
John Finnis y la defensa ética del *Rule of Law*

Natural Law and Natural Rights y otros escritos posteriores

John Finnis and the Ethical Defense of the Rule of Law

Natural Law and Natural Rights and other later writings

Carlos I. MASSINI-CORREAS

Universidad de Mendoza–Universidad Austral

carlos.massini@um.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0002-9737-1996>

RECIBIDO: 28/10/2020 / ACEPTADO: 21/12/2020

Resumen: En el presente artículo, escrito en homenaje a los 40 años de la aparición de la primera edición de *Natural Law and Natural Rights* de John Finnis, se estudian varias de las versiones elaboradas por el iusfilósofo australiano para analizar, explicitar, desarrollar y defender la noción de *rule of law*. Luego de este desarrollo, se efectúa una valoración de las aportaciones de Finnis en este punto, en especial las referidas al carácter principalmente ético de ese instituto, y a la maestría con la que ha sabido integrar la tradición clásico-realista del iusnaturalismo, los planteos metodológicos de la *analytical jurisprudence* y la reflexión contemporánea sobre la idea del gobierno limitado por el derecho.

Palabras clave: gobierno del derecho, Lon Fuller, *desiderata*, *desiderata* complementarios, dignidad humana, derecho natural.

Abstract: In this paper, written as a tribute to the first edition of John Finnis' *Natural Law and Natural Rights*, the author examines some of the versions introduced by the Australian philosopher, in order to analyze, specify, develop and defend the notion of *rule of law*. He later goes on to give an assessment of Finnis' contributions, primarily of the ones regarding the ethical character of that institute, and the mastery with which he has integrated the classical-realistic tradition of the natural law theory, the methodological approaches of *analytical jurisprudence* and the contemporary reflection about the idea of a government limited by law.

Keywords: rule of law, Lon Fuller, *desiderata*, complementary *desiderata*, human dignity, natural law.

I. PRESENTACIÓN DE UNA PERSPECTIVA

A cuarenta años de su aparición en 1980, y después de varias reimpressiones y una segunda edición aumentada con un *Postscript* en 2011, *Natural Law and Natural Rights* (en adelante *NLNR*) se ha constituido en uno de los libros más relevantes, debatidos y estudiados (y re-estudiados) de nuestra contemporaneidad jurídica y política¹. Al escribir sobre este libro, el pensador positivista Neil MacCormick sostuvo que «algunos libros provocan

¹ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights* (en adelante *NLNR*), Oxford University Press, Oxford, 2011².

una impresión radical sobre el lector por la audacia y novedad de las tesis que defiende; escribir un libro como ese es un logro raro y difícil. Pero es más raro y más difícil, aunque no menos extraño, provocar una impresión radical a través de la restauración de una idea antigua, trayendo de vuelta temas tradicionales a una nueva vida, por el vigor y la vitalidad con la que han sido traducidos a un idioma contemporáneo»; y un poco más adelante, deslizándose hacia el ámbito de las vivencias personales, agregó que «pocas veces he leído un libro de filosofía con un sentimiento mayor de excitación y descubrimiento que aquél que experimenté en la primera recorrida sin aliento a través de la primera pre-edición de *Natural Law and Natural Rights*. Él permanece para mí como un hito o jalón intelectual; uno de esos pocos libros que dan lugar a un cambio permanente en las propias comprensiones; a un cambio en los paradigmas personales»².

Estas afirmaciones encomiosas adquieren una relevancia especial por venir de un autor no sólo mundialmente reconocido, sino perteneciente a una corriente de pensamiento distinta de la de Finnis y profesar en una universidad, no solo diferente sino lejana, de la propia del filósofo y jurista australiano. Pero lo más importante es que las afirmaciones positivas acerca del valor filosófico del libro han sido también compartidas por varios otros autores de relieve y, más aún, que el valor trascendente de los contenidos de ese volumen se hace notorio inmediatamente para todos aquellos que se empeñan de buena fe en su estudio y análisis. Además, es necesario tener en cuenta que las afirmaciones defendidas en *Natural Law and Natural Rights* han sido desarrolladas, precisadas y reformuladas por su autor en otros libros, decenas de artículos, capítulos de libros y ponencias en actividades académicas; todos estos textos han sido compilados en 2011 por Oxford University Press en cinco gruesos volúmenes de *Collected Essays*, impresos con una calidad verdaderamente notable³.

Ahora bien, este éxito y difusión editorial y académica tiene varias causas que actúan sinérgicamente, pero la principal de ellas radica en la amplitud, apertura e integridad de la perspectiva con la que Finnis aborda el estudio teórico-práctico de la realidad jurídica. No hay nada en su obra que pueda hacer sospechar de alguna cuota de reductivismo, de sectarismo o de la influencia

² MACCORMICK, «Natural Law and the Separation of Law and Morals», AA.VV., *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, George, R.P. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, pp.105-106.

³ FINNIS, J., *Collected Essays*, 5 vols., Oxford University Press, Oxford, 2011.

de prejuicios no fundados rigurosamente. En un apasionante artículo titulado *The Achievement of John Finnis*, Robert P. George, pone en evidencia cómo el autor australiano lleva adelante sus indagaciones en una línea de pensamiento que, si bien tiene un sentido finalista, no incurre en las limitaciones del consecuencialismo y que, por otra parte, a pesar de incorporar las nociones de obligación y deber, no cae en una ética meramente deontológica y de carácter logicista como las de raíz kantiana⁴.

Pero también destaca George que es posible y positivo colocar la empresa intelectual de John Finnis en el marco de un vasto movimiento, desarrollado principalmente durante la segunda mitad del siglo pasado, que intentó superar rigurosamente las limitaciones centrales del pensamiento ético, político y jurídico contemporáneo. «Los futuros historiadores de las ideas –escribe George– no dudarán en presentar ese libro (*NLNR*), junto con las otras obras filosóficas del Profesor Finnis, como parte del amplio renacimiento de los abordajes más o menos aristotélicos al pensamiento moral y político, que ganaron relevancia a partir de los últimos '70. Y estarán en lo correcto al hacerlo. Como Elizabeth Anscombe, David Wiggins, Philippa Foot, Alasdair MacIntyre y varios otros, Finnis adoptó y adaptó los métodos aristotélicos para superar los defectos de los enfoques utilitaristas y consecuencialistas de la ética, por una parte, y de los kantianos o meramente 'deontológicos', por la otra»⁵.

Esta empresa intelectual, compartida por Finnis y que lo tiene como su principal representante en el ámbito de la filosofía del derecho, tuvo y aún tiene como objetivo primario superar las limitaciones reductivistas, anti-humanistas, nihilistas, sectarias, ideológicas o anti-realistas de muchas corrientes del pensamiento actual, que abocan en el ámbito del derecho a la des-fundamentación, ininteligibilidad, carencia de fuerza deóntica y falta de sentido valorativo de las instituciones y praxis jurídicas⁶. Y para llevar adelante esta superación, que supone cuando menos una revalorización de la experiencia como fuente de conocimiento, una defensa de la posible objetividad en la aprehensión de la realidad en todas sus dimensiones y un recurso decisivo y equilibrado a la razón –teórica, práctica, técnica y lógica– para el desarrollo del pensamiento,

⁴ GEORGE, R.P., «Introduction. The Achievement of John Finnis», AA.VV., *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Keon J., & R.P. George, R.P. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2013, p.1.

⁵ *Ibid.*, p. 1.

⁶ MASSINI-CORREAS, C.I., *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona-San Pablo, 2015, pp. 15-122.

también del jurídico, Finnis ha recurrido a los recursos de la denominada por Isaiah Berlin «tradición central de occidente». Es decir, al cuerpo de conocimientos iniciado por Platón y Aristóteles, aunque especialmente por este último, y que ha sido la fuente principal de la cultura intelectual y práctica de occidente⁷.

