

---

# La concepción normativa del gobierno del Derecho: nuevas objeciones al *rule of law* y una respuesta desde las ideas de John Finnis

*The Normative Conception of the Rule of Law. New objections to the rule of Law and its answer from John Finnis' ideas*

Carlos I. MASSINI-CORREAS

Universidad de Mendoza (Argentina)

Universidad Austral (Argentina)

[carlos.massini@um.edu.ar](mailto:carlos.massini@um.edu.ar)

RECIBIDO: 11/03/2016/ ACEPTADO: 02/09/2016

---

**Resumen:** En este artículo el autor estudia las propuestas y corrientes que pueden denominarse *majoritarions* y que cuestionan la idea del *rule of law*, reduciéndola a un mero balance de intereses o equilibrio de poderes y denostando las versiones tradicionales, de carácter normativo, del gobierno del derecho. Y en lo que sigue, el autor esboza una respuesta a estas ideas democratistas, en especial desde las doctrinas normativas del *rule of law* desarrolladas por John Finnis.

**Palabras clave:** gobierno del derecho; democracia; mayoritarismo; doctrina normativa; valoración; derecho natural.

**Abstract:** In this article, the author studies the different proposals and schools of thought, known as *majoritarions*. This doctrine questions the idea of the *rule of law*, reduces it to a mere balance of interests and powers and reviles all traditional versions, of normative character, of the rule of law. He further offers an answer to these democratist ideas, by outlining the normative doctrines of the rule of law expounded by John Finnis.

**Keywords:** rule of law; democracy; majoritarianism; normative doctrine; valuation; natural law.

«Entre el tirano y el príncipe hay una diferencia principal: que este último obedece al derecho y gobierna al pueblo a través de sus dictámenes, contándose a sí mismo entre sus servidores»

John of Salisbury, *Policraticus*

## 1. NUEVAS OBJECIONES AL GOBIERNO DEL DERECHO

La antigua noción de gobierno del derecho en sus diferentes versiones (*rule of law*, *Rechtsstaat*, Estado de Derecho) siempre ha tenido sus detractores y generadores de desconfianza, tanto desde la derecha autoritaria y decisionista como desde la izquierda marxista, postmarxista o nihilista. En su amplio e interesante libro sobre el *rule of law*, Brian Tamanaha dedica un capítulo a las impugnaciones lanzadas desde la izquierda a la idea del gobierno del derecho,

sosteniendo que «mientras la derecha política se lamenta por la declinación del *rule of law* en occidente, los teorizadores de la izquierda radical alientan esta declinación. Su oposición se construye sobre la reacción comunitaria al liberalismo y sobre las implicancias negativas del *rule of law* en los sistemas liberales, especialmente aquellas relacionadas con la justicia distributiva y la igualdad formal. Es el liberalismo y el capitalismo lo que los izquierdistas radicales detestan, y el *rule of law* es atacado por el servicio que proporciona al sostenimiento de este sistema económico y político. [...] Tal como lo ven los radicales, el liberalismo promete libertad e igualdad, pero en su lugar conduce subrepticamente hacia nuevas formas de dominación y desigualdad y las recubre con un manto (*cloaked*) de legitimidad»<sup>1</sup>.

Recientemente, un grupo de intelectuales de izquierda: marxistas analíticos, crítico-nihilistas y seguidores del *Critical Legal Studies Movement*, ha construido una crítica al *rule of law* sobre la base de la afirmación de su supuesta incompatibilidad con las exigencias de la democracia, entendida como el único principio regulador de toda la actividad política. Para estos autores, algunos de los cuales han reunido varias de sus aportaciones en un volumen colectivo denominado, precisamente, *Democracy and the Rule of Law*, y editado por Cambridge University Press<sup>2</sup>, la que denominan concepción «normativa» del gobierno del derecho ha de ser sustituida por la que llaman «mayoritaria», en la que el principio democrático adquiere una primacía absoluta y derrota a la institución del *rule of law*. «La concepción normativa del gobierno del derecho –escriben los editores del volumen– es una fantasía de la imaginación de los juristas. Ella es implausible como descripción. [...] Por concepción normativa entendemos sólo lo siguiente. Primero, un conjunto de normas constituyen derecho si y sólo si ellas satisfacen ciertas condiciones formales. Segundo, las reglas que satisfacen esas condiciones formales son obedecidas. Por lo tanto, el derecho gobierna cuando las acciones siguen a normas anteriores. La cuestión de si el derecho gobierna es por lo tanto –concluyen– una cuestión de obligación, obediencia o cumplimiento»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> TAMANAHA, B., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2009, pp. 73-74.

<sup>2</sup> AA.VV., *Democracy and the Rule of Law (DRL)*, J. M. Maravall & A. Przeworski (eds.), Cambridge University Press, 2010.

<sup>3</sup> DRL, p. 1. Corresponde destacar aquí la incongruencia que supone exponer la idea del *rule of law* en indicativo, para luego pasar a hablar de ella a través de nociones deónticas como «obligación», «obediencia» o «cumplimiento». Se volverá sobre esto más adelante.

Para esta concepción, la aproximación normativa al derecho es errónea, y debe ser sustituida por una visión empírico-sociológica, que afronte las cuestiones jurídicas desde la perspectiva de las relaciones fácticas de poder y dominación. En este sentido, «el gobierno del derecho puede prevalecer sólo cuando la relación de fuerzas políticas es tal que los que son más poderosos encuentran que el derecho está de su lado, o bien, para decirlo de modo inverso, cuando el derecho es la herramienta preferida por los poderosos»<sup>4</sup>. Y desde la perspectiva de los gobernados, la única función que puede cumplir el *rule of law* es la de hacer previsible la actuación del gobierno y de los demás operadores jurídicos, facilitando de ese modo la interacción de los sujetos de derecho. Pero para estos autores –y en general para todos los que escriben en el libro– esta función del gobierno del derecho puede ser sustituida por diversos mecanismos fácticos que organicen los intereses sociales de modo de que alcancen un cierto equilibrio estable. En definitiva, para ellos, «el derecho no puede ser separado de la política»<sup>5</sup>, entendida en el sentido de meras relaciones fácticas de poder y dominación.

Entre estos mecanismos, la prelación de la democracia –que Gargarella en su capítulo denomina «mayoritarismo» (*majoritarianism*)– puede alcanzar eficientemente ese equilibrio político, sin necesidad de recurrir al gobierno del derecho; en particular –escribe este autor– «los mayoritaristas tienen buenas razones para rechazar aquellos controles que conducen a la transferencia de la ‘última palabra institucional’ a una institución no-mayoritaria (v.gr. la revisión judicial)»<sup>6</sup>. Para Gargarella, su propuesta «mayoritarista» se encuentra en un justo medio entre la concepción liberal del *rule of law* y las iniciativas radicalmente populistas que tienden a desacreditar integralmente la idea del gobierno del derecho, y propone pensar el sistema institucional en conexión con el sistema social de la comunidad y «asegurar una intervención popular más activa en la discusión de los asuntos públicos»<sup>7</sup>.

En definitiva, para los autores reunidos en el volumen citado, el *rule of law* es un elemento constitutivo de la concepción «normativa» del derecho, según la cual la teoría jurídica es un saber práctico, que estudia las instituciones y actividades jurídicas según su modo de ser paradigmático y no tal

---

<sup>4</sup> DRL, p. 3.

<sup>5</sup> DRL, p. 15.

<sup>6</sup> GARGARELLA, R., «The Majoritarian Reading of the Rule of Law», en DRL, p. 161.

<sup>7</sup> DRL, p. 165.

como aparecen a una mirada meramente fáctico-descriptiva. Para ellos, esta última perspectiva es la que debe preponderar, en especial si se le agrega una ulterior consideración crítica que descubra y denuncie las estructuras básicas constitutivas de la sociedad, radicalmente reducidas a relaciones de nudo poder y dominación orgánica. Desde este punto de vista, la normatividad y la valoración desaparecen de la teoría jurídica y todo se reduce a categorías fácticas tales como «interés», «deseo», «represalia», «anticipación», «equilibrio», «predicción» o «poder».

Además, el *rule of law* corresponde constitutivamente, según la propuesta que se ha sintetizado, a la ideología liberal, esencialmente individualista y defensora de los derechos morales o humanos, que deja de lado las dimensiones comunitarias –y por ende mayoritarias– de la política, que son las que –para los autores mencionados– deben prevalecer a través de los mecanismos de una democracia más o menos hegemónica. Esto último es difícil de justificar desde la perspectiva por ellos adoptada, ya que no se ve cómo se puede sostener que un elemento o una dimensión de la sociedad ha de prevalecer sobre –o es mejor que– otros, si antes se ha dejado en el camino toda la dimensión valorativo-normativa de la política. Se volverá sobre esto más adelante.

