

**Rosa, Eliana de**

*Validez legal y corrección moral. El problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis*

*Legal validity and moral correctness. The problem of unfair law in John Finnis's legal theory*

Prudentia Iuris N° 83, 2017

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Rosa, E. de. (2017). Validez legal y corrección moral : el problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis [en línea]. *Prudentia Iuris*, 83. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/validez-legal-correccion-moral-derosa.pdf> [Fecha de consulta:....]

**VALIDEZ LEGAL Y CORRECCIÓN MORAL. EL PROBLEMA DE LA LEY INJUSTA EN LA TEORÍA JURÍDICA DE JOHN FINNIS**  
*Legal Validity and Moral Correctness. The Problem of Unfair Law in John Finnis's Legal Theory*

Eliana de Rosa<sup>1</sup>

Recibido: 14 de febrero de 2017

Aprobado: 1º de marzo de 2017

**Resumen:** No cabe duda de que el debate en torno a la cuestión de la esencia del Derecho no ha perdido vigencia en absoluto. A pesar de haberse superado el riguroso formalismo positivista de Hans Kelsen en lo atinente a la vinculación entre el Derecho y la moral, en el actual debate iusfilosófico es posible trazar otra gran línea divisoria entre concepciones del Derecho, análoga a aquella que otrora se dio entre iuspositivismo y iusnaturalismo: positivismo y no positivismo. El presente trabajo se propone dar a conocer el debate suscitado entre dos eximios representantes de esta última: por un lado, el iusfilósofo y jurista alemán, Robert Alexy, quien ha construido su teoría jurídica a partir de la influencia del positivismo kelseniano y el naturalismo jurídico de Gustav Radbruch, y el principal representante de la Nueva Escuela del Derecho Natural, John Finnis, quien proviene de la Escuela Analítica, y ha construido su teoría del Derecho sobre la base de postulados del iusnaturalismo clásico de Aristóteles y Tomás de Aquino, tamizados por la propuesta metaética de Germain Grisez. El objeto del debate se centra en torno al concepto y alcance de validez jurídica, como concepto clave para abordar la vinculación entre el Derecho y la moral.

**Palabras claves:** Derecho - Moral - Robert Alexy - John Finnis - Validez jurídica.

1 Abogada. Profesora de grado universitario en Ciencias Jurídicas, UNCuyo. Doctoranda en Derecho, UNCuyo. Docente en la Cátedra de Ética de la carrera de Abogacía en la Universidad de Congreso. Becaria de la Facultad de Derecho, UNCuyo.

**Abstract:** There is no doubt that the debate on the question of the essence of the law has not lost any use at all. In spite of the fact that Hans Kelsen's rigorous positivist formalism was overcome in relation to the link between law and morality; in the current philosophical debate, it is possible to draw another great dividing line between conceptions of law, analogous to that formerly given between iuspositivism and iusnaturalism: positivism and non-positivism. This paper intends to make known the debate between two distinguished representatives of the latter: on the one hand the German philosopher and jurist Robert Alexy, who has constructed his juridical theory from the influence of the Kelsenian positivism and the legal naturalism of Gustav Radbruch, and the principal representative of the New School of Natural Law, John Finnis, who comes from the Analytical School, and has constructed his theory of law on the basis of postulates of the classic naturalism of Aristotle and Thomas Aquinas, sifted by the proposal of Metathetics of Germain Grisez. The focus of the debate is on the concept and scope of legal validity, as a key concept to address the link between law and morality.

**Keywords:** Law - Moral - Robert Alexy - John Finnis - Legal validity.

Para citar este texto:

De Rosa, E. (2017), "Validez legal y corrección moral. El problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis", *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 277-298.

