

## ¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?\*

Como la ética y la filosofía política, las partes de la filosofía de las cuales depende de manera directa, la filosofía del derecho pertenece a la filosofía de la razón práctica. La razón práctica, y con ello la filosofía de la razón práctica (filosófica porque considera los problemas de la razón práctica en su completa universalidad) procura hacer razonables las deliberaciones y elecciones a través de las cuales las personas dan forma a sus acciones libremente escogidas y de ese modo también se configuran a sí mismas y a sus comunidades. La ética considera tales problemas en la forma en que ellos colocan a todo individuo, sin excepción, ante la situación de elegir una conducta significativa (acción o inacción), elección que, dando forma al mundo, también modelará su propio carácter. La filosofía política (comprendiendo —aunque sin absorberla— a la filosofía de lo doméstico y de lo familiar) considera los problemas que se nos plantean a cada uno de nosotros precisamente en la medida en que necesitamos actuar en conjunto con otros miembros de nuestras comunidades, como miembros o líderes cuyas elecciones son elecciones para la comunidad a cuyas acciones intentamos que nuestras acciones contribuyan. La filosofía del derecho (filosofía jurídica)\*\* amplía y especifica la filosofía política al considerar precisamente en qué medida las elecciones hechas hoy para el futuro de la propia comunidad política deberían estar determinadas o configuradas por elecciones hechas y actos realizados *en el pasado*, en la forma de contratos, testamentos, Constituciones, actos legislativos, costumbres, decisiones judiciales y cosas por el estilo.

---

\* Traducción de Carlos I. Massini-Correas.

\*\* Finnis utiliza aquí las expresiones *philosophy of law* (filosofía del derecho) y *legal philosophy* (filosofía jurídica) como sinónimas. En el texto así las hemos traducido (atribuyendo también la traducción “filosofía jurídica” para la expresión *philosophy of laws*): *N. del T.*

Tal cuestión es en sí misma el tema de varios “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”,<sup>1</sup> principios fundamentales que toman parte directamente en las determinaciones necesarias. La filosofía del derecho identifica los fundamentos para aceptar tales principios como apropiados (justos) y autoritativos, junto con los fundamentos para juzgar

---

<sup>1</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38 (1) (d). En *Natural Law and Natural Rights* (1980/2011), [NLNR] yo presento una breve lista:

“Comenzando con... las máximas de segundo orden que favorecen la continuidad en los asuntos humanos —i. e. que favorecen el bien del orden diacrónico, en cuanto distinto del bien de una situación final futura—, podemos encontrar una serie de principios de segundo orden relacionados que incluyen el principio de estabilidad, pero que van cada vez más allá de él para incorporar nuevos principios o valores. En cada caso ellos están disponibles en la forma de primer orden para guiar al legislador. La forma en prosa requiere aquí una exposición lineal que simplifica excesivamente y que disfraza sus interrelaciones: *i*) la privación forzosa de derechos de propiedad ha de ser compensada por el *damnum emergens* (daño emergente), si no lo es también por el *lucrum cessans* (pérdida de beneficios esperados); *ii*) no hay responsabilidad por daños involuntarios, sin culpa; *iii*) no hay responsabilidad penal sin *mens rea*; *iv*) *nemo contra factum proprium venire potest* (*estoppel* o prohibición de ir contra los actos propios); *v*) no hay protección judicial para quien invoca su propio delito (quien procura equidad debe obrar equitativamente); *vi*) no hay amparo para el abuso de derecho; *vii*) el fraude lo destruye todo (*fraud unravels everything* [frase célebre de Lord Denning, MR., en “Lazarus Estate Limited v. Beasley”, 1956, 1 QB 702, 712 —*N. del T.*—]); *viii*) los beneficios recibidos sin justificación y a expensas de otro deben ser restituidos; *ix*) *pacta sunt servanda* (los contratos deben ser cumplidos); *x*) hay relativa libertad para cambiar por acuerdo los modelos (*patterns*) existentes de relaciones jurídicas; *xi*) al determinar los efectos jurídicos de pretendidos actos jurídicos, el débil debe ser protegido de su debilidad; *xii*) las disputas no han de ser resueltas sin dar a ambas partes una oportunidad de ser oídas; *xiii*) nadie puede ser juez en causa propia.

