmente benevolente, como un instrumento para asegurar la imparcialidad o la equidad en el razonamiento práctico, es simplemente una extensión de lo que a los amigos les nace espontáneamente”.⁵⁶

Recuerdese que en Aristóteles si bien “lo justo y equitativo” son “ambos buenos, es mejor lo equitativo” (“Ética a Nicómaco”, Lib.V, cap. 10, p. 86), dado que la función de la equidad es subsanar el error de la ley provocada por “la índole de las cosas prácticas” con su enorme variabilidad, y ello provoca que aparezcan cuestiones que quedan fuera de la formulación universal legal o que proyectada la misma en un caso resulte una solución injusta, de ahí que la metáfora a la que apela Aristoteles para hablar de la equidad es la de la regla de plomo de los arquitectos de la isla de Lesbo que permite adaptarse a cada cuerpo. Aristóteles en la Retórica llega incluso a preferir el “arbitraje antes que a un juicio de los tribunales, pues el árbitro ve la equidad; el juez no ve sino la ley; por otra parte, el árbitro no fue inventado sino para dar fuerza a la equidad” (Lib. I, cap. 13). El comentario del Aquinate a dicho capítulo, reitera que justo legal y equitativo “son buenos” aunque “mejor es aquello que es equitativo”, y ejemplifica como la ley puede fallar en algún caso aunque ella sea recta o razonable, con el supuesto del depósito que en la mayoría de los casos es bueno que sea devuelto pero puede ser malo “si se devuelve la espada al loco furioso”. Para suplir esa debilidad de la generalidad de la ley están los jueces que con sus sentencias “el dicho universal de la ley se aplica a un particular negocio”.

Parece que una consideración integral de la justicia en perspectiva del realismo jurídico clásico requiere recordar el papel de la equidad en orden a ajustar soluciones legales a casos particulares, y esta referencia resulta muy apropiada cuando se trata de definir racionalmente en cierto tiempo y lugar la validez y su obligatoriedad de una determinada ley, como las posibles respuestas de sus destinatarios.

III. ACTUALIDAD DE LA TESIS

De manera categórica afirma Alexy: “El problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre el derecho y la moral”. A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y no positivista. Todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación. Según ella, el concepto de derecho debe

⁵⁶ Finnis, J., *Ley Natural...*, cit., p. 173.

ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El gran iuspositivista Hans Kelsen resumió esta posición con la fórmula: “Por ello, cualquier contenido puede ser derecho”.⁵⁷ Coincidimos con el profesor de Kiel, y también con lo que concluye Laporta,⁵⁸ en el sentido que la relación entre derecho y moral no es un tema más de la filosofía del derecho, sino es el lugar donde ella está. En definitiva esas conexiones determinan lo central de la orientación iusfilosófica que se asume, y la pregunta decisiva sigue siendo si cualquier contenido puede ser derecho, o si hay exigencias indisponibles por aquel que quiere hacer derecho, a punto que si él las rechaza o ignora quedará afectada o suprimida la pretendida juridicidad de lo que se pretende crear, y consecuentemente, su validez y obligatoriedad. Corresponde a los juristas pronunciarse desde su razón práctica (en universal o prudencialmente) sobre la calidad y nivel de la juridicidad, por ejemplo: el Edicto de Calígula designando embajador a su caballo; sobre la legislación nazi y todos los actos realizados bajo su regulación; sobre los detenidos en Guantánamo; si por decisión popular o consenso se pueden dejar de lado derechos humanos para alguno o algunos; si está o no justificado en ese caso el tiranicidio, etcétera; y si la conclusión es que eso que se intenta generar como derecho, sólo es una manifestación de voluntad que no resiste el más mínimo análisis de racionalidad práctica y jurídica, corresponde que los juristas declaren que no se ha logrado crear propiamente nada en el derecho y que además los que lo intentaron o aplicaron son responsables jurídicamente. En definitiva la ley grave y manifiestamente injusta no será ley, y quedará sólo como un intento abortado de hacer derecho.

Destaquemos que en tiempos en que predominaba académicamente el iuspositivismo con su escepticismo ético (Kelsen y Ross) o la aceptación de conexiones contingentes entre el derecho y la moral social (Hart y su contenido mínimo de derecho natural) cualquier propuesta de establecer conexiones esenciales o conceptuales entre el derecho y una moral racional resultaba imposible o masivamente rechazada desde el mundo académico. Pero con el Estado de derecho constitucional actual y su defensa de los derechos humanos como un “coto vedado” (Garzón Valdés) o como un límite moral para el derecho (“la injusticia extrema no es derecho” en Alexy) o aquello “no decidible” por la ciudadanía dado que ya está decidido (la “democracia

⁵⁷ Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1977, p. 13.