Ahora bien, a los fines de analizar y valorar las ideas de estos autores anti-normativistas e impugnadores del *rule of law*<sup>8</sup>, y desarrollar una propuesta alternativa de carácter «normativo»<sup>9</sup>, se estudiará a continuación una de las versiones actuales de la idea del gobierno del derecho, la del filósofo y jurista australiano John Finnis. Este autor propone una doctrina de especial interés, en la que confluyen algunas presentaciones contemporáneas con ideas de la tradición clásica del pensamiento jurídico. Luego de su exposición, se efectuará un análisis sistemático de la propuesta finnisiana, para pasar luego a una breve discusión con las ideas de los autores «antinormativistas» –en general posmarxistas– a los que se ha hecho referencia al comienzo de estas líneas.

---

<sup>8</sup> Además de los autores citados y de otros próximos a ellos, varias de las corrientes contemporáneas denominadas «populistas», en especial en Iberoamérica, sostienen también una tesis contraria al *rule of law* y favorable a una supremacía excluyente del elemento mayoritario en la política y el derecho; véase: ZANATTA, L., *El populismo*, trad. F. Villegas, Katz Editores, Buenos Aires, 2014, pp. 46, 163, 238 y *passim*.

<sup>9</sup> Acerca de la concepción «normativa» del derecho, véase: SIMMONDS, N., *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 1-21 y *passim*.

2. JOHN FINNIS Y EL *RULE OF LAW* EN *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS*

El profesor emérito de Oxford ha escrito acerca del *rule of law* en varios lugares de su obra, por lo que será necesario efectuar una selección de esos textos y elaborar una síntesis que los abarque sistemáticamente. Como es razonable, conviene comenzar con la exposición que hace Finnis en la más conocida de sus obras, *Natural Law and Natural Rights*, en la que aborda el tema en el capítulo correspondiente a la definición del derecho. En ese lugar, comienza exponiendo el «caso central» de derecho y de sistema jurídico y afirma que se trata de «el derecho y el sistema jurídico de una comunidad política, que pretende tener autoridad para dar dirección comprehensiva 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 esa comunidad»<sup>10</sup>.

La referencia que realiza Finnis al «caso central» de derecho, supone la adopción por ese autor de una aproximación analógica al concepto, lo que significa que la palabra y el concepto de «derecho» se predicen de varias realidades semejantes, pero no idénticas, y con una significación que en un caso es «focal» o «central» y en las restantes se predica «por analogía» o simple similitud significativa<sup>11</sup>. De este modo, el significado focal de derecho es para Finnis el de un sistema de normas con ciertas características, y las restantes realidades jurídicas: facultades, saberes, conductas, etc. se denominarán «derecho» en la medida en que se relacionen con ese sistema de normas<sup>12</sup>. Estas características que hacen que un sistema de normas sea «derecho», son las siguientes: (i) introduce definición, claridad y previsibilidad en las interacciones humanas; (ii) las reglas que conforman el sistema permanecen válidas una vez creadas hasta que resultan derogadas; (iii) las reglas de derecho establecen las condiciones bajo las cuales los sujetos privados pueden, a través de los denominados «actos jurídicos», modificar la extensión o aplicación de las reglas; (iv) los actos pasados de creación del derecho proporcionan razones para la acción actual; (v) por un postulado operativo (ficticio) el derecho se considera «completo», es decir, que ha previsto soluciones para todos los casos jurídicos;

<sup>10</sup> FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights* (en adelante NLNR), 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 260.

<sup>11</sup> NLNR, pp. 277-281.

<sup>12</sup> En este punto, véase: MASSINI-CORREAS, C. I., «Sobre ciencia práctica y prudencia. Aproximaciones desde las ideas de John Finnis», en *Sapientia*, n° 227-228 (2010), pp. 41-53.

y (vi) el derecho es coactivo, es decir, se puede hacer uso de la fuerza para hacerlo obedecer, aunque esta nota no está incluida expresamente por Finnis en la nómina, sino mencionada previamente<sup>13</sup>.

Para Finnis, esta explicación del derecho es meramente formal y, por lo tanto, incompleta, ya que falta «una explicación sistemática de la relación entre estas características formales y las exigencias de la justicia y del bien común. Una explicación de este tipo puede desarrollarse 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 el que un sistema está jurídicamente en buen estado es el de ‘gobierno del derecho’ [...] [que es] la virtud (o valor) específica de los sistemas jurídicos»<sup>14</sup>.

Y para determinar el concepto de *rule of law*, Finnis recurre a los ocho *desiderata* propuestos por Lon Fuller en su conocido libro *The Morality of Law*; estos son: (i) las reglas de derecho son prospectivas, no retroactivas; (ii) no son imposibles de cumplir; (iii) sus reglas son promulgadas públicamente; (iv) han de ser claras (fácilmente inteligibles); (v) deben ser coherentes entre sí; (vi) también han de resultar lo suficientemente estables como para que la gente pueda orientar por ellas su conducta; (vii) las reglas serán relativamente generales; y (viii) quienes tienen autoridad para crear y aplicar las reglas habrán de cumplir esas mismas reglas y aplicar el derecho coherentemente y según su tenor<sup>15</sup>. Para Finnis, estos *desiderata* son pasibles –cada uno de ellos– de gradación, por lo que el *rule of law* se presenta paradigmáticamente cuando todos estos extremos se dan de un modo completo o al menos suficiente.

Por otra parte, el iusfilósofo australiano sostiene que es necesario agregar a los *desiderata* enumerados al menos cuatro más, de carácter propiamente institucional: (i) la independencia de la judicatura; (ii) la publicidad de los procedimientos judiciales; (iii) la potestad de los tribunales para revisar los procedimientos y acciones de otros tribunales y de los funcionarios en general; y (iv) la accesibilidad de los tribunales para todos, incluidos los pobres<sup>16</sup>. Además, Finnis sostiene que el imperio del derecho a través del cumplimiento de los puntos enumerados, «implica ciertas cualidades del proceso [jurídico]

<sup>13</sup> NLNR, pp. 268-270.

<sup>14</sup> NLNR, p. 270.

<sup>15</sup> NLNR, pp. 270-271.

<sup>16</sup> NLNR, p. 271.

que pueden ser aseguradas sistemáticamente sólo mediante la institución de la autoridad judicial y su ejercicio por personas profesionalmente preparadas y motivadas a obrar conforme a derecho»<sup>17</sup>.

Ahora bien, al abordar la cuestión del sentido o razón por la cual el *rule of law* es una virtud o valor de la interacción jurídica y de la comunidad humana, este autor sostiene que «los individuos sólo pueden ser personas (*selves*) –i.e. poseer la ‘dignidad’ de ser ‘agentes responsables’– si no se les hace vivir sus vidas para la [mera] utilidad de otros, sino que se les permite y se les ayuda a crear una identidad que perdura a lo largo de ‘toda la vida’. [...] En síntesis –concluye Finnis– las cinco características formales del derecho se hacen realidad tanto más cuanto más se cumplen los ocho *desiderata* enumerados más arriba. El sentido fundamental de los *desiderata* es 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 está, por lo tanto, entre las exigencias de la justicia o ecuanimidad»<sup>18</sup>.

Dicho en otras palabras, el gobierno del derecho tiene como supuesto que sus destinatarios son seres libres y racionales, y que deben en consecuencia ser dirigidos razonablemente, tal como les compete a personas dotadas de una especial dignidad. Y el gobierno y dirección de seres libres y racionales requiere necesariamente que las directivas les sean comunicadas previamente, que se comprendan fácilmente, que no exijan conductas imposibles de realizar y así sucesivamente. En este sentido, Mark Murphy escribe que «los estándares que el derecho establece son estándares por los cuales cada uno ‘es inducido a actuar o impedido de hacerlo’. Pero los únicos estándares que pueden inducir a seres *racionales* a actuar son estándares *racionales*. Por lo tanto, el derecho es un estándar racional de la conducta»<sup>19</sup>. De este modo, lo que se denomina gobierno del derecho no es más que el modo propio de dirigir y coordinar a seres personales, es decir, dotados de dignidad, racionalidad y libertad.

Finalmente, y en el punto que denomina «límites del rule of law», Finnis analiza la cuestión de si es posible que una tiranía perversa domine a sus súbditos respetando puntualmente las exigencias del gobierno del derecho, y recuerda que autores como Joseph Raz sostienen que «el imperio del derecho

---

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> NLNR, pp. 272-273.

<sup>19</sup> MURPHY, M. C., *Philosophy of Law. The Fundamentals*, Blackwell Publishing, Malden-Oxford-Carlton, p. 39.

(su conjunto de ocho *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»<sup>20</sup>. Para Finnis, las cosas no son así, toda vez que la idea del *rule of law* supone la existencia de una cierta interacción entre gobernantes y gobernados que es buena en sí misma, ya que responde al carácter personal y a la dignidad de los sujetos del derecho, y no puede ser nunca un mero medio para otros objetivos sociales.