Estos “principios generales del derecho” son ciertamente principios. Esto quiere decir que, más que exigir, ellos justifican reglas y determinaciones particulares, y que en su aplicación a las circunstancias concretas están delimitados por otros principios similares. Cualquiera de ellos, además, ocasionalmente puede ser desplazado (lo que no es lo mismo que violado, modificado o derogado) por otros componentes importantes del bien común, otros principios de justicia. Tampoco ha de olvidarse que existen normas de justicia que nunca pueden ser derogadas o desplazadas, y que se corresponden con los derechos humanos absolutos.

apropiada y autoritativamente los diferentes tipos de actos de creación del derecho privado y público y de afectación de derechos (actos jurídicos) mencionados más arriba. Así como la ética busca la realización (*fulfillment*) de todas las formas básicas de bien humano, en la medida en que las elecciones y acciones puedan conducir, o ser contrarias, a tal realización, y la filosofía política se ocupa de la incidencia de las elecciones y acciones sobre el bien común de una comunidad política —sobre la realización y los derechos humanos de todos sus miembros—, la filosofía del derecho indaga sobre los fundamentos para aceptar la justicia de los principios básicos del derecho y la autoridad (*authoritativeness*) de los actos jurídicos privados y públicos en la incidencia de tales principios y actos sobre el bien común. Este bien común se extiende en continuidad significativa desde el pasado en el cual los miembros de la comunidad eligieron aquellos actos (como alternativas opuestas, razonables e irrazonables) hasta el presente, que tales actos pretenden precisamente determinar y que de modo similar pueden ahora determinar (en la debida medida) la futura realización de la misma comunidad históricamente extendida y de sus miembros.

El alcance de la filosofía del derecho es de este modo el alcance de la *nomothetike*<sup>2</sup> de Aristóteles y de la *legis positio*<sup>3</sup> de Santo Tomás de Aquino, que él entendía como extendiéndose más allá de la filosofía —la ciencia práctica—, cuya verdad filosófica le permite a uno participar en la elaboración de la Constitución y de la legislación, incluyendo también (subordinada al constituyente y al legislador en cuanto tales) el arte y la sabiduría que necesita el juez, para no mencionar asimismo el entendimiento cívico, la obediencia al derecho y la lealtad crítica del buen ciudadano.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> *Nicomachean Ethics* [NE], X.14: 1181b20.

<sup>3</sup> *Aquinas, In Eth.*, X.16 nn. 11-17; *III Sent.* d. 33 q. 3 a. 1 sol. 4c.

<sup>4</sup> *Aquinas, III Sent.* d. 33 q. 3 a. 4 sol. 6c: “la justicia... está en el juez así como también en el que legisla, y está en los otros así como en lo regulado. Mas al juez corresponden dos cosas: una es que se realice la igualdad entre las

Para su comprensión de los bienes comunes a todas las personas, incluyendo todo lo que pueda ser pensado filosóficamente acerca de la realización humana, la filosofía jurídica apela directamente a la ética. Tal comprensión toma la forma de los primeros principios de la razón práctica, dirigiéndonos a cada uno de nosotros a todos los bienes humanos básicos (cada uno un aspecto irreductible del florecimiento humano), y de los principios específicamente morales que nos dirigen a elegir y actuar razonablemente, enfrentados como lo estamos no con uno sino con muchos bienes, no con una forma de realizar cada bien sino con varias, y no con una persona en el cual esos bienes pueden ser realizados, respetados u ofendidos, sino con muchas. Para su comprensión del bien común de las familias, de otras asociaciones de la sociedad civil y del Estado, la filosofía jurídica se apoya directamente en la filosofía política. Esta comprensión incluye lo que puede decirse en general, sobre la base de una amplia experiencia humana, acerca de las condiciones fácticas de coexistencia y cooperación en la vida política y en la acción colectiva, condiciones que el poder estatal y la legislación necesitan considerar plenamente y que por eso son parte de la materia de la filosofía política y jurídica.

Un ejemplo elemental de tales condiciones es el hecho de que la unanimidad acerca de las formas específicas de la vida en común y de la acción común no resulta prácticamente alcanzable o disponible como fuente de cooperación en la vida de una comunidad política. Ésta, en la práctica, necesita y justifica el concepto y las instituciones de la *autoridad*, considerada como justificación, si bien presunta y susceptible de ser dejada de lado (defeasible), de la *obligación* de cumplir con las directivas autoritativas

---

personas, y para eso existe la ley positiva; otra es castigar a los que ocasionan desigualdad, y para eso es la justicia retributiva” [*iustitia... est in iudice sicut in regulante, et est in aliis sicut in regulatis. Ad iudicem autem duo pertinent: unum est quod aequalitates in aliis faciat, et ad hoc est legis positiva; aliud est ut inaequalitatem facientes puniat, et ad hoc est vindicativa*].