⁵⁸ Laporta, F., *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993, p. 7.

sustancial” en Ferrajoli), vuelve hablarse de moral racional, y, consiguientemente, autores como Alexy se atreven a defender no sólo una “metafísica” de los derechos humanos (aunque en clave kantiana y habermasiana),⁵⁹ sino a proponer un concepto del derecho en el que esencialmente se incluyan exigencias morales. Es que —como dice Spaemann— pretender defender los derechos humanos desde teorías iuspositivistas sólo puede asimilárselos a edictos de tolerancia de la autoridad, revocables por la misma autoridad.

Frente a un panorama tan distinto de aquel que ofrecía el iuspositivismo kelseniano y las versiones actuales del iuspositivismo excluyente o ético que insisten en rechazar cualquier elemento indisponible para crear derecho bajo la condena de la invalidez de lo creado, la tarea del realismo jurídico clásico es seguir reiterando las conexiones que existen entre el derecho y la razón práctica o moral, las que se hacen presente a la hora de: conferir o negar la validez jurídica de alguna norma, de optar por la mejor respuesta jurídica frente a un caso o reconocer el derecho a la objeción de conciencia. En esa tarea seguramente los representantes de la escuela se encontrarán juntos a los autores neoconstitucionalistas defendiendo tesis similares, a punto que desde la visión de los iuspositivistas estrictos (Bulygin, Atria, etcétera) todos quedarán identificados como iusnaturalistas, pero el esfuerzo será poner de relieve las diferencias que se detecta entre esas coincidentes perspectivas no-positivistas.⁶⁰ Especialmente en el campo antropológico es donde se harán visibles la distancia entre aquellas corrientes, pues mientras que entre los neoconstitucionalistas el concepto de hombre remite a Kant, para el iusnaturalismo clásico el camino es el “personalismo ontológico” que “interpreta que lo biológico humano y lo personal, son inseparables”.⁶¹ Los riesgos que encierra la alternativa kantiana llega a ser detectada por Nino, aunque no compartimos su solución:

El concepto de hombre sobre la base propiedades que se presentan prima facie como moralmente relevantes —tales como las propiedades de racionalidad y la capacidad de proponerse fines que toma en cuenta Kant— pero en ese caso se llega a la conclusión chocante de que hay hombres que lo son en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual.⁶²

⁵⁹ Alexy, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Ideas y Derecho*, Buenos Aires, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2008

⁶⁰ *Cfr.* mi artículo “Neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico como teorías no positivistas (coincidencias y diferencias)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 17 de febrero de 2012.

⁶¹ Possenti, V., “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, *El derecho a la vida*, C. I. Massini y P. Serna (eds.), Barcelona, EUNSA, 1998, p. 141.

⁶² Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 44.

En buena medida sigue siendo decisivo para los juristas, y quizás lo sea aún más para el futuro, que los poderosos y las autoridades entiendan que cada persona y miembro de la especie humana no es “algo” sino “alguien” (Spaemann) que merece un reconocimiento a su dignidad, más allá de la salud, libertad, inteligencia, edad, bienes externos o capacidad para generarse proyectos de vida pueda llegar a poseer.

En clave finnisiana puede repetirse que el derecho es “el sendero común para perseguir el bien común”,⁶³ pero “la autoridad del derecho depende ... de su justicia”,⁶⁴ siendo el objeto de ésta el bien común y los derechos humanos “una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común”.⁶⁵ Desde esa lógica se entiende que la razón práctica encuentra un límite y una exigencia en los bienes humanos básicos (“basic values”: vida, juego, amistad, conocimiento, sociabilidad, experiencia estética, razonabilidad práctica y religiosidad), y precisamente, en el sustrato de los juicios acerca de la justicia o injusticia de una ley está el hombre y esos bienes humanos básicos.⁶⁶

IV. CONCLUSIÓN

Reiteramos nuestro reconocimiento al profesor John Finnis y sus enseñanzas que han venido a enriquecer y potenciar a la escuela del realismo jurídico clásico. Desde ese lugar, se procuró señalar críticas y observaciones al análisis que el profesor de Oxford ha formulado en su obra más importante en torno a si la ley injusta es ley. Parece que dicha cuestión reviste una enorme importancia y trascendencia para la filosofía jurídica, y más allá de las doctrinas heredadas al respecto, corresponde a las mismas glosarlas o ampliarlas en sintonía con el derecho de nuestros actuales Estados de derecho constitucional. En este esfuerzo se encontrará la compañía de muchos neoconstitucionalistas, aunque por sobre las coincidencias cabe recordar las diferencias con el realismo jurídico clásico.

⁶³ Finnis, J., *Ley Natural...*, cit., p. 291.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 289.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 243.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 91.