Los regímenes tiránicos, por el contrario, «buscan resultados determinados, no ayudar a las personas a constituirse *a sí mismas* en la comunidad»<sup>21</sup>. Por ello, las tiranías no pueden encontrar fundamento ético-racional para adherir a los requerimientos intrínsecos de la legalidad, aunque sí motivos de conveniencia táctica, como el aumento de su popularidad o alguno otro semejante. De este modo, aparece claro que –para Finnis– las exigencias que corresponden al gobierno del derecho revisten carácter moral, no meramente instrumental, y que su sentido es tratar a los hombres-sujetos de derecho como personas dotadas de racionalidad y libertad y, por ende, de una dignidad eminente. Y es por eso que Lon Fuller, en su conocido libro mencionado más arriba, sostiene que los ocho *desiderata* del *rule of law* son «la moralidad interna del derecho»<sup>22</sup> y revisten un valor ético intrínseco, no meramente instrumental.

### 3. OTROS TEXTOS DE FINNIS

Tal como se dijo más arriba, si bien Finnis desarrolla lo principal de sus ideas sobre el *rule of law* en *Natural Law and Natural Rights*, también dedica varias páginas a esa problemática en otros trabajos, principalmente en el titulado originalmente *Is Natural Law Theory compatible with Limited Government?* y publicado luego en sus *Collected Essays* con el breve título de *Limited Govern-*

<sup>20</sup> NLNR, p. 274.

<sup>21</sup> *Ibid.* Un caso notorio de un tirano que sentía la necesidad de enmascarar sus crueldades con un recurso meramente externo y engañoso a los procedimientos legales es el de Enrique VIII de Inglaterra; véase: SUHAMY, H., *Enrique VIII*, trad. J. Salvetti, El Ateneo, Buenos Aires, 2015, pp. 35, 92, 277, 289 y *passim*.

<sup>22</sup> FULLER, L. L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven & London, 1969, pp. 200 ss. Sobre el pensamiento de Fuller, véase: SUMMERS, R. S., *Lon L. Fuller*, Stanford University Press, Stanford-California, 1984; y HARRIS, J. W., *Legal Philosophies*, Butterworths, London, 1980, pp. 128-139.



ment<sup>23</sup>. En ese estudio, Finnis comienza con una afirmación rotunda acerca de la vinculación intrínseca entre la teoría de la ley natural y la idea del gobierno éticamente limitado. «En cualquier teoría sólida (*sound*) del derecho natural, la autoridad del gobierno se explica y justifica como una autoridad limitada por el derecho positivo (especialmente, aunque no sólo, por el derecho constitucional), por los principios morales y normas de justicia que se aplican a toda acción humana [...], y por el bien común de las comunidades políticas...»<sup>24</sup>.

Por lo tanto, según Finnis, conforme a la doctrina clásica del derecho natural existen al menos tres fuentes de limitación ético-jurídica de los gobernantes: (i) el mismo derecho positivo; (ii) los principios morales y normas de justicia, en otros términos, las exigencias del derecho natural; y (iii) las exigencias de contenido del bien común político. Estas fuentes de limitación fueron articuladas primariamente por Tomás de Aquino, quien en su *Comentario a la Ética Nicomaquea* resume los méritos del gobierno del derecho y no sólo de los hombres<sup>25</sup>. Finnis afirma en este punto que «el Aquinate expande y profundiza un poco el resumen [aristotélico]: un gobierno correcto no tolera un gobierno no-regulado de los gobernantes ('gobierno de los hombres'), sino que reclama que los gobernantes sean gobernados por el derecho, precisamente porque el derecho es un dictado de la *razón*, mientras que lo que amenaza tornar al gobierno en una tiranía (gobierno en interés de los gobernantes) son sus *pasiones* humanas, que los inclinan a atribuirse a ellos mismos más cantidad de las cosas buenas y menos de las malas, de lo que vendría a ser su justa participación»<sup>26</sup>. Entre estas «cosas» que se han de participar se encuentran no sólo los bienes materiales, sino también la necesidad de participación ciudadana en el gobierno de la colectividad, tal como lo propone Tomás de Aquino al hablar de la mejor forma de gobierno (*optima ordinatio principum*)<sup>27</sup>.

Pero lo que aparece, en el esquema de Finnis, como planteando el límite más radical al gobierno político no son las regulaciones positivo-constitucionales, sino las exigencias –en algunos casos sin excepción– de los principios

<sup>23</sup> FINNIS, J., «Limited Government» (en adelante LG), en *Collected Essays-III-Human Rights & Common Good*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 83-106.

<sup>24</sup> LG, p. 83.

<sup>25</sup> Conviene recordar aquí que el *Comentario* personal de Tomás de Aquino a la *Política* de Aristóteles termina antes de los pasajes en los que el Estagirita propone el «gobierno de las leyes y no de los hombres»; véase: TORRELL, J.-P., *Iniciación a Tomás de Aquino: su persona y su obra*, trad. A. Corzo, EUNSA, Pamplona, 2002, p. 252.

<sup>26</sup> LG, p. 84.

<sup>27</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 105, a. 1c.

morales que tienen su fundamento en la búsqueda libre de los bienes humanos básicos. «Más profundos y demandantes que cualquier límite legal o constitucional sobre los gobiernos son los principios morales y las normas que la teoría del derecho natural considera como principios y normas de la razón y que son límites y constricciones reconocidas en las deliberaciones sensatas de cualquier persona decente. Las responsabilidades públicas y la autoridad de los gobernantes no están excepcionadas de estos límites...»<sup>28</sup>.

En este punto, el profesor de Oxford rechaza algunas afirmaciones de Leo Strauss en su libro *Natural Right and History*, en las que sostiene que para una ‘sociedad decente’, en la guerra no existen límites que puedan ser establecidos de antemano, y no hay límites asignados para lo que pueden llegar a ser represalias justas<sup>29</sup>. Para Finnis, «una teoría de la ley natural que rechaza la defensa de Strauss de un derecho de los gobiernos a matar *in extremis* a un inocente, y niegue que es mejor que muera (por asesinato) un hombre (inocente) a que el pueblo perezca, debe emprender una crítica radical a las afirmaciones sobre el valor, la deliberación y la elección que subyacen a todo consecuencialismo, utilitarismo, proporcionalismo o situacionismo»<sup>30</sup>. Con esto, Finnis quiere dejar en claro que las autoridades políticas no pueden recurrir nunca a argumentos de meras consecuencias para justificar la comisión de acciones «intrínsecamente malas», tal como la de asesinar a un inocente como mero medio para un fin que se pretende bueno. En otras palabras, el gobierno político está siempre sujeto a las limitaciones de las normas morales, en especial aquellas que establecen «absolutos morales», es decir, conductas que son malas sin excepción<sup>31</sup>.

Por otra parte, en su sugestivo libro *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Finnis insiste en la racionalidad que es intrínseca al *rule of law*, que se compone de elementos formales (los ocho *desiderata*), morales (los principio de la ley natural) y políticos (la ordenación al bien común de la comunidad completa). «El Aquinate –escribe allí Finnis– no piensa que el *rule of law* es en última instancia asunto de arreglos institucionales; más que eso, es asunto de hacer lo que ha de ser hecho para que se vea que el estado está gobernado

<sup>28</sup> LG, p. 85.

<sup>29</sup> LG, p. 86. Sobre Leo Strauss, véase: MASSINI-CORREAS, C. I., «Ley natural y relativismo. Consideraciones a partir de las ideas de Leo Strauss», en *Intus-Legere Filosofía*, n° 2/2 (2008), pp. 3-16.

<sup>30</sup> LG, p. 87.

<sup>31</sup> En este punto, véase: FINNIS, J., *Moral Absolutes. Tradition, Revision, and Truth*, The Catholic University of America Press, Washington D.C., 1991.

por la razón, i.e. por un derecho que es una prescripción de la *razón* (*dictamen rationis*) o bien por alguien que actúa conforme a la razón»<sup>32</sup>. Y más adelante concluye que «el caso central de gobierno [político] es el del gobierno de un pueblo libre, y el caso central de derecho es el de la coordinación de sujetos voluntarios por un derecho que, por su completo carácter público (promulgación), su claridad, generalidad, estabilidad y practicabilidad, trata a esos sujetos como participantes en la razón pública»<sup>33</sup>.

Finalmente, en un extenso artículo publicado en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Finnis comienza exponiendo la conocida doctrina de Aristóteles según la cual en casi todas las sociedades y en casi todas las ocasiones, resulta preferible el gobierno de la ley al de los hombres individualmente considerados<sup>34</sup>, principalmente por las siguientes razones: «(i) las leyes son el producto de la(s) razón(es) y no de la(s) pasión(es); (ii) la soberanía [absoluta] de un gobernante o de una asamblea tiende a la tiranía (i.e. el gobierno en el interés de una facción, no del bien común); (iii) la ecuanimidad requiere que todas las personas maduras tengan alguna participación en el gobierno; y (iv) la rotación de los cargos y de los que los detentan es deseable y resulta muy difícilmente activada sin alguna regulación legal»<sup>35</sup>.