Y en este recurso a la tradición realista clásica, e indudablemente esto es algo especialmente particular de Finnis, este autor ha echado mano y aplicado la metodología, estilos de pensamiento y exposición, y exigencias de argumentación, que son propias de la perspectiva analítica de pensamiento en las que fue formado en sus años de estudio en la Universidad de Oxford. De hecho, su principal mentor, Herbert Hart, era uno de los más destacados defensores y operadores de las directivas de ese sistema de pensamiento, y la mayoría de quienes han dialogado con él acerca de sus ideas (MacCormick, Raz, Kramer, etc.) también participan del modo analítico de hacer filosofía. Por eso es posible hablar, con referencia a Finnis, de una suerte de «iusnaturalismo analítico» o *natural law jurisprudence* que, no es posible negarlo, disgusta a muchos tradicionalistas, pero asegura un especial rigor argumentativo, una innegable precisión terminológica y una envidiable sistematicidad lógica, y una prudente además de atractiva actualidad en la presentación y desarrollo de sus argumentos⁸.

Aprovechando los aspectos positivos de estas últimas características, en lo que sigue se estudiará el pensamiento del profesor de Oxford en aquello que se refiere a la problemática del *rule of law*, que es objeto en estos días de fuertes cuestionamientos ideológicos y filosóficos, pero que necesita ser revalorizado y justificado si se quiere que la comunidad completa o política siga siendo un lugar adecuado para la convivencia de los hombres y el desarrollo de sus aptitudes constitutivas. A ese efecto, se analizarán primero las opiniones de Finnis en este punto en su libro fundacional, *NLNR*, luego en los volúmenes que le han seguido y finalmente en un artículo seleccionado de entre el cúmulo de trabajos breves recogidos en los *Collected Papers*, así como en una voz de la

⁷ Vid., MACINTYRE, A., *Three Rival Versions of Moral Inquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*, University of Notre Dame Press, Notre Dame-Indiana, 2006, pp.105 y ss.; ABBÀ, G., *Quale impostazione per la filosofia morale?*, LAS, Roma, 1996, pp. 34-74 y *La virtù per la felicità*, LAS, Roma, 2018, pp. 223 y ss.

⁸ Vid., MASSINI-CORREAS, C.I., «Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural», FINNIS, J., *Estudios de teoría del derecho natural*, Massini-Correas, C.I. & J. Saldaña, J. (eds.), UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, pp. XXI-LXIII.

Stanford Encyclopedia of Philosophy. Finalmente, se extraerán algunos resultados relevantes de sus textos, para concluir con una valoración general de su pensamiento sobre ese tema.

II. EL TEXTO ORIGINARIO (I): LAS NOTAS DEL DERECHO

A pesar de los esfuerzos realizados por Finnis para justificarla, resulta notorio que la estructura expositiva de *NLNR* no es la habitual en los libros de filosofía del derecho; en efecto, este autor trata el tema del concepto y la consiguiente definición del derecho recién en el capítulo décimo de los trece que integran ese libro. Y es recién allí que trata con cierta extensión la cuestión del gobierno del derecho (en adelante GD), aunque de todos modos sólo le dedica seis páginas completas. Y como el capítulo se dedica específicamente al concepto del derecho, Finnis comienza por ofrecer una noción inicial del derecho cuando escribe que «el caso central de derecho y de sistema jurídico es el que corresponde al derecho y sistema jurídico de una comunidad política, que pretende tener autoridad para dar dirección comprensiva y suprema a la conducta humana en esa comunidad y para conferir validez jurídica a todas las otras disposiciones normativas que afecten a los miembros de la comunidad»⁹.

En este punto, cabe recordar que para John Finnis el de derecho es un concepto «análogo», es decir, que se dice propiamente de una de sus atribuciones (su significación primera o focal) y de modo derivado (diluido, incompleto, imperfecto o hasta corrompido) y sólo por similitud, de varias otras realidades. Por lo tanto, para este autor, partiendo del hecho de experiencia de que la palabra y el concepto de derecho se dicen de varias realidades semejantes (conductas, normas, facultades de exigir, saberes, etc.), la significación focal o primera de derecho es la de un sistema de normas directivas de la conducta humana social hacia una de las dimensiones del bien humano: la que unas páginas adelante denominará, clásicamente, «bien común de la comunidad completa»¹⁰.

Pero para que esas normas reunidas ordenadamente en un sistema puedan ser llamadas propiamente «derecho», Finnis recoge de la práctica jurídica cinco características formales (que veremos que en realidad son seis), sin las

⁹ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, p. 260.

¹⁰ *Ibid.*, p. 276.

cuales no estaríamos en presencia de «derecho» en sentido estricto; ellas son (i) «el derecho introduce definición, precisión, claridad, y por lo tanto previsibilidad en las interacciones humanas, mediante un sistema de reglas y de instituciones interrelacionadas de tal manera que las reglas definan, constituyan, y regulen las instituciones, y las instituciones a su vez creen y administren las reglas, y resuelvan las cuestiones sobre su existencia alcance, aplicabilidad y funcionamiento»¹¹; esta primera característica puede denominarse como «auto-creación y auto-regulación del derecho»; (ii) «cualquier regla o institución jurídica [...] una vez que ha sido válidamente creada permanece válida, en vigor o en existencia, desde la perspectiva del derecho, hasta que termina [su duración] de acuerdo a sus propios términos o con algún acto o regla de derogación válidos»¹²; es posible llamar a esta segunda nota como de «permanencia en principio» del derecho;

Continuando con la enumeración de los caracteres; (iii) «las reglas de derecho regulan no solamente la creación, administración y aplicación de esas reglas [...] sino también las condiciones bajo las cuales un individuo privado puede modificar la extensión o la aplicación de las reglas [...]. Es decir, los individuos pueden realizar actos jurídicos»¹³; esta característica aparece propiamente como una «participación de los sujetos en la creación del derecho»; (iv) «en un sentido importante, la ‘existencia’ o ‘validez’ de una regla jurídica [...] consiste simplemente en esa relación, esa relevancia continuada del contenido de ese acto jurídico pasado para proporcionar una razón para decidir y actuar en el presente de la forma entonces especificada o prevista»¹⁴; es decir, la «presente actualidad de la razón para la acción» en el derecho; (v) la última que enumera Finnis radica en que «esta técnica [directiva] es reforzada por el postulado operativo (“no hay lagunas”) de que toda cuestión práctica o problema de coordinación actual ha sido ‘previsto’, en todos sus aspectos por alguno o algunos de tales actos jurídicos pasados [...]. No es necesario insistir en que este postulado es ficticio...»¹⁵; se trata del postulado de la ‘plenitud’ o ‘completitud’ del sistema jurídico.

Si bien Finnis no enumera en este lugar lo que pareciera ser, por sus afirmaciones inmediatamente anteriores, una sexta característica: la de la «coacti-

¹¹ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, p. 268.

¹² *Ibid.*, p. 268.

¹³ *Ibid.*, p. 268.

¹⁴ *Ibid.*, p. 269.

¹⁵ *Ibid.*, p. 269.

vidad», en principio y en general, del derecho, pareciera que su incorporación resultaría exigida por los datos de la experiencia jurídica; pero como este autor no la enumera en su exposición de las notas formales del derecho, se la dejará momentáneamente de lado¹⁶. De este modo podrá concluirse que, para Finnis, el derecho, desde un punto de vista formal, es un sistema de normas que se auto-crean y auto-regulan, permanecen válidas en el tiempo, pueden ser completadas o modificadas por sus sujetos, que provén razones siempre actuales para la acción, y que regulan todos los casos jurídicos posibles; y se podría agregar: y son en principio coercibles¹⁷.

III. EL TEXTO ORIGINARIO (II): LAS EXIGENCIAS DEL *RULE OF LAW*

John Finnis comienza su exposición personal del GD sosteniendo que la reciente explicación de las cinco características formales del derecho resulta incompleta, ya que «le falta una explicación sistemática de la relación entre estas características formales y las exigencias de la justicia y el bien común. Una explicación de este tipo puede desarrollarse mejor mediante una consideración de las condiciones en las cuales podemos decir razonablemente que el ‘sistema jurídico’ está funcionando bien. El nombre asignado corrientemente al estado de cosas en que un sistema jurídico está en buen estado es el del ‘gobierno del derecho’ [...] la virtud específica de los sistemas jurídicos»¹⁸.