(legislativas, judiciales o ejecutivas, etcétera).<sup>5</sup> O, una vez más, datos elementales acerca de las limitaciones de la previsión humana justifican la institución o práctica que nosotros llamamos *equidad* (apartamiento de la letra de la ley establecida en interés de sus propósitos subyacentes y de la justicia).

Sobre estas bases, la filosofía del derecho extiende la ética y la filosofía política al campo de lo específicamente jurídico. Tal campo, como he dicho más arriba, se caracteriza porque los fundamentos para las decisiones presentes acerca del futuro se arraigan en hechos del pasado. Esos hechos son las fuentes del derecho, ya sea en legislación escrita o en la práctica y costumbres de los jueces o de otros, o en doctrina disponible de juristas académicos. Las fuentes son entendidas en el sentido de ofrecer un conjunto de proposiciones normativas (acerca de poderes y obligaciones) que a su turno son interpretadas de modo que sean coherentes en un sentido más rico y exigente que la mera evitación de contradicciones directas al momento de su especificación completa como normas de elección y de acción. Cada uno de tales conjuntos de proposiciones —“el sistema jurídico”, “la ley del país”, “nuestro derecho”, etcétera— es considerado aplicable, en principio en su totalidad, a cada persona y hecho dentro de su jurisdicción. Y se considera que la validez de cada proposición en el sistema jurídico es controlada por otras proposiciones más allá del conjunto y es una precondition para su aplicabilidad a las personas y hechos en particular.

Conceptos tales como jurisdicción y validez no son, en su sustancia, desconocidos para la filosofía política; ya están implícitos en la discusión de Aristóteles sobre la deseabilidad (*desirability*) del Estado de derecho (*Rechtsstaat*).<sup>6</sup> Pero ellos quedaron más bien implícitos e inarticulados hasta que la filosofía del derecho los tomó del discurso jurídico. Lo hizo precisamente para explicar

---

<sup>5</sup> Véase “Positivism and «Authority»”, ensayo 4 en *The Collected Essays of John Finnis*, Oxford University Press, 2011, vol. IV [CEJF, IV]; *Natural Law Natural Rights*, capítulo IX.

<sup>6</sup> Véase especialmente: *Politica*, III, 16: 1287a.

por qué cada sistema jurídico desarrolla apropiadamente estos (y otros) conceptos como instrumentos técnicos para asegurar que las reglas e instituciones de un sistema jurídico puedan hacer con relativa frecuencia lo que el razonamiento filosófico y la deliberación política como tales frecuentemente no pueden hacer, es decir, proporcionar una respuesta inequívoca a algunas cuestiones relativamente específicas acerca de cuál será la elección y la conducta correctas en una específica y ciertamente particular situación. La capacidad del derecho positivo —el conjunto de proposiciones de derecho de nuestro sistema jurídico— de proporcionar tales respuestas determinadas es un modo primario a través del cual el mismo conecta pasado, presente y futuro de la comunidad, confiere efecto a las legítimas expectativas o, al menos, a derechos legalmente adquiridos, incluyendo derechos de propiedad, contractuales y cuasicontractuales, fideicomisos, derechos a la compensación y restitución, etcétera, y así hace posible una vasta expansión de la vida económica y cultural, y elecciones familiares e individuales de conducta y vocación relativamente seguras y autónomas. Todo esto es parte de la filosofía política y del arte político, una parte tan extendida y especializada como para merecer su distinto (¡no separado!) lugar y nombre: filosofía del derecho.