Para Finnis, la exposición de Tomás de Aquino del *rule of law* es, por supuesto, tributaria de la de Aristóteles, pero en ella se clarifican y desarrollan las ideas del Estagirita, en especial las referidas a la racionalidad de la ley. Según el pensador australiano, Tomás de Aquino «define las leyes como proposiciones prácticas universales [...] concebidas en la razón del gobernante(s) y comunicadas a la razón de los gobernados de modo que éstos traten a esas proposiciones, al menos presuntivamente, como razones para la acción –razones tan decisivas para cada uno de ellos como si cada uno las hubiera concebido y adoptado por su propio pensamiento y elección–»<sup>36</sup>.

A continuación, Finnis recuerda que al elaborar su doctrina del *rule of law* Fuller reconoció su deuda con Tomás de Aquino, y que los *desiderata* que propone como componentes del gobierno del derecho «son implicancias o

<sup>32</sup> FINNIS, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory* (en adelante *Aquinas*), Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 250.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>34</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 1, 1354a32-b16.

<sup>35</sup> FINNIS, J., «Natural Law Theories» (en adelante NLT), en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories>>, p. 7.

<sup>36</sup> NLT, p. 7.

especificaciones de la aspiración y del deber de considerar a la gente como presuntivamente titulada –como materia de ecuanimidad y justicia– para ser gobernada como personas libres, fundamentalmente iguales a sus gobernantes, y no como títeres o piezas de ajedrez a ser manejadas y ordenadas a través de la manipulación, la incertidumbre, el miedo, etc.»<sup>37</sup>. Dicho en otras palabras, en el caso del *rule of law* se trata de exigencias que en definitiva revisten carácter moral, en especial de respeto y consideración hacia las personas que son los sujetos jurídicos.

Pero como, por otra parte, uno de los resultados de los ocho *desiderata*, aunque no el principal, es el de hacer al derecho más eficaz y seguro, autores como Hart, Dworkin, Kramer y Raz han puesto en cuestión el carácter moral del gobierno del derecho, sosteniendo la idea de su carácter éticamente neutral y considerando al título del principal libro de Fuller como una mera inexactitud. «Esta tesis –escribe Finnis– ha sido elaborada cuidadosamente y sobre diferentes bases por Raz y Kramer: si bien el *rule of law* [...] puede ser moralmente importante y aún revestir un valor moral (porque es normalmente necesario para un gobierno completamente justo en una sociedad justa...), esta idea es en sí misma moralmente neutral desde que, en estados que emplean las formas del derecho, ella será normalmente necesaria aún para gobernantes profundamente injustos para realizar sus propósitos inmorales. El *rule of law* sería como un cuchillo afilado, cuyo filo lo hace apto para cirugías que salven vidas o para asesinatos crueles y furtivos»<sup>38</sup>.

Esta afirmación de la neutralidad ética del *rule of law* ha sido cuestionada por Finnis, fundamentalmente con dos argumentos: (i) el primero de carácter más bien fáctico, según el cual la adhesión por los gobernantes tiránicos a los *desiderata* del gobierno del derecho (v.gr. que los gobernantes deben respetar en su conducta sus propias reglas) resultaría especialmente obstructivo para los propósitos de una tiranía; y (ii) el segundo referido a las razones internas en juego, es decir, que si los gobernantes tiránicos no respetan los derechos de sus sujetos en cuestiones de moral sustantiva (vida, propiedad, seguridad, etc.), tampoco tendrán razones consistentes para respetar las reglas de procedimiento constitutivas del *rule of law*. «El interés primario de Fuller –afirma Finnis– igualmente que el de la amplia tradición del derecho natural, es con la racionalidad y las implicaciones específicas de una razonabilidad completa-

---

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> NLT, pp. 7-8.

mente coherente: con el juicio y la elección *moralmente* razonables»<sup>39</sup>. Dicho brevemente: los tiranos no tendrán razones consistentes y coherentes para respetar las reglas del *rule of law*, ya que en la naturaleza de la tiranía está necesariamente la manipulación e instrumentalización de los sujetos jurídicos, es decir, lo radicalmente contrario al *rule of law*.

#### 4. FINNIS Y LA NATURALEZA NORMATIVA DEL DERECHO

Luego de la exposición de los textos de Finnis referidos al *rule of law*, corresponde efectuar una sistematización y síntesis de sus ideas, a los efectos de hacer claro y fructífero el cotejo de estas propuestas con las sostenidas por los autores mencionados al comienzo. La primera de las notas de la concepción finnisiana del gobierno del derecho es la de su carácter estrictamente normativo, es decir, práctico-moral o filosófico-práctico. En efecto, para Finnis, como para toda la «tradición central de occidente»<sup>40</sup>, el pensamiento político, jurídico y ético (social y personal) tiene como objeto la praxis humana, es decir, la «conducta» propiamente dicha, aquella actividad que los hombres «conducen» o dirigen a través de su razón y con la mediación de su libertad. En este punto, Finnis, siguiendo en lo fundamental lo sostenido en el *Prólogo del Comentario a la Ética* de Tomás de Aquino, sostiene una tesis fundamental: «las acciones humanas y las sociedades no pueden ser descritas adecuadamente, explicadas, justificadas o criticadas a menos que sean comprendidas también, y centralmente, como realizando elecciones libres. [...] Por lo tanto, la reflexión racional sobre la auto-constitución humana no puede ser reducida, ni modelada adecuadamente, como una ciencia natural, una exigencia lógica o una tecnología»<sup>41</sup>.

Por el contrario, se trata en este caso de lo que el Aquinate llama *Moralis Philosophia*, que puede ser traducido adecuadamente como «filosofía práctica», y que abarca lo que hoy llamamos Filosofía política, Filosofía del derecho, Ética filosófica y Filosofía de la economía, y cuyo punto de vista propio es uno que incluya el objetivo y el propósito que se persigue con la actividad

<sup>39</sup> NLT, p. 8.

<sup>40</sup> La expresión es originaria de Isaiah Berlin en su obra *The Crooked Timber of Humanity*, y está tomada aquí de GEORGE, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 19.

<sup>41</sup> *Aquinas*, p. 22.

humana; dicho en otras palabras, se trata de un conocimiento que supone una orientación a fines, que suele llamarse «teleológica» o bien «finalista». Finnis escribe que «es esta última fuente explicativa [la finalista] la que aparece como primaria: la comprensión de la posibilidad y los procesos de perfeccionamiento (*fulfillment*) incluye la comprensión de (1) los propósitos de la asociación que son los objetivos del actuar conjunto, y (2) el modo en el cual esta asociación, si resulta exitosa, constituye o contribuye al bien-estar (*well-being*), la consumación, de los individuos asociados [...]. Sólo comprendiendo (1) y (2) puede la teoría política, y toda otra teoría social, describir, explicar, justificar o criticar adecuadamente los patrones de asociación y coordinación que provee su materia de conocimiento»<sup>42</sup>.

Esto significa que la comprensión completa y adecuada de las cuestiones prácticas: morales, políticas, jurídicas, económicas, ha de tener como principio fundamental y prioritario a la finalidad propia de cada tipo de actividad y de asociación. Ahora bien, estas finalidades consisten en bienes, más concretamente, en los que Finnis llama «bienes humanos básicos», que son las dimensiones centrales del perfeccionamiento humano o aspectos del acabamiento o completud del hombre, y que son los que otorgan sentido al conocimiento práctico en todas sus gradaciones: principal, de normas y prudencial<sup>43</sup>. Esto significa que se está en presencia de un conocimiento *normativo* (en sentido amplio) o bien práctico-normativo o práctico-moral, es decir, de un conocimiento que no es meramente descriptivo de sus objetos, sino que supone y propone líneas de conducta para la realización de esos bienes; es decir, para la facilitación, promoción, respeto, y concretización de los bienes humanos básicos en la vida de los hombres, individualmente y en comunidad<sup>44</sup>.

En este punto, Finnis escribe que en este conocimiento «el plan, estrategia e intención [...] es, en sí mismo, práctico. Es acerca de lo que *ha de hacerse*. Su formulación propia es ‘en orden a lograr esto, yo, o tú, o nosotros, hemos de hacer aquello’. No es un conocimiento acerca de lo que es el caso, ni siquiera acerca de lo que será el caso. Es acerca de lo que *ha de ser* el caso, ha de ser hecho, debería (*should*) ser hecho –una prescripción y no, en sí misma, una predicción–». Y más adelante concluye que «si se tiene una intención, el propio

<sup>42</sup> *Aquinas*, p. 26.

<sup>43</sup> Véase en este punto: SIMON, Y. R., *A Critique of Moral Knowledge*, trad. R. McInerny, Fordham University Press, New York, 2002.

<sup>44</sup> Sobre esto, véase: RUSSELL, D. C., *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

conocimiento de esa intención es, primero y principalmente, conocimiento *práctico*, un conocimiento del fin, del propósito que se tiene, y de los medios, de la conducta propositiva que se ha elegido. Como conocimiento práctico, es conocimiento real, verdadero y en su forma propia completo, aun cuando la conducta a realizar resulte impedida y nunca llegue a tener lugar»<sup>45</sup>.