## Introducción

No cabe duda de que el debate en torno a la cuestión de la esencia del Derecho no ha perdido vigencia en absoluto. A pesar de haberse superado el riguroso formalismo positivista de Hans Kelsen en lo atinente a la vinculación entre el Derecho y la moral, en el actual debate iusfilosófico es posible trazar otra gran línea divisoria entre concepciones del Derecho, análoga a aquella que otrora se dio entre iuspositivismo y iusnaturalismo: positivismismo y no positivismismo. El presente trabajo se propone dar a conocer el debate suscitado entre dos eximios representantes de esta última: por un lado, el iusfilósofo y jurista alemán, Robert Alexy, quien ha construido su teoría jurídica a partir de la influencia del positivismo kelseniano y el naturalismo jurídico de Gustav Radbruch, y el principal representante de la Nueva Escuela del Derecho Natural, John Finnis, quien proviene de la Escuela Analítica, y ha construido su teoría del Derecho sobre la base de postulados del iusnaturalismo clásico de Aristóteles y Tomás de Aquino, tamizados por la propuesta metaética de Germain Grisez.

El debate en cuestión se centra en torno a la impugnación que Robert Alexy efectúa a la teoría jurídica de John Finnis, en base a la concepción que este último autor tiene del gran tema de la vinculación entre el Derecho y la moral, y el problema de la ley injusta. Particularmente, la crítica se detiene en el concepto de validez legal, y analiza las implicancias que surgen para los dispositivos de carácter técnico o instrumental del orden jurídico, en los casos en que el contenido sustancial de las normas es gravemente inmoral.

En efecto, y de acuerdo a la objeción formulada por el profesor alemán, Finnis no habría podido, finalmente, hacer a un lado, a la hora de construir su modelo teórico, los criterios de medición de validez jurídica de las normas propios del positivismo analítico del cual proviene, en los cuales las razones o contenidos de naturaleza ética parecen quedar al margen.

Con carácter previo, resulta pertinente efectuar una breve reseña del tratamiento que ha tenido el problema de la vinculación entre el Derecho y la moral, y sus consiguientes implicancias, en el debate iusfilosófico contemporáneo.

## **I. Criterios actuales que sustentan la posible vinculación o separación entre el Derecho y la moral**

Como refiere Garzón Valdés, no ha habido “ningún teórico ni filósofo del Derecho, cualquiera sea su posición teórica, que no haya dedicado alguna parte de su obra al análisis de la relación entre el Derecho y la moral”<sup>2</sup>, puesto que “el Derecho y la moral constituyen los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social”<sup>3</sup>. También este ha sido el tema que históricamente ha dividido las aguas entre iuspositivistas y iusnaturalistas. Actualmente, se habla de dos formas de concebir la vinculación entre el Derecho y la moral: (i) la tesis de la vinculación y (ii) la tesis de la separación. Es menester hacer la salvedad de que el debate entre ambas tesis no se refiere a la relación empírica entre Derecho y moral, sino que, por el contrario, la polémica se centra en torno a la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre ambos órdenes normativos. Al respecto, conviene repasar brevemente los puntos centrales de ambas tesis.

2 (1998). AA.VV. *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona, España. Ed. Rodolfo Vázquez, Gedisa.

3 Ídem.

### ***i. Tesis de la vinculación***

I. Entre quienes sostienen que el Derecho y la moral constituyen dos órdenes normativos que se encuentran conceptualmente vinculados, se aprecian distintas variantes según el grado de intensidad de la vinculación. En efecto, están aquellas versiones más radicalizadas que –como la de Agustín de Hipona– plantean una vinculación en términos de equivalencia entre ambos órdenes de conducta, de modo tal que “no es ley la que no es justa”<sup>4</sup>. En este caso, no es posible hablar de obligación de obedecer.

Una versión más reciente de esta variante es la de la corriente iusfilosófica de la naturaleza de las cosas, que postula la necesidad de tomar cuenta de los dictados de la naturaleza para la formulación de normas auténticamente jurídicas. Así, por ejemplo, autores como Herbert Schambeck han sostenido que “el respeto de la naturaleza de las cosas asegura no solo la legitimidad del orden jurídico positivo sino también su eficacia”<sup>5</sup>.