## I. JURISPRUDENCIA O FILOSOFÍA DEL DERECHO

Si seguimos el inequívoco y saludable ejemplo de Tomás de Aquino, no haremos distinción entre *lex* y *ius* cuando el último término significa lo que significa en, por ejemplo, las frases *ius civile* o *ius naturale* —frases empleadas por Santo Tomás de manera enteramente sinónima de *lex civilis* y *lex naturalis*, respectivamente—. <sup>7</sup> Por eso es que “jurisprudencia” (*jurisprudence*) y “filosofía del derecho” (*philosophy of law*) pueden con propiedad ser usadas enteramente

---

<sup>7</sup> Véase Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998 [*Aquinas*], 135.

como sinónimas, tal como es usual en los países de habla inglesa. Por supuesto que ambos elementos etimológicos del término “jurisprudencia” ejercen alguna fuerza gravitacional (lejos de ser irresistible) respecto de los relativamente más particularizados, menos universales y con ello menos filosóficos.<sup>8</sup> Pero así como Tomás de Aquino trata la *legis positio* para designar no sólo el altamente particular asunto de dictar leyes, sino también el nivel supremo de *política*, la teoría/filosofía política, y considera a la *política* en cuanto filosofía al mismo nivel que la *philosophia moralis* —más aún, como una rama o especie, con suprema dignidad, de la *philosophia moralis*—<sup>9</sup>, del mismo modo también podemos considerar correctamente a la jurisprudencia y a la filosofía del derecho como extendiéndose desde la exploración de las técnicas específicamente jurídicas (investigando críticamente aquellas fundamentaciones racionales técnicas según consideraciones de florecimiento humano y corrección moral) hasta los más elevados y amplios principios y demás consideraciones de la teoría moral y política.

## II. TEORÍAS DEL DERECHO NATURAL Y POSITIVISMO

En tanto que “derecho natural”, en el presente contexto, significa lo mismo que “los principios y *standards* normativos de la ética y la política” (o “filosofía política normativa”), todo lo dicho hasta aquí en este artículo es una pieza de teoría del derecho natural. Tal teoría contiene de manera autónoma, como uno de sus ele-

---

<sup>8</sup> Pero tal fuerza *no* es irresistible, como lo podemos ver en las frases de apertura (de Ulpiano) de las *Institutas* de Justiniano, frases que siguen siendo acertadas: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere. Iurisprudencia est divinarum at que humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.

<sup>9</sup> *In Eth.*, prol. (I.1 n. 6) y I. 2 nn. 1-12 (en que llama a las otras ramas ética (*monástica*) y filosofía doméstica (*oconomica*); Aquinas, 114-5. *Et indeest, quod moralis philosophia in tres partes dividitur. Quarum prima considerat operations unius hominis ordinatas ad finem, quae vocatur monastica. Secunda autem considerat operations multitudinis domesticae, quae vocatur oconomica. Tertia autem considerat operations multitudinis civilis, qua evocatur politica.*

mentos intrínsecos, la tesis de que las sociedades humanas necesitan el derecho positivo, y una descripción de varias características necesarias del derecho, de los sistemas jurídicos y del Estado de derecho. La teoría del derecho natural, en este contexto, sólo es otro nombre de la filosofía jurídica. Ella es plenamente positivista, si por tal se entiende que, apropiadamente desarrollada, produce una descripción suficiente y completa del concepto, instituciones características y fuentes del derecho positivo y del Estado de derecho. No existe un lugar apropiado para un positivismo fuera de la teoría del derecho natural.<sup>10</sup>

El (ius)positivismo que es autoconcebido como opuesto de algún modo a la teoría del derecho natural es (sólo en la medida en que el mismo sostiene aquella auto-identificación *e* incluye tesis que difieren de las de la teoría del derecho natural)<sup>11</sup> un conjunto

---

<sup>10</sup> Véase, además, CEJF, IV, ensayos 1, 5 y 7; y Finnis, “Natural Law Theory: Its Past and Its Present”, en Marmor (ed.), *Routledge Companion to the Philosophy of Law*, 2012. Por supuesto que hay lugar para cuidadosas exposiciones doctrinarias histórica y estrictamente descriptivas de sistemas jurídicos particulares. Pero las mismas no tienen el carácter de *teoría* o filosofía.