Y a continuación Finnis hace suya la enumeración de los *desiderata* del *rule of law* elaborada por Lon Fuller y explicitada más arriba: «Un sistema jurídico –escribe este autor– realiza el gobierno del derecho en la medida en que (es una cuestión de grados en cada uno de los ítems de la lista) (i) sus reglas son prospectivas, no retroactivas, y (ii) no son de ninguna forma imposibles de cumplir; (iii) son promulgadas, (iv) claras y (v) coherentes entre sí; (vi) son lo suficientemente estables como para hacer posible a la gente orientarse por el conocimiento de su contenido; (vii) el dictado de decretos y órdenes [ha de ser al menos] relativamente general; y (viii) aquellos

¹⁶ MASSINI-CORREAS, C.I., «Coacción en el derecho y razón práctica. Las limitaciones del positivismo jurídico en un texto de Frederick Schauer», *Persona y Derecho*, vol. 81, Pamplona, 2020, *passim*.

¹⁷ MASSINI-CORREAS, «Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural», *op. cit.*, pp. XXXIV-LIII.

¹⁸ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, p. 270.

que poseen autoridad para crear, administrar y aplicar las reglas en virtud de un cargo oficial, (a) han de dar cuenta de su cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación y (b) aplicar el derecho consistentemente y según su tenor»¹⁹.

Pero además, el filósofo de Oxford agrega a esa enumeración, que «ninguno de los ocho *desiderata* es sólo una característica de un contenido significativo o de la expresión verbal de un contenido; todos implican cualidades institucionales y procesos [...]. En todos sus puntos se percibe que el gobierno del derecho implica ciertas cualidades del proceso que pueden ser aseguradas sistemáticamente solo mediante la institución de la autoridad judicial y su ejercicio por personas profesionalmente preparadas y motivadas a obrar conforme a derecho»²⁰. En este párrafo queda evidente la convicción de Finnis acerca del carácter formal (institucional y procedimental) que le corresponde a los *desiderata* del rule of law.

También en el último párrafo transcrito, resulta conveniente resaltar dos afirmaciones relevantes: la primera, la referente a la necesidad de la *institución judicial* para la vigencia del *rule of law*, lo que conduce a Finnis a proponer cuatro *desiderata* adicionales a la enumeración original, de carácter propiamente institucional; «podría decirse mucho más –escribe– acerca de este aspecto institucional del *rule of law*, acerca de lo que la experiencia histórica ha mostrado que son *desiderata* adicionales, tales como la independencia de la judicatura, la publicidad de los procedimientos judiciales, la potestad de los tribunales para revisar [por apelación] los procedimientos y las acciones, no solo de otros tribunales sino de la mayoría de las otras clases de funcionarios, y la accesibilidad de los tribunales para todos, incluidos los pobres»²¹.

Esto último significa que para que se den y resulten operativos los ocho *desiderata* formales del GD es necesaria además la existencia de ciertas instituciones jurídicas que hagan posible y promuevan su articulación concreta en la vida jurídica. Si bien Finnis no se explaya acerca del contenido de las exigencias institucionales, es muy fácil ver que un proceso judicial que se lleva adelante frente a un tribunal sectario, militante en un partido o estrechamente dependiente de la voluntad arbitraria de los gobernantes, difícilmente podrá arribar a un resultado justo; y otro tanto ocurrirá si sus actuaciones son por

¹⁹ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, pp. 270-271.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

principio, secretas, no revisables ulteriormente, y los litigantes sin dinero no tienen acceso apropiado a los procedimientos judiciales. En ese caso no habrá derecho ni *rule of law* sino la imposición amañada y violenta del capricho de los poderosos, una especie de interrogatorio de la Gestapo o de los recordados «juicios» de Moscú ordenados por Stalin.

La segunda afirmación relevante del párrafo de Finnis viene dada en la expresión «[personas] motivadas a obrar conforme a derecho»; de aquí se desprende que no es suficiente con el mero conocimiento de que una determinada solución para que ella se lleve a cabo o se concrete; resulta necesario también una cierta disposición estable de la voluntad para que el operador jurídico, y especial el juez, tome la decisión correcta en el caso y actúe para realizarla en la realidad. Esto es lo que la tradición clásica denomina «virtudes», y en especial «virtudes morales», a las que, un poco inexplicablemente Finnis, no presta suficiente atención a lo largo de su extensa obra de filosofía práctica. Y parece necesario considerarlas para alcanzar una teoría ética completa, toda vez que sin virtudes le faltará a la acción humana la energía suficiente –y eficiente– como para alcanzar el bien conocido como tal. «Una virtud –escribe MacIntyre– es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio nos hace capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas, y cuya carencia nos impide alcanzar efectivamente cualquiera de esos bienes»²².

Es una lástima que Finnis no haya integrado a su obra y desarrollado sistemáticamente el puesto de las virtudes en la ética y la filosofía del derecho, cosa que habría enriquecido enormemente su contribución a la filosofía práctica contemporánea; no obstante esto, este autor se refiere esporádica y sucintamente a la doctrina clásica de las virtudes, aunque sin realizar desarrollo completo de esa doctrina. Refiriéndose específicamente a la virtud cívica, el profesor oxoniense sostiene que «[una] virtud es nada más que el completo conjunto de disposiciones que habilita o adapta (*fit*) al hombre en cuanto persona actuante individual y responsable para realizar elecciones auténticamente razonables –elecciones correctas y moralmente buenas– en cualquier contexto en el que se pueda elegir y actuar. Por lo tanto, la virtud cívica, considerada coherentemente, es el conjunto de virtudes morales en la medida en que ellas

²² MACINTYRE, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press, Notre Dame-Indiana, 2010, p. 191; KNIGHT, K., *Aristotelian Philosophy. Ethics and Politics from Aristotle to MacIntyre*, Polity Press, Cambridge-Malden, 2007, pp. 150 y ss.

recaen en la participación de los sujetos en la comunidad que se extiende más allá de la familia hasta las formas de asociación cívica y política»²³.

Y finalmente, resultará provechoso recoger y desarrollar una idea que Finnis coloca al final y como conclusión de su explicación de la idea del *rule of law*: la referida a que, para que el GD tenga una existencia concreta integral y realice adecuadamente su sentido propio, no es suficiente que tengan lugar sus doce exigencias (8 + 4) formales, sino que resulta necesario, además, que todo ello se realice «apelando al bien positivo de una cierta calidad de la asociación e interacción entre gobernante y gobernado: ‘con el fin de que exista un gobierno de las leyes y no de los hombres’. Implícitamente, un componente principal de la idea de régimen constitucional (que en sí misma es un aspecto de la idea del gobierno del derecho) es que los gobernantes mantengan una relación de reciprocidad [con los gobernados], en la cual las exigencias de la autoridad son respetadas a condición de que la autoridad respete a su vez las exigencias del bien común [...]. El sentido fundamental de los *desiderata* es entonces asegurar a quienes están sujetos a la autoridad la dignidad de la autodeterminación y de la libertad respecto de ciertas formas de manipulación. El gobierno del derecho –concluye– está por lo tanto entre las exigencias de la justicia o equidad»²⁴.

De aquí se sigue que la operatividad de los *desiderata* necesita de un ambiente social y comunitario que trascienda los meros procedimientos formales del *rule of law* y abarque una cierta concordia política o interacción pública de carácter ético, que se centre en la búsqueda de la justicia en las relaciones interhumanas. Aquí también resultaría necesario, o al menos conveniente, la presencia, en gobernantes y gobernados, de la virtud de la justicia, por la cual cada uno otorga de buena voluntad, a los demás, las prestaciones que les son debidas y, por lo tanto, estos otros tienen el derecho-facultad de reclamar y exigir que les sean transferidas. Y a la inversa, la ausencia de esta amistad social o reciprocidad tiene como consecuencia una tendencia a la acción manipulativa de los congéneres, a lo que Kant designaba como tratar a las personas como si fueran meros medios y no principalmente como fines²⁵. Y esto es evidente

²³ FINNIS, J., «Virtue and the Constitution», *Collected Essays-III-Human Rights and Common Good*, Oxford University Press, Oxford, 2011(c), pp. 107-115. *Vid.*, también: MASSINI-CORREAS, C.I., *Alternativas de la Ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético*, Rialp, Madrid, 2019, pp. 129-140.