En definitiva, lo que Finnis, siguiendo toda la tradición del pensamiento clásico, nos propone acerca del conocimiento de la acción humana, o praxis, o conducta, es que se trata de un conocimiento que, al ser su objeto la praxis humana en cuanto tal, no puede ser *meramente* descriptivo, y que para ser auténticamente explicativo o comprensivo de esa conducta ha de ser *normativo*, es decir, integrado en última instancia por prescripciones, prohibiciones o permisiones; y en otra dimensión por valoraciones o estimaciones, que son un supuesto para la formulación y justificación del conocimiento normativo<sup>46</sup>. Por supuesto que el conocimiento normativo supone cierta medida de conocimiento descriptivo, v.gr. de las situaciones a las que ha de aplicarse, así como de otras dimensiones del saber especulativo o teórico, pero todas esas dimensiones se integran sinérgicamente en la dinámica del conocimiento práctico-normativo<sup>47</sup>.

Ahora bien, ese carácter normativo del conocimiento de la praxis humana conduce a la segunda de las notas de la concepción clásica, cual es la del carácter analógico-paradigmático de la cognición acerca del derecho. En efecto, «derecho» como la mayoría de los términos –y conceptos– propios del conocimiento práctico, se predica de varias realidades, distintas pero vinculadas entre sí, con una significación que, desde los filósofos griegos, se denomina «analógica»<sup>48</sup>. Conforme a este tipo de predicación, en especial en aquella de sus formas que se denomina «de atribución», un término (o un concepto) se aplican a un conjunto de fenómenos relacionados entre sí de dos maneras: (i) *simpliciter*, es decir de un modo puro y simple, o propio y principal, tal como se

<sup>45</sup> Aquinas, p. 38.

<sup>46</sup> Acerca del conocimiento estimativo y su relación con el normativo, véase: KALINOWSKI, G., *Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, pp. 113 ss.; e ID., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. E. Marí, EUDEBA, Buenos Aires, 1979, pp. 123-148.

<sup>47</sup> Sobre esta dimensión descriptiva del conocimiento normativo, véase: GRISEZ, G.; BOYLE, J. & FINNIS, J., «Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends», en *The American Journal of Jurisprudence*, n° 32 (1987), pp. 111 ss.

<sup>48</sup> Acerca de la noción de analogía, véase: MCINERNEY, R., *Aquinas & Analogy*, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1996, *passim*.

denomina «intelectual» a la persona que se dedica habitualmente al cultivo del intelecto; y (ii) *secundum quid*, o en un cierto sentido, pero no completamente, como se habla de una profesión «intelectual», de un hábito «intelectual» o de un ambiente «intelectual».

En el caso del conocimiento práctico, el analogado principal de una predicación reviste carácter paradigmático o modélico, ya que se refiere a la significación focal o perfecta de un término o un concepto, y a la designación del caso central de la realidad compleja de que se trate<sup>49</sup>. De este modo, siguiendo las propuestas de Finnis, «derecho» en su sentido focal, será un sistema de normas de una comunidad política, dotado de autoridad, que cumple con los *desiderata* del *rule of law*, para la coordinación de las conductas sociales que tienen lugar en ese ámbito, ordenándolas al bien común de los integrantes de esa comunidad<sup>50</sup>. Por lo tanto, las conductas, las facultades jurídicas (o «derechos»), los saberes jurídicos, las resoluciones judiciales, etc., serán «derecho» sólo de modo analógico y en cuanto se vinculen de algún modo relevante con el mencionado sistema de normas. Y también serán «derecho» sólo en sentido análogo o defectivo aquellas normas a las que falte alguno de los elementos que las constituyen, v.gr. la ordenación integral al bien común, la coherencia del sistema, la emisión por parte de una autoridad competente, el cumplimiento completo de alguno de los ocho *desiderata*, etc.

Por lo tanto, en el ámbito del conocimiento práctico la analogía adquiere carácter también normativo, toda vez que el analogado principal de una analogía de atribución funciona como el modelo o la realización acabada e ideal de la realidad de que se trate. Las normas que la autoridad legítima emite válidamente, respetan los *desiderata* del *rule of law* y se ordenan en su contenido al bien común político, son modelos para el resto de las normas, y son el baremo conforme al cual ha de valorarse o estimarse la corrección y la justicia de esas normas. En este sentido, v.gr. existen constituciones en sentido pleno y perfecto, que establecen adecuadamente las diferentes magistraturas, prevén la participación de los ciudadanos en el gobierno y regulan la actividad de los gobernantes de acuerdo al principio de subsidiariedad. Y también existen otras que resultan defectivas o diluidas, ya que v.gr. no establecen una adecuada participación de los ciudadanos en la gestión del bien común. Por supuesto que

<sup>49</sup> Véase: LLANO, C., *Sobre la idea práctica*, EUNSA, Pamplona, 2007, *passim*; y también MASSINI-CORREAS, C. I., «Sobre el rule of law y el concepto práctico del derecho», en *Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano*, n° 20 (2014), pp. 631-648.

<sup>50</sup> Véase: FINNIS, J., NLNR, pp. 276-277.



todo esto supone que es posible conocer racionalmente el valor y la verdad práctica de normas, acciones e instituciones, y dejar de lado el escepticismo práctico-moral de las diferentes versiones del no cognitivismo ético<sup>51</sup>.

Finnis resume de este modo su contribución en este punto: «El campo propio de cualquier ciencia o teoría incluye propiamente todo lo que está relacionado de modo relevante con un tipo central y las formas relevantes de ‘relación con un tipo central’ incluyen, *inter alia*, no sólo lo que genera realidades de ese tipo, sino también sus característicos defectos o corrupciones y las causas de esas frustraciones o fallas (*breakdowns*). Por lo tanto, una versión diluida o corrupta del tipo puede correctamente [...] ser llamada por el mismo nombre, aunque no exactamente con el mismo significado (‘unívocamente’ como traduce [a Aristóteles] el Aquinate), ni de modo meramente equívoco, sino por el tipo de relación-en-la-diferencia de significado que Tomás de Aquino (cambiando el vocabulario de Aristóteles) llama *analogía*»<sup>52</sup>. Y un poco más adelante concluye que «al desarrollar la analogía del significado focal, el vocabulario puede acomodar inteligentemente el rango de las realidades relevantes, las sanas y las desviadas»<sup>53</sup>.

## 5. RAZÓN Y DIGNIDAD EN EL *RULE OF LAW*

En tercer lugar, corresponde aclarar el sentido en el que Finnis utiliza los términos «razón», «razonabilidad», «racionalmente» y otros similares. Nuevamente en *Aquinas*, este autor sostiene que «la teoría política no es una ciencia natural, y las comunidades políticas no son organismos naturales sino sistemas de acciones realizadas por agentes que actúan por inteligencia y elección libre. Por lo tanto, en la filosofía de las cosas humanas, cuando se predica ‘natural’ o ‘naturalmente’ de una de esas comunidades y sus organizaciones (*arrangements*), no se quiere significar (¡si se está hablando con precisión y centralmente!) ‘automáticamente’, o ‘por virtud de una inclinación sub-racional innata’ o por algún otro ‘impulso natural’. Tampoco se quiere significar ‘usualmente’ o ‘muy frecuentemente’ o ‘(estadísticamente) estándar’. En rigor, se quiere decir [...] ‘racionalmente’, i.e. como juzgado por los estándares pro-

<sup>51</sup> En este punto, véase: MACINTYRE, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 3ª ed., University of Notre Dame Press, Notre Dame-Indiana, 2010, pp. 6-35.

<sup>52</sup> *Aquinas*, p. 43.

<sup>53</sup> *Aquinas*, p. 47.

pios para juzgar nuestras acciones como razonables o irracionales, correctas o desviadas: las cosas son ‘naturalmente’ X para las personas humanas cuando ellas son X ‘de acuerdo con la razón recta’<sup>54</sup>.

Esto significa que, en el ámbito de la praxis humana (política, jurídica, económica, individual) cuando se habla de ‘razón’, ‘razonable’ o ‘razonabilidad’, se hace referencia a los actos del entendimiento práctico: estimaciones, normas o imperativos, por los que ese entendimiento valora, dirige en general y manda concretamente a la conducta, proveyendo razones para la acción humana libre<sup>55</sup>. Estas razones para la acción consisten centralmente en bienes humanos, es decir, en dimensiones o aspectos del perfeccionamiento humano que operan como fines y que son los que otorgan sentido –es decir, racionalidad– a las acciones humanas<sup>56</sup>. Y es por esto que la razón práctica no es meramente instrumental, sino que se trata de un uso de la razón referido a ciertos contenidos: los bienes humanos, para el logro de los cuales se estructuran y formulan las normas práctico-morales, entre las cuales se encuentran, de un modo especial, las jurídicas<sup>57</sup>. Dicho en otras palabras, la razón «es práctica en el sentido más pleno, si ella se *acerca de y dirigida hacia* aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser [...]. Es práctica en su sentido más pleno cuando es acerca, y prescribe, lo que ha de ser hecho en el campo abierto a fines de la vida humana en su conjunto, por elecciones y actos [...] y en vista de objetos, fines, *bienes* que provén razón para obrar y otorgan sentido a la vida individual o grupal como un todo abierto a fines»<sup>58</sup>.