<sup>11</sup> Obsérvese que no es claro en qué medida estas dos características pueden encontrarse en teorías o posturas teóricas como las de John Gardner y Leslie Green, o incluso (al menos gran parte del tiempo) de Joseph Raz. Es que estos teóricos, cada uno a su manera, aceptan que la filosofía del derecho contiene legítimamente tesis —quizás numerosas— que no pueden ser llamadas positivistas y son tesis morales y/o de filosofía moral; cada uno considera positivista sólo la restringida tesis de que el derecho positivo sólo se identifica por referencia a las fuentes fácticas sociales, una tesis explícitamente compatible con la posición de que los jueces legítimamente pueden, y con frecuencia deben, razonar “conforme a derecho”, un derecho y forma de (dice) “razonamiento jurídico” que incluye (además del derecho positivo identificable a partir de las fuentes fácticas sociales) también principios morales (incluso, según Raz, si no hay derecho positivo que siquiera tácitamente autorice tal recurso judicial a principios morales): véanse los pasajes de Green ya citados (*ibidem*, p. 247) de su artículo exponiendo y defendiendo el positivismo jurídico:

“El argumento valorativo es, por supuesto, central para la filosofía del derecho en general. Ningún filósofo jurídico puede ser sólo un positivista (*legal positivist*). Una teoría completa del derecho exige además una exposición de qué clases de cosas podrían posiblemente contar como los méritos de la ley (¿la ley debe ser eficiente o elegante, así como justa?); o de qué rol debería jugar el

de teorías más o menos confusas y arbitrariamente recortadas, pensadas en algunos casos sobre la base de graves malentendidos<sup>12</sup> acerca de la tradición de la teoría del derecho natural y de algunos de sus teoremas, y en otros casos simplemente como la expresión del escepticismo moral (negación de que exista alguna proposición verdadera sobre el bien humano y la corrección moral) —y en algunos casos, tal como en Kelsen, sobre ambas bases—. Ninguna de estas bases es defendible. Los malentendidos deben ser superados prestando atención a la evidencia y leyendo textos clásicos con algún cuidado y atención. El escepticismo sobre la verdad práctica puede aparecer a primera vista como una base más plausible para el positivismo jurídico. Pero, dejando de lado las respuestas que podrían darse con toda corrección contra las tesis y argumentos escépticos en ética (o “metaética”),<sup>13</sup> ha de reconocerse que si el escepticismo es correcto, la *filosofía* del derecho no existe. A lo sumo puede haber exposiciones históricas (siguiendo los relatos de competentes prácticos del derecho) de sistemas normativos —aceptados o impuestos— de comunidades particulares autointerpretados como jurídicos, y de sistemas análogos a aquéllos. La historia o conjunto de historias podría ser complementada con alguna clase de estadística acerca de la frecuencia o “tipicidad”. Pero si no puede decirse nada verdadero

---

derecho en la adjudicación (¿debe aplicarse siempre la ley válida?); o de qué pretensión tiene la ley sobre nuestra obediencia (¿existe un deber de obedecer?); y además, de las cuestiones centrales acerca de qué leyes deberíamos tener y si deberíamos tener alguna ley. El positivismo jurídico no aspira a responder estas cuestiones, a pesar de que su pretensión de que la existencia y contenido de las leyes depende exclusivamente de hechos sociales es lo que les da su forma”.

Green, “Legal Positivism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2003 edn; <http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/legal-positivism>.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, CEJF, IV, 7-8, 105, 182-6 (las páginas mencionadas en último término son la parte principal del ensayo “The Truth in Legal Positivism”); NLNR, 363-6.

<sup>13</sup> Véase *v. gr.*, Finnis, *Fundamentals of Ethics*, Oxford University Press & Georgetown University Press, 1983, cap. II; CEJF, I, ensayos 1 a 6; Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011.

acerca del bien humano, no hay nada que pensar o decir sobre normatividad, autoridad, obligación, validez y conceptos similares, pues todos ellos obtienen su sentido a partir de la presuposición de que la razón práctica puede distinguir entre verdadero y falso, buena razón y falta de razón, y así sucesivamente.

En cuanto a la atención a los hechos, que los positivistas creen que es una virtud de su método, ella está plenamente presente y operativa en cualquier filosofía del derecho adecuada (como la teoría del derecho natural), pues la razón práctica avanza en la deliberación hacia la elección (sea en concreto, o más universal y abstractamente, “filosóficamente”), y lo hace así por medio del uso no sólo de premisas normativas sobre el bien y lo correcto, sino también, *indispensablemente*, de premisas fácticas acerca de las condiciones en las cuales el bien puede ser alcanzado o podría ser dañado. La verdad de tales premisas ha de obtenerse a través de una rigurosa atención a los hechos, la experiencia, lo típico, lo probable, lo física, biológica o psicológicamente posible, etcétera.