²⁴ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, pp. 72-73.

²⁵ *Vid.*, RUSSELL, D.C., *Practical Intelligence and the Virtues*, Clarendon Press, Oxford, 2011, *passim*.

no bien se leen las obras de los principales opositores al *rule of law*, sean de izquierda o de derecha, quienes basculan decisivamente hacia posturas ideológicas, decisionistas, irracionalistas o meramente instrumentalistas, cuyo resultado inexorable es la manipulación de los hombres concretos bajo la excusa de salvar al hombre abstracto de un modo absoluto y en el aquende la muerte.

IV. EL TEXTO ORIGINARIO (III): LOS LÍMITES DEL *RULE OF LAW*

En el apartado siguiente al analizado en las páginas anteriores (siempre, de *NLNR*), Finnis dedica algunas páginas para plantear y proponer una respuesta a la cuestión de si un gobierno tiránico, orientado a objetivos perversos o perniciosos, puede perseguir esas finalidades utilizando como medio e integralmente los *desiderata* del *rule of law*. Y comienza su planteo sosteniendo que la cuestión a dilucidar no es de carácter meramente «lógico» o «conceptual», ni menos aun puramente «histórico» o «factual». «Está suficientemente claro –sostiene Finnis– que aquí la posibilidad ‘lógica’ o ‘conceptual’ no es, ni debería ser, el centro de la discusión [ya que] los conceptos de derecho y sociedad son legítimamente muchos, y su uso está subordinado a cuestiones de principio enraizadas en exigencias y principios básicos de razonabilidad práctica»²⁶. Dicho en otras palabras, la cuestión a dilucidar aquí no es la de si conceptualmente es posible pensar un gobierno tiránico que respeta el GD, lo que es perfectamente posible, ni tampoco si históricamente se ha dado o no algún caso en el que un déspota haya intentado proceder, al menos aparentemente, conforme a los *desiderata* del *rule of law* para mejor manipular a sus subordinados, ya que algún caso puede haberse dado.

El tema a dilucidar es el de si, desde el punto de vista del pensamiento y los principios prácticos, resulta razonable que un tirano se preocupe consistentemente en publicar sus reglas, hacer públicos los procedimientos judiciales, lograr que sus mandatos sean posibles de cumplir, previos a la acción y coherentes o que los tribunales sean independientes. A esto responde Finnis que «una tiranía entregada a fines perniciosos no tiene una *razón*, por sí misma suficiente, para someterse a la disciplina de operar coherentemente por medio de exigentes procesos de derecho, supuesto que el sentido racional de tal autodisciplina es precisamente el valor de la reciprocidad, la equidad y el respeto

²⁶ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, p. 273.

por las personas, todas realidades que el tirano, *ex hypothesi*, desprecia»²⁷. La tiranía, sostiene Finnis, tiende intrínsecamente a ser explotadora, ideológica, es decir, fanática [o utópica] o las dos cosas a la vez, pero «ninguna de esas formas de tiranía puede encontrar en esos objetivos ningún fundamento racional (*rationale*) para adherir a las exigencias de la legalidad [...]. Porque tales regímenes buscan resultados determinados [o particulares], no ayudan a las personas a constituirse *a sí mismas* en comunidad»²⁸.

Esto significa que, desde el punto de vista del pensamiento práctico (político o jurídico), resulta claro que un gobierno tiránico, que por definición no busca el bien común, no tiene razones operativas para auto-limitarse y constreñir su actividad como gobernantes a las exigencias del GD. En otras palabras, el mismo concepto práctico-político de tiranía excluye la adopción de cursos de acción (*rule of law*) elaborados específicamente para limitar la acción del gobernante y encaminarla al bien de los gobernados y a su trato interactivo como personas dotadas de dignidad propia. Los *desiderata* han sido pensados como algunos (no los únicos) de los artificios, los social-formales, elaborados por el hombre para favorecer y promover en los sujetos el logro de su realización personal en comunidad; el tirano no querrá saber nada con ellos, salvo en un sentido amañado, aparente y meramente engañoso, pero nunca auténtico.

De este modo, resulta claro que, para el pensador australiano, el *rule of law* no tiene un sentido meramente instrumental o técnico, sino uno intrínsecamente ético, es decir, ordenado a la constitución del hombre en cuanto persona integral, especialmente en su dimensión comunitaria²⁹. «De manera tal –escribe Finnis– que es un error afirmar [...] que el gobierno del derecho (su conjunto de ocho [+ 4] *desiderata*) es simplemente un instrumento eficiente que, como un cuchillo afilado, puede ser bueno y necesario para fines moralmente buenos pero es igualmente utilizable para el mal»³⁰. Y eso es así, según Finnis, porque «la idea del gobierno del derecho se basa en la opinión de que una cierta clase de interacción entre gobernante y gobernado, que implique reciprocidad y justicia procedimental, es muy valiosa por sí misma; no es simplemente un medio para otros fines sociales, y no puede ser sacrificada a la ligera por esos otros fines»³¹.

²⁷ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, pp. 273-274.

²⁸ *Ibid.*, p. 274.

²⁹ FINNIS, J., *Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 139.

³⁰ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, p. 274.

³¹ *Ibid.*, p. 274.

En definitiva, queda claro que, para Finnis, el sentido y la finalidad para la que se defiende, promueve y mantiene el *rule of law* revisten carácter intrínsecamente ético, aunque accidentalmente también puedan ser útiles para acelerar los procesos, para aumentar la confianza del público en ellos y para algunos otros objetivos accidentales. Pero lo fundamental es que el GD hace posible y promueve un tipo de interacción humana, entre los gobernantes y gobernados y entre los ciudadanos entre sí, que realiza efectivamente una de las dimensiones del bien humano básico de la socialidad-amistad, que consiste en la concordia entre los ciudadanos en un proyecto común y en la participación de todos en la tarea de coordinar las conductas políticas para hacer posible y realizable el bien común de la comunidad completa.

Por otra parte, es preciso consignar que, si bien en estas exigencias formales del *rule of law* puede existir alguna dimensión técnico-instrumental, ella se ordena a, y se encuentra integrada en un conjunto de actividades o praxis que se ordenan constitutivamente a la promoción, realización o defensa de algún bien humano básico o de un conjunto de ellos en el marco de la *polis*. Del mismo modo que en la actividad política es posible encontrar elementos de carácter técnico: técnicas electorales, instrumentos proselitistas, medios de convicción, etc., resulta que todos ellos se integran en y pertenecen a, una actividad superior, de carácter eminentemente ético, como lo es la praxis política finalista³².

V. EL GD EN ALGUNOS ESCRITOS POSTERIORES: *AQUINAS*

Luego de esta exposición y explicación realizada en *NLNR* acerca del sentido, alcance y exigencias del *rule of law*, Finnis ha escrito sobre ese tema en otros lugares, aunque en general de modo más breve. En esta oportunidad, y a los efectos de que la extensión del tratamiento no resulte desmedida y no se parezca demasiado a una guía telefónica, se limitará el estudio a tres textos particulares del autor australiano: uno de su importante libro *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, el segundo de un trabajo publicado por última vez con el título de «Limited Government», y el tercero aparecido con el título de «Natural Law Theory» en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Luego de estos análisis, se

³² CRUZ PRADOS, A., *Ethos y Polis. Bases para la reconstrucción de la filosofía política*, EUNSA, Pamplona, 1999, pp. 88-248.

realizará, en el apartado siguiente, una sistematización y valoración global de las ideas de John Finnis acerca del *rule of law* y su función en el derecho.

En el primero de los trabajos citados, Finnis realiza un interesante estudio de las ideas práctico-éticas del Aquinate, en el cual las examina con el modo de aproximación y la metodología propias de la filosofía analítica oxoniense. Estas modalidades que adquiere aquí el estudio del Aquinate son bastante diversas de las que se utilizaban hasta fines del siglo XX por los seguidores de la Escuela Tomista, lo que ha llevado a varios de ellos a criticar —a veces acerbamente— los estudios de Finnis, llegando a afirmar que no se trata de estudios propiamente tomistas. En realidad, este autor no pretende ser, como decía Bochenski, un «tomista de la barba», mero repetidor de los textos del pensador de Aquino, sino que intenta re-pensar, re-formular y re-exponer las ideas centrales con las que Tomás se constituyó en el principal formador de la tradición filosófica central de occidente.