II. Otra de las variantes de la teoría de la vinculación, más atenuada que la anterior, es aquella que postula que el caso de la ley injusta es un caso de degeneración de la ley. Esta tesis fue formulada por Tomás de Aquino, para quien una “ley injusta sería una corrupción de la ley”<sup>6</sup>, es decir, la injusticia de la ley no afecta su carácter jurídico, sino el deber moral de obedecerla. De modo que sus destinatarios no estarían moralmente constreñidos a su observancia, salvo en aquellos casos en que sea necesario evitar un peligro (q. 104, 1954, 431).

III. La tesis de la equivalencia entre el “punto de vista interno” y el punto de vista moral constituye otra de las variantes de la tesis de la vinculación. Esta versión se diferencia de las anteriores porque deja a un lado las argumentaciones de tipo teológico para justificar la relación entre el Derecho y la moral. Quien ha sostenido este punto de vista ha sido Herbert L. A. Hart<sup>7</sup>, que parte de la distinción entre punto de vista externo e interno. Ambos se refieren a las razones que motivan la observancia del Derecho, pero se diferencian en que en el primero, las razones son de tipo prudencial

4 Agustín de Hipona (1947). “Del libre albedrío”. En *Obras de San Agustín*. T. III. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.

5 Schambeck, H. (1964). *Der Begriff der “Natur der Sache”*. Viena. Springer, 88.

6 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 95 2: *non lex sed legis corruptio*.

7 Hart se inscribe en la corriente de pensamiento positivista, llamada jurisprudencia analítica, para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del Derecho. Fue profesor en Oxford en la cátedra de Jurisprudencia, y profesor visitante en varias universidades estadounidenses, y principal de Brasenose College.

o técnico, mientras que en el segundo caso, las razones son de tipo propiamente moral. Por tanto, toda proposición sobre la existencia de un sistema jurídico implica la existencia de un sistema moral. Esta posición ha sido sostenida por Philip Soper<sup>8</sup> y Ernesto Garzón Valdés<sup>9</sup>.

IV. Otra variante es la que postula la de la relevancia esencial de la pretensión normativa del Derecho, según la cual “si se quiere dar cuenta del funcionamiento de un sistema de Derecho Positivo, no es posible ignorar las pretensiones normativas morales que van más allá de la mera positivización jurídica de una moral positiva, ya que aspiran a ser correctas también desde la perspectiva de una moral crítica o ética”<sup>10</sup>. Es lo que se conoce como *intentio dogmatica* del Derecho o pretensión de legitimidad.

Robert Alexy ha utilizado una categoría similar aunque con ciertos matices. En efecto, hace referencia a la pretensión de corrección “como un elemento necesario del concepto de Derecho. Ella establece la conexión entre Derecho y moralidad”<sup>11</sup>. Ciertamente, señala Alexy que “con el acto de dictar una constitución está necesariamente conectada una pretensión de corrección, en este caso, una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si el contenido de su acto constitucional niega esta pretensión, mientras que la plantea con la ejecución de su acto”<sup>12</sup>.

También, autores como Joseph Raz se han referido a la pretensión de legitimidad del Derecho Positivo sosteniendo: “[...] a pesar de que un sistema pueda carecer de autoridad legítima o a pesar de que su autoridad legítima pueda no ser tan amplia como pretende, todo sistema jurídico pretende tener autoridad legítima”<sup>13</sup>.

V. Otra variante es la tesis de la pretensión de razonabilidad que entraña necesariamente la institucionalización del Derecho. Se trata de una pretensión que tiene un fundamento antropológico, y que ha sido esbozada por autores como H. L. A. Hart, que se ha denominado “contenido mínimo de Derecho Natural”. Según Neil MacCormick, “la tesis de que hay algo así

8 Soper, P. (1989). “Legal Theory and the Claim of Authority”. En *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, Nº 3, 209-237.