En síntesis: la filosofía del derecho se estudia mejor sin dependencia de aquel equívoco calificado como “positivista”. ¿Deberíamos rechazar también el rótulo de “teoría del derecho natural”? Cualquier teoría o filosofía del derecho aceptable necesitará atender a dos amplias clases de principio norma y estándar: aquellos aplicables por las personas con razonabilidad práctica sólo porque son estándares elegidos o establecidos fácticamente de otra manera por elecciones pasadas de su comunidad, y aquellos que son aplicables hayan sido o no elegidos o ratificados. Para éstos la historia de nuestra civilización ha adoptado el nombre “derecho natural”. La adopción puede ser rastreada hasta la lucha de Platón con la teoría sofista de que la fortaleza y la astucia más o menos egoístas naturalmente —y por así decirlo, correcta y razonablemente— prevalecen en la deliberación humana. La brillante recuperación platónica de lo “correcto por naturaleza” de este error sofístico<sup>14</sup> ha sido decisiva para nuestro vocabulario,

---

<sup>14</sup> “Natural Law Theory...”, n. 10 *supra*.

haciendo su camino a través de Aristóteles, los estoicos, Cicerón, San Pablo, Gayo y Tomás de Aquino y sus sucesores hasta la Carta de las Naciones Unidas<sup>15</sup> y la actualidad. No hay ninguna simetría de inutilidad (*unserviceability*) entre los rótulos “positivismo” y “teoría del derecho natural”, a pesar de que el segundo, seguramente, padece malentendidos tan graves como los de los sofistas, complicados además por una larga secuencia civilizacional de reversiones, crecimientos y desechos cuasi-filosóficos (*quasi-philosophical flotsam and jetsam*).

### III. LA NORMATIVIDAD JURÍDICA COMO DISTINTA DE LA NORMATIVIDAD MORAL

Una razón importante para querer introducir el derecho positivo y el Estado de derecho es la de resolver disputas dentro de una comunidad política acerca de lo que la moral (especialmente la justicia) exige, recomienda o permite. Existe así una buena razón para introducir una manera de pensar —llamémosla pensamiento jurídico (*legal thinking*)— en la cual (dentro de límites indefinidos pero importantes) el mero hecho de que una persona o cuerpo de personas autorizado jurídicamente (“constitucionalmente”) haya pronunciado su *determinatio*<sup>16</sup> acerca de una cuestión discutida o discutible, es considerado como fundamento suficiente para afirmar la validez jurídica de la *determinatio* y de su producto proposicional (regla, juicio, etcétera). En esta manera de pensar, las cuestiones de la justicia o injusticia de la *determinatio*, una vez que ésta ha sido hecha, son empujadas a los márgenes del ámbito del derecho. Sólo cuando los extremos morales son alcanzados, las cuestiones de justicia y moralidad vuelven a ser relevantes. Este hablar de “validez”

---

<sup>15</sup> Artículo 51: “Aucune disposition de la presente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime defense...”. Artículo 111: “La presente Carta, de la cual los textos chino, francés, ruso, inglés y español son igualmente auténticos...”.

<sup>16</sup> Véase NLNR, 284-6, 294-5, 380; CEJF, IV en pp. 2, 12, 123, 128, 131-2, 149, 161, 179-83, y ensayo 13.

puede —en mayor o menor medida— ser enteramente reservado al discurso jurídico intrasistemático (derecho positivo), y adoptado para implicar una obligatoriedad no moral sino *jurídica* (una obligatoriedad que no ha de ser entendida de manera reduccionista como mera exposición [*liability*] a pena o castigo).<sup>17</sup>

La teoría del derecho natural no discute —más bien promueve— la distinción o bifurcación entre *validez (y obligatoriedad) (jurídica) intrasistemática* y *validez (y obligatoriedad) en sentido moral*.<sup>18</sup> Por cierto no es irrazonable ver que tal distinción funciona en el famoso dicho “una ley injusta no es derecho”. Tal modo de hablar no es autocontradictorio, paradójico o siquiera objetable: “un amigo mentiroso no es un amigo”; “un argumento lógicamente inválido no es ningún argumento”; “una medicina de curandero no es una medicina”. Así, también en el famoso dicho o teorema: “ley injusta” (*unjust law, lex iniusta*) se habla de una regla u orden jurídica intrasistemáticamente válida,<sup>19</sup> y “no derecho” (*not law, non lex*) significa que, habiendo sido transgredidos los límites morales, esa misma ley carece de *validez (en cuanto ley) en sentido moral* (es decir, legitimidad) y así, en cuanto tal,<sup>20</sup> carece de obligatoriedad moral.