En esta tarea de nueva formulación, Finnis recalca que Aquino, al tratar de los sujetos de la praxis social, distingue entre aquellos que actúan como *persona pública* de aquellos que lo hacen como *persona privada*; y luego afirma que «esa diferenciación es también, para Aquino, un componente principal del ‘rule of law [rules], y que no es el gobierno de los hombres [rulers]’. No es que Aquino piense que el *rule of law* es, en última instancia, materia de arreglos institucionales; mejor que eso, su función es hacer aquello que debe ser realizado para que se vea que el estado está gobernado por la razón, es decir, por la ley [law] que es una prescripción de la razón {*dictamen rationis*}, o de alguien que actúa de acuerdo con la razón (más que de acuerdo con la voluntad de los hombres, es decir, de acuerdo con el capricho o la pasión)»³³. Y un poco más adelante explica que «la principal apelación que efectúa el Aquinate al aristotélico ‘rule (government) of law’, es con el propósito de argumentar lo mejor posible que han de haber leyes para determinar de antemano lo que han de decidir los jueces; la menor cantidad posible de materias (*paucissima*) deben ser dejadas a la discreción judicial»³⁴.

De los párrafos anteriores se desprende que, para Finnis, quien sigue en este punto los textos del Aquinate, el sentido decisivo del *rule of law* radica en que la conducta humana en la *polis* sea gobernada por la razón práctica y por la

³³ FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p.250.

³⁴ *Ibid.*, p. 250.

gestión de gobernantes razonables, y nunca por la mera pasión, el autointerés o el vicio, especialmente por la avaricia. Y como consecuencia de esto, también que la operación y aplicación del derecho se haga conforme a la determinación efectuada por las leyes, y se deje solo un margen estrecho librado a la discrecionalidad de los operadores judiciales. El argumento esgrimido en este punto por Aquino y citado por Finnis es exactamente el mismo elaborado por Aristóteles: que las personas individuales no sujetas a las leyes generales son más fácilmente influidas por la pasión o la simple emotividad³⁵.

Pero, además, Finnis agrega otras dos ideas que enriquecen decisivamente su doctrina del *rule of law*; la primera es la que sostiene que «el bien público de la justicia no se restringe al ‘espacio de lo público’ o a las transacciones públicas. Por el contrario –concluye Finnis– resulta deseable que el *rule of law* tenga vigencia en aquellas relaciones privadas que, de otro modo, podrían resultar ocasiones de injusticia, o de un daño hecho por una persona a otra»³⁶. En este punto, el jurista de Oxford se aleja de la mayoría de los defensores del *rule of law*, quienes centran su atención en sus dimensiones públicas y muy pocas veces o nunca consideran la necesidad (práctica) de su presencia en las relaciones jurídicas entre privados.

La segunda de las ideas que conviene destacar en los textos de *Aquinas*, es la que se refiere nuevamente a la necesidad para el *rule of law* de la existencia de una concordia entre gobernantes y gobernados, así como una participación de estos últimos en el gobierno de la *polis*. Tomás de Aquino llama a ese gobierno con participación ciudadana «gobierno político», y Finnis destaca que esa es la forma considerada ideal –el mejor régimen– por el Aquinate, en especial en sus textos de la *Summa Theologiae*; «en cualquier caso –escribe el filósofo oxoniense– Aquino da la impresión de que él prefiere la forma ‘política’ de gobierno de la comunidad completa, limitada por leyes elaboradas con el propósito de regular y limitar aún a los gobernantes supremos», y en otro lugar precisa que «el caso central de ‘gobierno’ es el de la dirección de gente libre, y el caso central de ‘derecho’ es el de la coordinación de sujetos bien dispuestos a través de la ley la cual, por su carácter plenamente público (promulgación), su claridad, generalidad, estabilidad y practicabilidad, los trata como participantes en la razón pública»³⁷.

³⁵ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 1, ad 2 (BAC, Madrid, 1956).

³⁶ FINNIS, J., *Aquinas...*, *op. cit.*, p. 251.

³⁷ *Ibid.*, pp. 257-261.

Tal como se desprende de los textos anteriores, resulta claro que para Finnis, la significación focal de ‘gobierno’ corresponde a la de uno limitado por la ley y dotado de participación popular, y a su vez, el significado focal de ‘derecho’ es el de aquél que cumple con las exigencias del *rule of law*. En otras palabras, el GD y el régimen propiamente ‘político’ o participativo son dos elementos que se implican el uno al otro y que por lo tanto no pueden existir independientemente, al menos no de modo plenario. De este modo, concluye Finnis, «el gobierno de una comunidad completa a través del derecho es en ciertos aspectos una empresa conjunta, un tipo de coordinación entre los actos de los gobernados entre sí, a través de una coordinación con las directivas dada por sus gobernantes»³⁸.

VI. EL GD EN ALGUNOS ESCRITOS POSTERIORES: «LIMITED GOVERNMENT»

El segundo de los trabajos a los que se hará referencia es el titulado *Limited Government*, en el cual su autor se refiere a la temática más genérica y estrictamente ‘política’ del ‘gobierno limitado’ y no solamente a la del *rule of law*, aunque le otorga a este último un lugar destacado en la estructura del gobierno moderado. En este artículo, Finnis defiende la tesis de que «el primer teórico del gobierno en articular como un concepto específico el desiderátum de que la autoridad/poder gubernamental sea limitado parece haber sido Tomás de Aquino [...]. En la primera página sustantiva de su Comentario a la *Política* de Aristóteles, Aquino da una explicación acerca de la distinción, que Aristóteles esboza en ese lugar pero no explica, entre los tipos de régimen o de gobierno *político* y *real*. En las formas ‘reales’ de gobierno, dice Aquino, los gobernantes tienen plena autoridad, mientras que en las formas ‘políticas’, su autoridad está ‘limitada [*coarctata*] de acuerdo a ciertas leyes de la polis»³⁹.

Es bien sabido que el Aquinate no terminó su comentario a la *Política* (llegó hasta el capítulo cuarto del segundo libro o, según otros, hasta el capítulo 6 de libro III), de modo tal que no llegó a comentar la segunda mitad del libro tercero, que es donde el Estagirita expone su doctrina del gobierno del

³⁸ FINNIS, J., *Aquinas...*, *op. cit.*, p. 257

³⁹ FINNIS, J., «Limited Government», *Collected Essays-III-Human Rights and Common Good*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 83-84.

derecho⁴⁰. «Pero –escribe Finnis– en su *Comentario* a la *Ética* de Aristóteles, en el punto del libro quinto donde el Estagirita resume brevemente los méritos del *rule of law*, Aquino expande y quizá profundiza un poco la exposición: el gobierno recto no tolera una dirección no-regulada de los gobernantes (‘gobierno de los hombres’), sino que busca gobernantes regulados por la ley, precisamente porque la ley es un dictado de la *razón*, mientras que lo que tiende a inclinar al gobierno hacia la tiranía (gobierno en el interés de los gobernantes) son sus *pasiones* humanas»⁴¹.

Pero un poco más adelante, Finnis defiende la existencia en el pensamiento de Tomás de Aquino de otro límite estructural del gobierno, el referido a la necesidad de cierta medida (relevante, no superficial) de participación de todos los miembros de la comunidad en la conducción y coordinación de las conductas hacia el bien común; y cita al Aquinate cuando dice que el gobierno político, en cuanto opuesto al despótico, consiste en la conducción ejercida por hombre *libres e iguales* según las leyes que regulan su acceso y rotación en el gobierno. «[En este punto] –sostiene Finnis– el pensamiento guía es: ‘libres e iguales’. Por supuesto, en sus propias obras teológicas Aquino quiere expresar que la mejor estructuración de la autoridad gubernamental (*optima ordinatio principum*) ha de incluir que ‘todos (*omnes*) tomen parte en el gobierno, tanto en el sentido que cada uno es elegible para ser uno de los gobernantes, cuanto en el sentido de que aquellos que han de gobernar sean electos por todos [...]’; en este lugar pretendo solamente subrayar la importancia para la teoría política de estas incondicionales e in-excepcionables limitaciones al gobierno»⁴².