Por lo anterior, cuando Aristóteles, en los comienzos de la tradición del gobierno del derecho, sostiene que «es mejor que gobierne la ley y no cualquiera de los hombres», y explica que esto es así porque la ley es producto de la razón y no de la pasión<sup>59</sup>, no se está refiriendo a una razón meramente instrumental, sino a un uso de la razón que es, a la vez, práctico-normativo y

<sup>54</sup> *Aquinas*, p. 45.

<sup>55</sup> Para el esclarecimiento de la noción de «razones para la acción», véase: BOYLE, J., «Reasons for Action: Evaluative Cognitions that Underlie Motivations», en *American Journal of Jurisprudence*, n° 46 (2001), pp. 177-197.

<sup>56</sup> FINNIS, J., NLNR, pp. 59-99.

<sup>57</sup> GÓMEZ LOBO, A., *Los bienes humanos*, Mediterráneo, Santiago de Chile-Buenos Aires, 2006, pp. 83-109.

<sup>58</sup> *Aquinas*, p. 41.

<sup>59</sup> ARISTÓTELES, *Política*, III, 10, 1281 a 10 ss. Sobre este texto, véase: BATES, C. A., «Law and the Rule of Law and Its Place Relative to *Politeia* in Aristotle's Politics», en AA.VV., *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice, and Justice*, L. Huppés-Cluysenaer & N. Coelho (eds.), Springer, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, pp. 59-75.

de contenidos-bienes humanos. Por supuesto que esto está muy lejos de las concepciones contemporáneas en las cuales el derecho es un mero medio o instrumento de la productividad de la economía (Posner), o de la ideología (Kennedy)<sup>60</sup> o del mero poder fáctico (Przeworski). La razón práctico-jurídica es por el contrario –en la tradición clásica– una razón referencial a las dimensiones centrales y colectivas de la perfección humana ética, es decir, la del hombre completo, en sus dimensiones más propias, a lo largo de toda la vida y en armonía con los demás y el resto de la naturaleza. Por ello es posible hablar de la autonomía del bien humano ético y de la imposibilidad de reducirlo a los aspectos económicos, ideológicos o potestativos de su existencia<sup>61</sup>.

Finalmente, corresponde explicitar lo referido a la afirmación de John Finnis en el sentido de que el *rule of law* reviste un carácter constitutivamente ético, y por lo tanto no puede reducirse a un cuchillo afilado que sirve del mismo modo para salvar una vida o para eliminarla. En este punto corresponde reafirmar lo sostenido por el pensador australiano acerca de que «el gobierno de las comunidades políticas está racionalmente limitado no sólo por el derecho constitucional y por las normas morales que limitan la deliberación y la elección de toda persona decente, sino también por los límites inherentes a sus objetivos justificadores generales, propósito o razón (*rationale*) [...]; esa razón es el bien común de la comunidad política»<sup>62</sup>. Aquí, cuando Finnis habla de normas o principios morales se está refiriendo, *inter alia*, a las exigencias del *rule of law*, no sólo los ocho *desiderata* de Lon Fuller, sino también los restantes requerimientos agregados por el profesor de Oxford<sup>63</sup>. Respecto a estos últimos requerimientos, ha escrito David Forte que «el *rule of law*, tal como es articulado por Finnis, contiene, además de los *desiderata* de Fuller, el corolario necesario de que los gobiernos están vinculados por las normas [...] autenticadas, y que los integrantes del gobierno están [...] vinculados como personas por las leyes que ellos mismos proponen»<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Véase: MASSINI CORREAS, C. I., *Facticidad y razón en el derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, 107 ss.

<sup>61</sup> Véase, sobre la autonomía del bien humano ético: HÖFFE, O., *Aristotle*, State University of New York Press, New York, 2003, pp. 129-131.

<sup>62</sup> LG, p. 87.

<sup>63</sup> Véase: FINNIS, J., «Aquinas's Moral, Political, and Legal Philosophy», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (fall 2011 ed.), <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/Aquinas-moral-political/>>, pp. 27-28.

<sup>64</sup> FORTE, D. F., «The Rule of Law and the Rule of Laws», en *Cleveland State Law Review*, n° 97 (1990), p. 100.

Y la razón por la cual esas exigencias revisten carácter moral radica en que ellas están articuladas para lograr el respeto, promoción y concreción en la vida jurídica de la inherente dignidad de la persona humana que, en cuanto racional y libre, exige ser orientada, valorada y dirigida racionalmente. «Porque *dignidad* –escribe Finnis– connota tanto superioridad [...] cuanto valor intrínseco y no-dependiente. La radical capacidad y actualidad que cada ser humano tiene en virtud de su alma individual y racional, hace a cada uno de nosotros superior en el sencillo sentido de que de ese modo tenemos y concretamos cada uno de los niveles del ser [...] y *más aún*: la capacidad para comprender todas esas otras realidades, para razonar acerca de ellas y acerca del razonamiento en sí mismo, para reproducir y transformar otros seres de todos estos niveles de realidad, y para elegir cómo hemos de vivir con libertad auto-dominativa»<sup>65</sup>.

Ahora bien, la dignidad es el principal supuesto antropológico de la vida ética, es decir, la que corresponde a los modos en los cuales el hombre estructura su existencia y persigue y –a veces, no siempre– disfruta de los beneficios de los bienes humanos básicos, que hacen al hombre más perfecto, completo o pleno. Sin respeto por la dignidad no hay conducta, praxis, actividad moral propiamente dicha; es decir, toda la dimensión moral de la existencia humana no tendría lugar sin ese respeto. Es cierto que la dignidad, en sí misma considerada, no ofrece razones activas para la conducta, tal como sí lo proveen la vida, el trabajo, la amistad, etc. Pero, escribe en este sentido Gómez Lobo: «¿Qué razones para la acción ofrece la noción de dignidad? Ciertamente, no ofrece razones ‘positivas’. No podemos hacer nada para obtenerla, pues todos los seres humanos ya la poseemos. Pero sabemos también que la dignidad puede ser menoscabada por cierto tipo de acciones. En este sentido, es una propiedad de los seres humanos que nos da razones ‘negativas’ para la acción, es decir, nos llama a omitir determinadas acciones [...]. Las violaciones a la dignidad de una persona pueden ser caracterizadas, dentro de la ética de los bienes básicos, como impedimentos para que dicha persona proceda en la libre búsqueda y apropiación de los bienes básicos, para que dicha persona alcance su autorrealización [...]. En el actuar concreto –concluye– el respeto por la dignidad consistirá fundamentalmente en respetar y proteger los bienes de una persona»<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> *Aquinas*, p. 179.

<sup>66</sup> GÓMEZ LOBO, A., *Los bienes humanos*, cit., pp. 61-62.

De este modo, las exigencias del *rule of law*, que pretenden garantizar que la dirección y coordinación de las conductas humanas jurídicas se realice de un modo racional, es decir, que se tome en consideración la racionalidad y libertad de la conducta humana, y que de ese modo se respete la dignidad de la persona, revisten necesariamente carácter normativo o práctico-moral. Por ello, Sean Coyle sostiene que «en términos de John Finnis, las consideraciones acerca de la dignidad y la auto-constitución proveen el significado focal de las formas sensatas de orden jurídico: su ausencia [...] es lo que lleva a ‘estigmatizar ciertas formas jurídicas como *perversitas* o *parasitarias*’»<sup>67</sup>. Es decir, alejadas de las significaciones normativo-paradigmáticas de «derecho», que son las que estructuran las formas modélicas de regulación jurídica de la conducta humana.

## 6. HECHOS Y VALORES EN EL *RULE OF LAW*

Luego de haber resumido y sistematizado brevemente la concepción normativa del gobierno del derecho elaborada por John Finnis, corresponde someter a una crítica valorativa la propuesta que puede denominarse «fáctico-crítica» del *rule of law*, para extraer con posterioridad las correspondientes conclusiones. En primer lugar, resulta manifiesto que la concepción propuesta por Maravall, Przeworski y –en menor medida– por Gargarella, así como por otros de los colaboradores del volumen mencionado al comienzo, rechaza o deja de lado la dimensión normativa (o práctico-normativa o paradigmática) del saber jurídico, en cualquiera de sus planos de universalidad-concreción. En efecto, cuando estos autores hablan del gobierno del derecho, lo hacen a través de proposiciones meramente descriptivas y evitando deliberadamente las afirmaciones práctico-normativas. Así por ejemplo, Adam Przeworski sostiene que «una teoría alternativa [de las doctrinas normativas] ve la emergencia del *rule of law* como un resultado de conflictos de intereses. Aunque las situaciones en las cuales todos actúan conforme a la ley pueden ser descriptas en términos culturales, esta teoría defiende que esas situaciones surgen cuando las fuerzas políticas en conflicto encuentran que es de su mayor interés actuar de conformidad con ciertas leyes, dado que los demás lo hacen»<sup>68</sup>. Además, califican a

<sup>67</sup> COYLE, S., *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*, Hart Publishing, Oxford & Portland-Oregon, 2014, p. 212.