Cambios de significado de este tipo fueron estudiados de cerca por Aristóteles en conexión con su exposición de los tipos de equívoco u homonimia, y de lo que ahora podríamos llamar

---

<sup>17</sup> En tal contexto discursivo, uno podría optar por usar “legitimidad” para significar relevancia *moral*, fundamentando obligatoriedad moral. Pero “legitimidad” tampoco está libre de ambigüedad, desde que algunos escritores en la teoría jurídica contemporánea parecen tratarla, quizá, como sinónimo de validez (puramente jurídica).

<sup>18</sup> NLNR, en pp. 314-20.

<sup>19</sup> Por supuesto que el hablante podría alternatively estar queriendo predicar la injusticia de ciertas creencias y prácticas —observables como hechos sociales de reconocimiento de ciertos actos y hechos como leyes— sin querer postular validez jurídica ni siquiera en un sentido técnico, restringido y amoral.

<sup>20</sup> Cumplir con ella en alguna medida puede seguir siendo moralmente obligatorio, a causa de los efectos colaterales del (público) incumplimiento: NLNR, p. 361.

predicación análoga. Puede decirse que un término es análogo cuando su significado cambia más o menos sistemáticamente según el contexto. El tipo de analogía más relevante en el campo de los asuntos humanos es lo que Aristóteles llamaba homonimia *pros hen*. Ésta existe cuando los varios significados relevantes de una palabra son todos referibles a un significado (o sentido o uso) focal, un significado que distingue un caso primario o *central* del tipo de realidad o materia bajo consideración —focal y central en algún contexto de discurso o indagación—. Los sentidos no focales y los casos no centrales pueden ser considerados como secundarios por cuanto ellos son casos inmaduros o desviados, o de alguna otra manera son concreciones o aspectos falsificados de la realidad, al menos cuando se los considera desde algún punto de vista adecuado o para algún propósito teórico o práctico apropiado. Todos los teóricos del derecho que se identifican a sí mismos como positivistas —es decir, como contrarios a lo que ellos piensan que es la teoría del derecho natural— han prestado demasiada poca atención a este aspecto de nuestro lenguaje y su compromiso con la realidad (y la realización [*fulfillment*]). De ese modo, toda la ciencia jurídica de Kelsen será construida sobre suposiciones no examinadas y simplistas acerca de la univocidad de “derecho” y la supuesta necesidad de una única forma de norma que se corresponda una a una con la definición única (*single-feature definition*) del derecho como un orden social para controlar la conducta a través de la amenaza de la sanción.<sup>21</sup> Y la casi universal hostilidad de quienes se autoidentifican como positivistas con el teorema de *lex iniusta non est lex* pasa por alto la multivocidad de términos tales como “ley” y “validez”. Lo que es central en un contexto o para un conjunto de propósitos es secundario en otro contexto o en relación con otros propósitos.

---

<sup>21</sup> Véase Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, 19, 45 (“Si la «coerción» en el sentido definido aquí es un elemento esencial del derecho, entonces las normas que conforman un orden jurídico deben ser normas que establecen un acto coercitivo, es decir, una sanción” [*non sequitur*]).

Por eso la complejidad de las relaciones entre validez jurídica y legitimidad moral del derecho, y entre obligatoriedad jurídica en un sentido intrasistemático y en un sentido moral, se manifiesta en polos duales de centralidad: el técnico-jurídico y el de lo debido moralmente. Pero dado que los proyectos inmorales o amorales de creación y sostenimiento del derecho son parasitarios de la razonabilidad más plena del derecho moralmente justo, es el segundo polo el que tiene la primacía filosófica, así como primacía en la conciencia del legislador reformista y (con algunas complejidades de responsabilidad añadidas) en la conciencia del auténtico (caso central) juez.