De aquí se sigue que, en la presente interpretación finnisiana del Aquinate, la forma óptima de ‘gobierno limitado’ o gobierno ‘político’ supone la existencia sin excepción de al menos dos límites directivos al ejercicio de la autoridad: (i) el que ese ejercicio esté regulado determinadamente por leyes jurídicas, de jerarquía constitucional o no, y (ii) que exista algún tipo de participación ciudadana en la elección de los gobernantes. Esto significa que la noción del ‘gobierno limitado’ se centra fundamentalmente en el respeto del *rule of law* y en la organización de un gobierno participativo. Por supuesto que la participación política a la que hace referencia el Aquinate, seguido en este

⁴⁰ TORRELL, J.B., *Iniciación a Tomás de Aquino: su persona y su obra*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 252; WEISHEIPL, J.A., *Tomás de Aquino. Vida, obras y doctrina*, Eunsa, Pamplona, 1994, p. 434.

⁴¹ FINNIS, J., «Limited Government...», *op. cit.*, p. 84.

⁴² *Ibid.*, p. 84.

punto por Finnis, no tiene vinculación alguna con la ideología, principalmente rousseauiana, de la «representación política», según la cual los gobernantes electos subrogan en el ejercicio del poder a los gobernados y encarnan su voluntad. Para la tradición clásica, en los gobiernos estrictamente ‘políticos’, los ciudadanos ‘toman parte’ o ‘participan’ de diferentes formas en el gobierno, que las autoridades ejercen en nombre propio-institucional y no delegado⁴³.

VII. EL GD EN ALGUNOS ESCRITOS POSTERIORES: *STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY*

Finalmente, corresponde referirse someramente a algunas afirmaciones defendidas por Finnis en su trabajo correspondiente a la voz «Natural Law Theories» de la conocida *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. En ese lugar, este autor recuerda, ante todo, que el origen de la idea de que los hombres deben ser dirigidos en la *Polis* más por leyes que por personas, está en el Libro III, Capítulo 15 de la *Política* de Aristóteles, y que las razones esgrimidas allí por el Estagirita para sostener esa afirmación son principalmente cuatro: (i) que las leyes son producto de la *razón* y no de la pasión; (ii) que la soberanía de un solo gobernante o de una asamblea tienden a la *tiranía*; (iii) que la igualdad ante la ley exige que toda persona madura tenga alguna *participación* en el gobierno y (iv) que éste sea *rotativo*. «Por lo tanto –sostiene Finnis–, el caso central de autoridad práctica es el del gobierno de una *Polis* por leyes y por gobernantes regulados por la ley»⁴⁴. Todo esto se ha apuntado más arriba, por lo que no necesita comentarios adicionales.

Y al pasar a la exposición de las ideas del Aquinate, el filósofo oxoniense escribe que «la exposición de Tomás de Aquino de la ley humana positiva trata el caso central de ‘gobierno’ como la auto-dirección de un pueblo libre a través de gobernantes e instituciones que ese pueblo ha designado para ese propósito, y que el caso central de derecho es el de la coordinación de sujetos dispuestos por la ley la cual, por su carácter público (promulgación), claridad, generalidad, estabilidad, trata a esos sujetos como partícipes en la razón

⁴³ BIDART CAMPOS, G., *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, soberanía y representación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, *passim*.

⁴⁴ FINNIS, J., «Natural Law Theories», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Zalta, E.N. (ed.), https://plato.stanford.edu/archives/winter_2016/entries/natural-law-theories/, p. 4.

pública»⁴⁵ y que utilizan esa ley, al menos, presuntivamente, como razón para la acción. A continuación, Finnis afirma que las observaciones dispersas y fragmentarias realizadas por Aquino sobre el *rule of law* fueron ordenadas en una lista de ocho elementos por Lon Fuller, elementos que «son implicancias o especificaciones de la aspiración y el deber de tratar a la gente como presuntivamente intitulada –como materia de imparcialidad y justicia– para ser tratada como personas libres, fundamentalmente iguales a sus gobernantes y no como títeres o marionetas aptos para ser administrados y puestos en orden a través de la manipulación, la incertidumbre, el miedo, etc.»⁴⁶.

Pero como el resultado normal del ejercicio del GD no es sólo el de mejorar el trato a los sujetos del derecho y promover su intercomunicación y concordia con los gobernantes, sino que lo es también el de fortalecer la eficacia práctica del derecho, de hacer más fluida su dirección de la conducta y convertirla en más aceptable para los ciudadanos, esto último ha llevado a varios autores de raigambre positivista (Hart, Raz, Kramer) a defender la idea de que en realidad, el *rule of law* no es intrínsecamente una realidad moral, sino ante todo un artificio técnico para alcanzar una mayor obediencia al derecho. De ese modo, el *rule of law* podría ser un instrumento de eficiente gobernabilidad tanto para los buenos gobernantes como para los tiranos. «Esta tesis –escribe Finnis– ha sido elaborada cuidadosamente y sobre diferentes bases por Raz en 1979 y por Kramer en 2004: si bien el *rule of law* (y el cumplimiento de sus exigencias) pueden ser moralmente importantes e inclusive hasta una virtud moral (porque resulta normalmente necesario para el pleno gobierno justo en una sociedad justa, y especialmente para aliviar los peligros que surgen de la existencia de la autoridad política, y del derecho en sí mismo) él es no obstante moralmente neutral en sí mismo, desde que [...] él resulta normalmente necesario aún por los gobernantes profundamente injustos para avanzar en sus propósitos inmorales»⁴⁷.

Pero esta afirmación de ciertos autores positivistas ha sido fuertemente cuestionada por Finnis en *NLNR* y en otros trabajos, así como por otros autores como Nigel Simmonds en *Law as a Moral Idea*⁴⁸ y otros trabajos, sosteniendo que el octavo *desiderata* de los propuestos por Fuller, es decir, la sujeción

⁴⁵ FINNIS, J., «Natural Law Theories», *op. cit.*, p. 4.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 69 y ss.

de los gobernantes a sus propias normas en su conducta gubernativa, es especialmente obstructivo para los propósitos de cualquier tiranía. Aquí escribe Finnis que «el foco del compromiso de Fuller, y el más fructífero “lugar” para el debate, no está tanto en los fenómenos históricos o sociológicos, sino en las razones prácticas ‘internas’ en juego. Si a veces los gobernantes no respetan los derechos e intereses de sus sujetos en relación con cuestiones sustantivas (vida, seguridad física, libertad, propiedad, y así sucesivamente), ¿por qué habrán esos gobernantes de –qué razones tendrán para– respetar los derechos e intereses de sus sujetos en las materias formales o de procedimiento incluidas en el *rule of law*? [...]. Una más o menos inconsistente voluntad de los gobernantes para atarse sus propias manos por una adhesión escrupulosa a la justicia procedimental, siendo al mismo tiempo sustantivamente injustos, es por supuesto psicológicamente posible. Pero el principal compromiso de Fuller, así como el de la amplia tradición de la teoría de la ley natural, es con la racionalidad y con la implicación específica de una racionalidad completamente coherente: con el juicio y la elección *moralmente* razonables»⁴⁹.

Por su parte, el profesor de Cambridge Nigel Simmonds adopta una posición similar, ante todo porque, como él mismo escribe en su libro *Law as a Moral Idea*, «se va a sugerir que la de ‘derecho’ es una idea intrínsecamente moral, y que la indagación acerca de la naturaleza de la ley es una forma de indagación moral y se argumentará que los debates específicos del sistema [jurídico] acerca del contenido del derecho nunca pueden ser separados de la indagación filosófica sobre la naturaleza del derecho en cuanto tal»⁵⁰. Y este punto de partida, similar al de Finnis y al de toda la tradición del derecho natural, le conduce a sostener, con referencia al *rule of law*, «que la observancia del *rule of law* no es un instrumento neutral que resulta útil para diversos objetivos, sean ellos buenos o malos. Gobernantes perversos motivados por el puro auto-interés es muy improbable que encuentren que la observancia del *rule of law* está entre sus intereses [...]. Si el establecimiento y mantenimiento de instituciones que respeten y sean guiadas por estos requerimientos [del GD] han de ser vistas como racionales, habrán de ser entendidas en términos de valores morales o políticos impersonales, más que en términos de consideraciones instrumentales, que sirvan para el mal y para el bien»⁵¹.