<sup>68</sup> PRZEWORSKI, A., «Why Do Political Parties Obey Results of Elections?», en DRL, p. 114.

las doctrinas normativas, como el liberalismo, como meras «fantasías»<sup>69</sup> y bien como «productos fantásticos» (*figments*) de la imaginación de los doctrinarios.

En rigor, todo este discurso acerca del *rule of law*, la democracia y las nociones relacionadas, se desarrolla en los conceptos de una «sociología del poder» o «sociología de los intereses sociales (inmediatos)», según la cual la realidad del gobierno limitado reviste sólo el carácter de un mero equilibrio fáctico de intereses. Así, v.gr. en la contribución de Catalina Smulovitz al volumen referido, se concluye que «por lo tanto, y en cuanto los mecanismos [sociales] descentralizados incrementan los costos que los gobernantes enfrentan cuando trasgreden el derecho, así como los costos que los gobernantes enfrentan al evitar estos costos, ellos llevan a los gobernantes a concluir que es en su propio interés el obedecer al derecho. En otras palabras, la imposición descentralizada de costos incrementan las chances del rule of law de resultar auto-impuesto»<sup>70</sup>.

De este modo, toda concepción normativa o paradigmática o modélica del *rule of law* resultaría vacía y sin sentido, en cuanto alejada de la realidad de las cosas humanas, las que se reducirían a conflictos de intereses y estrategias para obtener o conservar el poder. Sólo una descripción en base a intereses, esquemas de fuerzas o estrategias de poder podría proporcionar una explicación satisfactoria y verificable de los fenómenos sociales, en especial los jurídicos, incluido especialmente el gobierno del derecho. En este sentido, en la ya citada *Introduction* a la obra mencionada, los compiladores sostienen que «por concepción normativa del *rule of law* queremos significar sólo lo siguiente. Primero, que un conjunto de normas constituye derecho si y sólo si satisface ciertas condiciones formales. Segundo, las normas que satisfacen esas condiciones son obedecidas. Por lo tanto, el derecho gobierna cuando las acciones siguen a normas anteriores»<sup>71</sup>.

Tal como se desprende del último texto citado, existe una grave incompreensión acerca de lo que ha de entenderse por concepción *normativa* del *rule of law*, ya que se la expone de modo meramente descriptivo, con verbos en modo infinitivo, sin tener en cuenta que la filosofía de las cosas humanas, si bien incluye en su discurso afirmaciones descriptivas, expresa sus conclusiones de modo normativo, o al menos valorativo. Las ciencias políticas o normativas son, como ya se ha dicho más arriba, saberes paradigmáticos o modélicos, que estudian

<sup>69</sup> HOLMES, S., «Lineages of the Rule of Law», en DRL, p. 21.

<sup>70</sup> SMULOVITZ, C., «How Can the Rule of Law Rule?», en DRL, p. 186.

<sup>71</sup> MARAVALL, J. M. & PRZEWORSKI, A., «Introduction», en DRL, p. 1.

principalmente los casos centrales de cada una de las instituciones y las proponen como las realizaciones óptimas de gobierno del derecho, de democracia, de república y de todas las instituciones y formas políticas y jurídicas. Pero la teoría normativa del derecho nunca sostiene que el gobierno del derecho se da cuando las acciones «siguen» de hecho a las normas, sino cuando existe un paradigma al que *deben* orientarse –y mayoritariamente, aunque no necesariamente, se orientan– las conductas concretas de los sujetos jurídicos.

Además, esta concepción sociologista-descriptivista tiene varios inconvenientes, el primero de los cuales radica en que, para que una descripción de los fenómenos sociales sea posible y realmente explicativa, es necesario un recurso a valoraciones, fines y bienes del fenómeno de que se trate. «Es imposible –afirma Leo Strauss en un libro ya clásico– el estudio de los fenómenos sociales más importantes, sin que este estudio lleve consigo juicios de valor [...]. En general, es imposible comprender un pensamiento, una acción o una obra sin darles un valor. Si somos incapaces de atribuirles el valor adecuado, como ocurre con frecuencia, eso quiere decir que no hemos logrado todavía comprenderlos adecuadamente [...]. Una sociedad –concluye– no puede ser definida sin aludir a sus fines»<sup>72</sup>.

Por el contrario, para el mismo autor, «la exclusión de los juicios de valor se basa en la presunción de que la razón humana es esencialmente incapaz de resolver los conflictos entre valores distintos o entre sistemas de valores diferentes. Pero esta presunción, aunque generalmente se la considera como un hecho, nunca ha sido sometida a prueba [...]. La creencia de que los juicios de valor no están sujetos en último análisis a control racional, fomenta la tendencia a emitir aseveraciones irresponsables respecto a la verdad y el error o a lo bueno y lo malo»<sup>73</sup>.

Las razones por las que resulta imposible explicar fenómenos sociales sin alguna referencia a valores, en general a valores éticos, ha sido desarrollada acertadamente por John Finnis en el primer capítulo de *Natural Law and Natural Rights*. Allí, este autor rechaza la suposición habitual acerca de que el estudio del derecho como institución social debe ser precedido, o constituido, por un análisis y una descripción libres de valoraciones. Para Finnis, «el desarrollo de la moderna teoría del derecho sugiere, y la reflexión sobre la metodología de

<sup>72</sup> STRAUSS, L., *What is Political Philosophy?*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 1988, pp. 21-22.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp. 22-23.

cualquier ciencia social confirma, que un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que también él participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad práctica»<sup>74</sup>.

Y esto en razón de que los saberes sociales tienen por objeto a las acciones humanas en cuanto tales, así como el discurso acerca de ellas, las instituciones que las contienen e informan, etc. Pero estas acciones y prácticas no pueden ser comprendidas acabadamente si no se conocen sus fines, es decir, su objetivo, su sentido, su relevancia y valor. De este modo, no se puede comprender ni determinar el objeto de un saber social, en especial el jurídico, sin una comprensión del fin-bien al que se ordenan y de su valor para la convivencia humana. En otras palabras, sin esta última comprensión, resultará imposible seleccionar cuáles son los elementos integrantes del objeto de estudio de la ciencia social y menos aún el todo de ese objeto: para distinguir –y consiguientemente comprender– una familia de una empresa, resulta imprescindible conocer sus fines propios, los valores que encarna cada una, las funciones que cumple y los principios que presiden su actividad; una mera descripción externa de lo que aparece empíricamente a los sentidos arrojará datos absolutamente insuficientes para comprender la realidad propia y el sentido de esos objetos<sup>75</sup>.

Más aún, tal como lo manifiesta gran parte de la contemporánea teoría del derecho, la determinación de qué cosa sea «derecho» supone la captación del fin práctico del conjunto de fenómenos que se designan con ese término. En este punto, Finnis parte de la propuesta de Herbert Hart en el sentido de que existe un *punto de vista interno*, que es «el de un participante en esa práctica [jurídica] que acepta las reglas como guías de la conducta y como estándares de crítica»<sup>76</sup>. Pero además, el pensador australiano enriquece ese concepto, agregando que lo que Hart denomina punto de vista interno, puede denominarse punto de vista «práctico», que es el punto de vista –como ya se ha visto– acerca de lo que ha de ser el caso, ha de ser hecho, es decir, el de una prescripción y no de una predicción, el que atiende a la intención con la que se hace algo. Y es este punto de vista el que hace posible comprender, es decir, captar el sentido de una conducta, institución, norma o valoración<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> NLNR, p. 3.

<sup>75</sup> Cfr. NLNR, pp. 4-6.

<sup>76</sup> HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 255 (*post-script*).

<sup>77</sup> *Aquinas*, p. 38.



Esto significa que la mera verificación empírica de ciertos hechos sociales, haciendo abstracción de su sentido y finalidad, de los bienes que persigue y de las funciones que se han de realizar para alcanzarlos, no informará acerca del tipo o índole de la realidad que se estudia. Es el clásico problema planteado por Agustín de Hipona acerca de la distinción entre una banda de ladrones y una comunidad dotada de un sistema jurídico: las apariencias exteriores marcan una gran semejanza; los fines y valores que persigue cada grupo marcan la enorme diferencia que existe entre ellos. Para Finnis, todo esto «nos fuerza a reconocer que el punto de equilibrio reflexivo en la ciencia social descriptiva es alcanzable sólo por alguien en quien un amplio conocimiento de los datos y una comprensión penetrante de los puntos de vista prácticos y de la preocupaciones de otros hombres están unidos a un juicio correcto sobre todos los aspectos de la genuina realización humana y de la auténtica razonabilidad práctica»<sup>78</sup>.

Además, es necesario destacar que a este problema se agrega otro en el que recae toda concepción que se pretende meramente empírica del saber social: que al dejar de lado explícitamente a las valoraciones y principios normativos, esas concepciones se ven obligadas a recurrir a valoraciones y principios normativos implícitos, que no han sido objeto de argumentación, debate y verificación racional. En general, las concepciones no cognitivistas aceptan esta conclusión, y sostienen que las valoraciones y principios práctico-normativos son productos de meras emociones o pasiones sensibles, con la consiguiente caída en el relativismo ético más absoluto<sup>79</sup>.