#### IV. FILOSOFÍA JURÍDICA Y NUEVOS DESAFÍOS ÉTICOS Y POLÍTICOS

A pesar de que, como se ha dicho *ut supra*, la filosofía jurídica tiene un espacio y un carácter técnico cuasi-distinto, la idea misma (concepto) del derecho (una idea sin la cual ninguna ley puede ser hecha o sostenida) es tan dependiente de principios más amplios del pensamiento y la filosofía moral y política, que ni el derecho ni su filosofía pueden evitar comprometerse con los problemas éticos y políticos y los desafíos de la época. Aspectos particulares del contenido de nuestro derecho (incluyendo sus reglas procedimentales e instituciones) pueden mejorar o, en otros casos, dañar y agravar el bien común de nuestra comunidad. El instrumental jurídico puede, con no poca frecuencia, suministrar una vía fácil para cambios sociales destructivos, tal como el aparato del litigio con derechos humanos (*human rights litigation*), en muchos lugares, ha provisto de una vía fácil para el aborto, la eutanasia, la inmigración perjudicial y el “matrimonio” del mismo sexo, para la opresión de las críticas de la conducta homosexual y para otros males destructivos. Pero lo que las élites sociales desean puede, con mucha frecuencia, ser alcanzado sin recurrir demasiado a dicho instrumental, o incluso en contradicción con él.

Me parece que la tarea de la filosofía jurídica es doble hoy en día. Ella debe conservar clara su relación intrínseca con, y su dependencia de, *todas* las verdades de la filosofía moral y política, en particular por la vía de proveer una crítica constante de cada forma de filosofía jurídica que niegue o distorsione tal relación. Por su dominio y su comprensión explicativa fundacional del instrumental técnico del derecho, debe permanecer en posición de criticar y exponer —en la esperanza de evitar— toda manipulación de ella misma para propósitos destructivos del bien común, un bien que incluye, pero que no se agota por, el sostenimiento de derechos jurídicamente cognoscibles.

De especial importancia en las décadas venideras será una recuperación de la toma de conciencia entre los filósofos del derecho de que la forma paradigmática del derecho, el *ius civile*, es el derecho de un pueblo<sup>22</sup> establecido por un acto constituyente (o por una costumbre constituyente) y por continuos actos legislativos de autodeterminación como pueblo, actos que pueden y deberían ser compatibles con sus obligaciones de realizar y respetar derechos (derechos humanos, en cuanto contenidos en el *ius naturale*) y sus responsabilidades hacia otros pueblos y la autodeterminación, derechos y necesidades de esos otros pueblos. Así como incontables pensadores en los siglos XIX y XX aceptaron demasiado despreocupadamente la justicia de las nociones comunistas de una comunidad sin propiedad, nociones que no atienden adecuadamente a las condiciones de largo plazo para una sustentable, próspera y justa sociedad de personas libres, con el resultado de que incontables millones de personas sufrieron más o menos directamente por la aplicación en sus Estados de esos errores del pensamiento práctico, del mismo modo muchos pensadores de la actualidad aceptan demasiado alegremente (explícita o implícitamente) la justicia de las nociones cuasi-comunistas de una humanidad sin fronteras, nociones incompatibles con las condiciones de largo plazo de un orden político y de un Estado de derecho

---

<sup>22</sup> Véase CEJF, IV.21 sec. V, pp. 430-4, y nota 24 *infra*.

sustentablemente justo y civilmente libre. Incluso en el corto plazo, esta clase de error del pensamiento práctico resulta en el tipo de comunidad política crecientemente familiar, cuya interna diversidad multicultural de lealtades supremas de sus pueblos es a la vez promovida y contestada por un aparato de seguridad y vigilancia en permanente crecimiento, una disminución severa de la libertad del discurso político e intelectual, y una explosión de legislación y burocracia regulatoria indiferente al beneficio de lograr una sociedad cuya autodeterminación en gran medida se expresa en aquel compartir expectativas que Ulpiano y Santo Tomás de Aquino<sup>23</sup> llamaban “costumbre común”.

Los que practican la filosofía del derecho pueden ser especialmente susceptibles a este tipo de error, en la medida en que ellos conciban a los sistemas jurídicos simplemente como conjuntos de normas antes que como los principios, normas e instituciones adoptados por un pueblo extendido en límites temporales y territoriales, en cumplimiento más o menos adecuado de su responsabilidad moral de hacerlo así.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Véase *Summa Theologiae*, I-II q. 97 a. 2 (“¿debe siempre modificarse la ley humana cuando existe la oportunidad de hacer una mejora en ella? No”).

<sup>24</sup> Véase CEJF, IV, en p. 16; CEJF, II ensayos 6 (“Law, Universality and Social Identity”) y 7 (“Cosmopolis, Nation States, and Families”), y nota 22, *supra*.