⁴⁹ SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, op. cit., pp. 69 y ss.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 6.

⁵¹ *Ibid.*, p. 100.

Pero el principal problema que plantea esta posición de Simmonds es que, en su aceptación del carácter intrínsecamente ético del *rule of law*, limita su referencia moral a un único valor: el de la libertad personal («el valor al que sirve el rule of law es el valor de la libertad»)⁵². Pero resulta que el carácter de bien-valor en sí de la libertad está altamente discutido por varios autores, como Robert P. George, para quien la libertad no es propiamente un valor en sí, sino el supuesto antropológico para la existencia y logro de otros valores, como la amistad política, la razonabilidad práctica o el trabajo⁵³. También discute el concepto de libertad utilizado por Simmonds el asimismo profesor de Cambridge, Matthew Kramer, aunque reconoce que la concepción del primero es también –como lo es la suya propia– una noción *negativa* de la libertad, tal como lo son casi todas las de carácter liberal y como no lo es claramente la concepción asumida por Finnis⁵⁴.

El resultado de estas argumentaciones, tanto las de Finnis como las de Simmonds, es que la pretensión de los pensadores ius-positivistas (Hart, Raz, Kramer) en el sentido de que la función propia del GD es la de servir de mero instrumento para la eficacia y certeza del derecho, cualquiera que sea el valor o dis-valor ético de los fines que se persigan con su implementación, resulta irracional, tanto en el sentido de improbable e inútil, como en el sentido deóntico de radicalmente anti-jurídico, dada la intrínseca calidad ética (con sus propios matices y particularidades) que posee el derecho en sí mismo.

VIII. LAS CONTRIBUCIONES CENTRALES DE JOHN FINNIS A LA IDEA DEL *RULE OF LAW*

Luego de la precedente exposición de los lugares y las ideas expuestas en ellos acerca del *rule of law* por este filósofo oxoniense, resultará conveniente analizar cuáles son sus contribuciones personales a la filosofía del GD. Lo primero que resulta relevante en las exposiciones de Finnis en este punto, es que todas ellas adoptan claramente el modo de abordaje, la metodología y el estilo expositivo propio de la tradición anglosajona, la que se remonta

⁵² SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, op. cit., p. 100.

⁵³ GEORGE, R.P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 176.

⁵⁴ KRAMER, M., «Freedom and the Rule of Law», *Alabama Law Review*, vol. 61, Tuscaloosa, 2009-2010, pp. 827-845.

principalmente hasta las obras de Henry de Bracton en el siglo XIII. Y lo que caracteriza a esta perspectiva es, ante todo, su punto de partida en la experiencia jurídica, es decir, en la percepción directa y espontánea de la vida jurídica, tal como se presenta en las vivencias sociales, y no en tradiciones religiosas, teorías o ideologías de las cuales haya que deducir las categorías del derecho. Dice Finnis: «Este objeto [de conocimiento] que podemos llamar desde el principio *derecho* porque iniciamos este tipo de reflexiones con una percepción lingüística, experimental y por relato, *del* derecho de nuestro tiempo en nuestra ciudad y nuestro país»⁵⁵. Y es a partir de esta experiencia práctica, y en constante referencia a ella, que el derecho anglosajón se ha desarrollado, perfeccionando y difundido sus categorías propias a través del recurso a la tradición, en especial la jurisprudencial, tal como los explica y aplica notablemente Dicey⁵⁶.

En este punto, es conveniente recordar que en la tradición del derecho inglés se encuentra siempre presente la idea de derecho natural, no tanto como objeto de especulación abstracta, cuanto como vivencia práctica y concreta. Fundamentalmente a partir de John Fortescue, esa vivencia práctica pasó al ámbito de la teoría jurídica, y permaneció con altibajos hasta el violento ataque que le planteó el positivismo utilitarista, encabezado por Bentham y Austin y continuado hasta la segunda mitad del siglo XX en que culmina en la obra de H.L.A. Hart. Finnis ha retomado esa tradición iusnaturalista de la *jurisprudence* anglosajona, la ha actualizado y enriquecido con la incorporación de las ideas centrales de Aquino, quien a su vez había recuperado el magisterio bi-milenario de Aristóteles⁵⁷. Enriqueciendo esa tradición con la metodología filosófica analítica y especialmente con la *analytical jurisprudence*, Finnis ha presentado una versión de la filosofía del derecho que ha sido capaz de traer de nuevo a la actualidad la indispensable problemática del derecho natural y de la razón práctica.

En segundo lugar, resulta importante la contribución que hace Finnis a la doctrina del *rule of law* al proponer la adición, a la nómina de los *desiderata* for-

⁵⁵ FINNIS, J., «Describing Law Normatively», *Collected Essays-IV-Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 23.

⁵⁶ DICEY, AA.VV., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9.ª ed., Macmillan, London, 1945, *passim*.

⁵⁷ Dice Jorge Luis Borges sobre el Estagirita en su cuento «La busca de Averroes»: «Aristóteles. Este griego, manantial de toda filosofía, había sido otorgado a los hombres para enseñarles todo lo que se puede saber» (Borges, 2012, 241-242).

mal-procedimentales sintetizados por Fuller, una breve nómina de exigencias «institucionales» del GD. Es claro que los *desiderata* necesitan, para funcionar adecuadamente y cumplir su cometido, de la existencia de ciertas instituciones, sobre todo de las cuatro que enumera Finnis en *NLNR*; pero pareciera que esa enumeración podría ser enriquecida con otras exigencias de carácter institucional, por ejemplo, el habilitar la posibilidad de todas las partes actuantes en un proceso judicial de ser adecuadamente escuchadas; *audiatur et altera pars*, decían los romanistas del *Ius Commune*, aunque algunos autores colocan su origen en el *Corpus Iuris Civilis*. Y así como esta, es posible detectar varias otras instituciones, principalmente procesales o de organización del servicio de justicia, que sería deseable fueran estudiadas y desarrolladas para su correcta implementación. De todos modos, la idea de incorporar al *rule of law* ciertos *desiderata* institucionales, ha enriquecido notablemente las aportaciones del profesor emérito de Oxford al GD.

La tercera de las contribuciones del pensador australiano a la doctrina del GD puede señalarse en la firmeza con que ha defendido el carácter no meramente instrumental sino intrínsecamente moral del *rule of law*. Tal como se vio más arriba, Finnis sostiene que el objetivo central del GD radica en que el sistema jurídico haga posible y promueva una convivencia capaz de desarrollar la auto-formación y realización de las personas humanas, así como la convivencia armónica o concordia entre gobernantes y gobernados, ordenada activamente hacia el bien común de las sociedades políticas. En un sentido similar, la jurista anglo-norteamericana Shirley Robin Letwin ha escrito agudamente que «salvo que se reconozca que la moralidad es intrínseca al derecho, seremos incapaces de defender el *rule of law* y por lo tanto nuestra libertad, en contra de su mayor enemigo mortal, la confusión acerca de lo que más importa para nosotros», es decir, el relativismo ético contemporáneo⁵⁸.

Por otra parte, en la propuesta de Finnis esa remisión a la moral como fundamento y sentido del *rule of law*, no se limita, como en el caso de Simmonds y Robin Letwin, al único valor de la libertad, sino que incluye la totalidad de los bienes humanos básicos como dadores de sentido a la moralidad humana. En efecto, si bien el pensador oxoniense hace una referencia especial a la amistad y participación políticas al hablar del sentido del GD, también incluye el resto de los bienes humanos, en cuanto susceptibles de realización

⁵⁸ ROBIN LETWIN, S., *On the History of the Idea of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 345.

por mediación del bien común. De este modo, la casi totalidad de las dimensiones de la ética se encuentran involucradas en la dación de sentido moral al *rule of law*.