Pero los autores que aquí se discuten no hacen en general una profesión de fe emotivista, sino que simplemente pretenden efectuar una explicación de los fenómenos políticos y jurídicos reducida simplemente a las situaciones y relaciones de fuerza y poder, completamente a-valorativa y desprovista de referencias teleológicas<sup>80</sup>. El problema aparece cuando esos mismos autores defienden una determinada superioridad de la democracia sobre el estado de derecho, la necesidad de promover el igualitarismo político o la conveniencia de dejar de lado los planteos liberales, en especial los referidos a los derechos humanos. Aquí aparece –si se pretende permanecer en el marco de la racionalidad de contenidos– la necesidad de valoraciones y argumentos normativos que justifiquen esas

---

<sup>78</sup> NLNR, pp. 17-18.

<sup>79</sup> Sobre la noción de relativismo, en especial en el ámbito ético y en sus diferentes versiones, véase: AA.VV., *El desafío del relativismo*, L. Arenas et al. (ed.), Trotta, Madrid, 1997.

<sup>80</sup> Sobre el emotivismo, véase: GRAHAM, G., *Eight Theories of Ethics*, Routledge, London & New York, 2001, pp. 1-16.

superioridades o debilidades, y si no se ha debatido acerca de ellos se caerá necesariamente en el irracionalismo más definitivo y en la gratuidad más completa.

Esto fue explicitado admirablemente por Leo Strauss en el ya citado *What's Political Philosophy?*, sosteniendo que «los juicios de valor que encuentran prohibido el camino principal para entrar en la ciencia política, la sociología o la economía, entran en esas disciplinas por la puerta trasera [...]; no debemos pasar por alto (*overlook*) los juicios de valor invisibles que se ocultan a los ojos poco atentos, pero que están muy presentes en conceptos aparentemente sólo descriptivos. Por ejemplo: cuando los científicos sociales distinguen entre hábitos o tipos humanos democráticos o autoritarios, lo que llaman 'autoritario' es en todos los casos una caricatura de todo lo que ellos, como buenos demócratas, rechazan»<sup>81</sup>. En otras palabras, los juicios de valor que se pretende excluir del ámbito de la ciencia política o de la teoría del derecho, no sólo terminan entrando a esos saberes por la ventana, sino que generalmente lo hacen con el único fundamento del prejuicio o la mera preferencia arbitraria; de este modo, todo el edificio de la *Jurisprudence* termina edificado sobre la base del más radicalmente anticientífico y gratuito de los conocimientos.

#### 7. FINIS CORONAT OPUS

De todo lo anterior se sigue que las pretensiones de eliminar o bien reducir la presencia del *rule of law* en la vida jurídica de las comunidades políticas a partir de (i) una negación del valor de las concepciones práctico-normativas de esa idea, a raíz de su carácter «fantástico» o «fantasioso», es decir, divorciado de la realidad, a la que previamente se ha reducido a sus aspectos y elementos meramente empírico-sociales y despojado metódicamente de los aspectos valorativos que también la integran<sup>82</sup>; y de (ii) su sustitución por versiones más «mayoritarias» o bien «equitativas» o «democráticas» de la convivencia social, no alcanzan a justificarse racionalmente desde una perspectiva meramente fáctico-descriptiva de los fenómenos grupales o comunitarios.

Esto es así toda vez que la mera descripción empírica de esos fenómenos, en términos de intereses, fuerzas sociales y económicas, relaciones de poder o dominación, no explica, ni menos aún justifica, opciones políticas de ninguna especie, ni siquiera la referente a la subsistencia misma del grupo social. Más

<sup>81</sup> STRAUSS, L., *What is Political...*, cit., p. 21.

<sup>82</sup> Cfr. MASSINI CORREAS, C. I., «Entre reductivismo y analogía...», cit., pp. 366-368.

aún, esa perspectiva meramente descriptiva no alcanza a determinar adecuadamente su objeto de estudio, ni el sentido racional de sus afirmaciones, ni las inevitables dimensiones críticas que se pretenden hacer valer en el ámbito de su conocimiento. Es este sentido, el profesor de Cambridge Trevor Allan sostiene en un libro reciente que «el *rule of law* es más que mera regularidad o predictibilidad: impone requerimientos de *justificación*, conectando las restricciones a la libertad con el bien público o común, abierto a un debate y un desafío público sin miedo»<sup>83</sup>.

Por lo tanto, resulta necesario aceptar que si se pretende proponer, promover, justificar o defender alguna idea, principio o criterio político-jurídico, como las de gobierno del derecho, democracia u otras semejantes, es preciso recurrir inevitablemente a una perspectiva paradigmática o práctico-normativa del conocimiento político y jurídico. Y en este sentido, la concepción clásica del *rule of law*, reformulada, actualizada y desarrollada en la obra de John Finnis presenta una alternativa valiosa y bien elaborada de esa idea que, asumiendo –y haciéndose cargo– explícitamente de su normatividad constitutiva, hace posible formular un paradigma del gobierno del derecho que, sin dejar de lado las realidades sociales empíricas, las trasciende en una formulación no reductiva de la realidad jurídico-política.

Esta formulación finnisiana puede sintetizarse diciendo que su noción normativa, o práctico-paradigmática del *rule of law* incluye la afirmación de que la noción de derecho reviste un carácter *analógico*, conforme a la idea de la analogía de atribución, según la cual uno de los analogados de esa idea tiene índole focal, o nuclear, y reviste carácter paradigmático o modélico, de arquetipo conforme al cual se valoran y estiman las diferentes realidades particulares de las que se predica ese concepto. Pero además, ese modelo o paradigma tiene constitutivamente carácter *racional*<sup>84</sup>, toda vez que radica en un sistema de

<sup>83</sup> ALLAN, T. R. S., *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 91.

<sup>84</sup> Algunos autores, como Judith Shklar y, comentándola, Mariano Melero de la Torre, sostienen la existencia de dos arquetipos distintos del gobierno del derecho: (i) la aristotélica, basada principalmente en la racionalidad del derecho, y (ii) la de Montesquieu, según la cual el elemento central del *rule of law* radica en la división de los poderes del estado. Es claro que la propuesta de Finnis, si bien se encuadra centralmente en la concepción aristotélica, también recoge la dimensión institucional defendida por el intelectual francés. Véase: SHKLAR, J., «La teoría política y el imperio de la ley», en AA.VV., *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, M. Melero de la Torre (ed.), Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2012, pp. 117-141; véase también: MELERO DE LA TORRE, M., «Estudio preliminar: Dworkin y el imperio de la ley», en ID., pp. 11-115.

normas que, ejemplarmente, son constituidas por la razón, radican en la razón y se ordenan al logro de bienes humanos racionales. Por supuesto que en el caso de estas normas, no se trata de una racionalidad de carácter meramente instrumental, sino principalmente de contenidos, que en este caso son las diferentes concreciones de los bienes humanos básicos en el contexto social.

En definitiva, la concepción normativa del *rule of law* propuesta por John Finnis la considera como una idea intrínsecamente *ética*, es decir, no meramente técnica (aunque incluya aspectos técnico-jurídicos) ni meramente teórico-descriptiva (aunque incluya elementos de esa índole), sino una idea cuyo sentido radica en la exigencia de dirigir, valorar e imperar la conducta de los seres humanos conforme a su carácter personal y a la dignidad que ese carácter supone. Los hombres son entidades de naturaleza racional –para seguir con la idea de Boecio– y por lo tanto han de ser normados racionalmente y respetados conforme a su superioridad entitativa y a su valor eminente. De este modo, al regular a los seres humanos razonablemente: con normas inteligibles, previas, estables, coherentes, etc. se llena uno de los elementos del gobierno limitado –que es uno de los requisitos de un gobierno justo– que Finnis reduce a tres: observancia de los *desiderata*, adhesión por la persona de los gobernantes a los principios moral-sociales y ordenación de las normas –y de las acciones que se siguen de éstas– al bien común político.

La tradición occidental del *rule of law* asume todas estas condiciones o requisitos, por lo que reviste un carácter constitutivamente normativo, sin dejar por ello de ser realista, es decir, tener en cuenta la realidad del hombre, de sus grupos sociales, de su psicología y de actividad más propia. Pero en definitiva, asume un compromiso de carácter constitutivamente moral: lograr que la coordinación y dirección de las acciones humanas en la vida social se lleve a cabo (i) conforme al modo de ser propio del hombre, dotado de dignidad personal y consiguientemente racional y libre, y (ii) haciendo posible y promoviendo la realización libre de los bienes humanos básicos. Todo esto constituye a la versión clásica en una doctrina rica, fecunda y progresiva del *rule of law*, que merece ser estudiada, explicitada y difundida a los efectos de que la vida humana política y jurídica alcance unas renovadas posibilidades de desarrollo, concreción y perfección.