Pero este carácter constitutivamente moral que Finnis defiende para el *rule of law*, significa también que las propuestas positivistas que reducen su función a la dimensión meramente técnico-jurídica, instrumental para cualquier finalidad que se proponga un gobierno, sea esta perversa o benévola, incurren en un reductivismo incapaz de comprender el derecho en su integridad. De este modo, reducido el GD a mera técnica de manipulación humana, como lo proponía Kelsen, o bien aceptando una cierta dimensión ética en el derecho, pero siempre externa al fenómeno jurídico, tal como lo defienden Hart y sus seguidores, el positivismo reduce el derecho al orden de las realidades fabricadas, externas al hombre mismo y cuyo único criterio de valoración resulta ser la utilidad en cuanto instrumento eficiente.

Es cierto que en un mundo dominado por una cultura de matriz tecnológica y con una fuerte carga anti-humanista⁵⁹, los esquemas de pensamiento instrumentales tienden a prevalecer, pero también es verdad que conducen a la difuminación del hombre en cuanto tal y a su reducción a un mero medio para fines que le son completamente extraños. Por eso, por eso es necesario retomar la tradición ius-naturalista, la cual «no se satisface –escribe Finnis– con observar simplemente el hecho histórico o sociológico de que la ‘moral’ afecta de tal modo al ‘derecho’, sino que en lugar de eso procura determinar cuáles son realmente la exigencias de la razonabilidad práctica, para ofrecer de este modo una base racional [-normativa] para la actividad de los legisladores, los jueces y los ciudadanos»⁶⁰.

Finalmente, y en continuidad con lo expresado precedentemente, corresponde recalcar que, para Finnis, la idea del *rule of law* o del buen (en sentido moral) funcionamiento del derecho es fundamentalmente una idea práctica, o práctico-normativa, como lo son todas las que pertenecen al conocimiento propiamente jurídico: la filosofía jurídica, la *jurisprudence* o ciencia jurídica y la prudencia, y por lo tanto su propósito central es el de establecer lo que debe ser hecho o actuado para que el sistema jurídico opere de modo óptimo, de modo de hacer viable, en la mayor medida posible, la realización humana en

⁵⁹ SPAEMANN, R., «El final de la modernidad», AA.VV., *Humanidades para el siglo XXI*, Alvira, R. & Spang, K., EUNSA, Pamplona, 2006, pp. 101-123.

⁶⁰ FINNIS, J., *NLNR*, *op. cit.*, pp. 290.

el marco de la convivencia en la sociedad completa. Dicho de otro modo, «el pensamiento práctico provee de una guía general para la realización del bien humano –a través de los bienes humanos básicos– y ciertos límites decisivos –los absolutos morales– que enmarcan, coordinan y orientan las soluciones prácticas en un marco de razonabilidad, que no obstante su ductilidad, reviste un carácter objetivo capaz de justificar racionalmente el valor y la corrección de las soluciones»⁶¹.

La mayoría de estas afirmaciones de Finnis han sido debatidas recientemente por Andrés Rosler en su libro *La ley es la ley. Autoridad e interpretación*, y resulta extraño que, partiendo de una toma de posición claramente positivista, el autor encuentre razonables varias de las afirmaciones centrales del filósofo australiano; quizá se trate de un caso de afinidad oxoniense (Rosler realizó su tesis doctoral en Oxford bajo la dirección de Finnis, sobre un aspecto del pensamiento de Aristóteles), pero pareciera más bien que ello se debe a que el adversario al que Rosler dirige sus ataques principalmente es al interpretativismo de Dworkin, que para muchos es la mejor versión del antipositivismo contemporáneo. Pero también a que el profesor de Buenos Aires, a pesar de que reconoce que la «imagen usual que solemos tener del iusnaturalismo se la debemos fundamentalmente a sus adversarios», asume también él esa perspectiva y sostiene que, para el iusnaturalismo, «cualquier desavenencia entre el derecho y la moral afecta la normatividad del primero debido a que no cumple con la segunda», tesis que, así formulada, no se encuentra en ninguno de los iusnaturalistas reconocidos⁶². Las tesis completas de este libro deberán ser objeto de una investigación ulterior.

IX. *CONCLUSIO BREVIS*

En definitiva, las aportaciones realizadas por John Finnis a la mejor inteligibilidad, interpretación, determinación, valoración y concreción de la idea del *rule of law*, tienen desde varios aspectos un valor relevante, pero en especial porque en ellas se unen y se resumen tres tradiciones de pensamiento: el núcleo central del pensamiento clásico-realista, algunos de los planteos metodológicos de la *analytical jurisprudence* y ciertas ideas propias de la reflexión moderna

⁶¹ MASSINI-CORREAS, C.I., *Facticidad y razón en el derecho...*, op. cit., p. 120.

⁶² ROSLER, A., *La ley es la ley*, Katz Editores, Buenos Aires, 2020, p. 28.

sobre el gobierno limitado. Con todo este material, el pensador australiano ha configurado una versión sugerente y personal de la tradición realista de occidente, en lo que se refiere a las exigencias normativas que plantea el derecho –y en especial el derecho natural– a la actividad gubernativa de las autoridades políticas. Esta versión ha significado un potente reingreso de la tradición central de occidente a los debates y diálogos de la ius-filosofía contemporánea, en una búsqueda inteligente de un contexto vital y social que haga posible, en la mayor medida de lo hacedero, la realización humana a través de la convivencia jurídica y política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV., *Reason, Morality and Law. The Philosophy of John Finnis*, Keon, J., & George, R.P. (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ABBÀ, G., *Quale impostazione per la filosofia morale?*, LAS, Roma, 1996.
- *La virtù per la felicità*, LAS, Roma, 2018.
- BIDART CAMPOS, G., *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, soberanía y representación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- CRUZ PRADOS, A., *Ethos y Polis. Bases para la reconstrucción de la filosofía política*, Eunsa, Pamplona, 1999.
- DICEY, AA.VV., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9.^a ed., MacMillan, London, 1945.
- FINNIS, J., *Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011².
- *Collected Essays*, 5 vols., Oxford University Press, Oxford, 2011.
- «Virtue and the Constitution», *Collected Essays-III-Human Rights and Common Good*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 107-115.
- «Describing Law Normatively», *Collected Essays-IV-Philosophy of Law*, Oxford University— «Limited Government», *Collected Essays-III-Human Rights and Common Good*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- «Natural Law Theories», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Ed. Edward N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/winter2016/entries/natural-law-theories/>
- GEORGE, R.P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 176.
- KNIGHT, K., *Aristotelian Philosophy. Ethics and Politics from Aristotle to MacIntyre*, Polity Press, Cambridge-Malden, 2007.
- KRAMER, M., «Freedom and the Rule of Law», *Alabama Law Review*, n. 61, Tuscaloosa-EE.UU., 2009-2010, pp. 827-845.

- MACINTYRE, A., *Three Rival Versions of Moral Inquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*, University of Notre Dame Press, Notre Dame-Indiana, 1994.
- MACCORMICK, «Natural Law and the Separation of Law and Morals», AA.VV., *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, George, R.P. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992.
- MASSINI-CORREAS, C.I., *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona-San Pablo, 2015.
- «Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural», FINNIS, J., *Estudios de teoría del derecho natural*, Massini-Correas C.I. & Saldaña, J. (eds.), UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
- *Alternativas de la Ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético*, Rialp, Madrid, 2019.
- «Coacción en el derecho y razón práctica. Las limitaciones del positivismo jurídico en un texto de Frederick Schauer», *Persona y Derecho*, vol. 81, Pamplona, 2020.
- ROBIN LETWIN, S., *On the History of the Idea of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- ROSLER, A., *La ley es la ley*, Katz Editores, Buenos Aires, 2020.
- RUSSELL, D.C., *Practical Intelligence and the Virtues*, Clarendon Press, Oxford, 2011.
- SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- SPAEMANN, R., «El final de la modernidad», AA.VV., *Humanidades para el siglo XXI*, Alvira R., & Spang, K. (eds.), Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 101-123.