9 Garzón Valdés, E. (1993). “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”. En *Derecho, ética y política*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 317-335.

10 AA. VV., *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Ob. cit., 22-23.

11 Alexy, R. (1989). “On Necessary Relation Between Law and Morality”. En *Ratio Juris* 2:2, 167-183.

12 *Ibidem*, 179.

13 Raz, J. (1994). *Ethics in de Public Domain - Essays in the Morality of law and Politics*. Oxford. Clarendon Press, 199.

como razón práctica y que el Derecho pertenece al ejercicio (por más defectuoso que sea) de la razonabilidad práctica tiene, por consiguiente, una importancia fundamental. Es la base de la pretensión de que hay una conexión necesaria entre Derecho y moralidad [...]”<sup>14</sup>.

VI. Por último, cabe hacer referencia a la tesis del argumento de la interrelación entre seguridad y un mínimo de moralidad, sostenida, entre otros, por Ernesto Garzón Valdés<sup>15</sup>, en función de la cual, “cualquiera sea la concepción moral que se sustente, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que garantizar: el de la seguridad jurídica, entendida en el doble sentido de convivencia pacífica y previsibilidad de las decisiones jurídicas.

## **ii. Tesis de la separación**

Sus partidarios han intentado refutar cada una de las variantes de la tesis de la vinculación manifestando que (i) algunas de ellas recurren a argumentos no racionales de índole teológica, o bien, que devienen en falaces al intentar hacer derivar enunciados normativos de los meramente descriptivos; (ii) la tesis de la vinculación introduce criterios de validez extraños al Derecho Positivo, puesto que el hecho de que los destinatarios de las normas las observen por temor o adhesión moral no puede ser relevante para su calidad como orden coactivo positivo. Además, la validez jurídica no es susceptible de gradación, ya que no cabe decir que una norma pueda ser más o menos válida, simplemente lo es o no lo es. En este sentido, sostiene von Wright que “la moralidad ‘trasciende’ la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón, la moralidad no puede ser nunca incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del Estado”<sup>16</sup>; (iii) el punto de vista interno en nada se relaciona con la posición ética o moral de la parte oficial del sistema: uno de los autores que, con más vehemencia, ha sostenido este argumento ha sido Rolf Sartorius. Su tesis central es que la parte oficial simplemente hace cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento, y los ciudadanos, en su mayor parte, obedecen. De modo que, ante la concurrencia de ambos factores, “puede decirse que el sistema jurídico existe”; es decir, el aspecto volitivo de adhesión a las normas básicas del sistema no

14 McCormick, N. (1994). “The Separation of Law and Moral”. En Robert P. George (ed.). *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. Oxford. Clarendon Press, 105-133.

15 Garzón Valdés, E. (1993). “Seguridad jurídica y equidad”. En ob. cit., 301-315.

16 Von Wright, G. H. (1985). “Is and Ought”. En Eugenio Bulygin et al (comps.). *Man, Law and Modern Forms of Life*. Dordrecht. Reidel, 263-281.

sería necesario<sup>17</sup>; (iv) Eugenio Bulygin objeta los ejemplos de contradicción performativa empleados por Alexy, argumentando básicamente que los aludidos artículos de la constitución tienen carácter de prescripción y no de descripción. Si tuvieran este último carácter podría predicarse de ellos su verdad o falsedad, pero siendo prescripciones “no tiene sentido ordenar que una constitución o un Estado debe ser justo o injusto como no tiene sentido ordenar que un país debe ser rico o tener árboles verdes. Ciertamente algunas constituciones son justas, algunos países son ricos y los árboles [...] verdes, pero se trata de estados de cosas que no pueden ser prescriptos u ordenados” (Bulygin, 1993, 22). Por tanto, el argumento de la pretensión de corrección carecería de fundamentación y la tesis de la vinculación parecería “pender en el aire”.

Así, entre quienes sostienen la tesis de la separación, parece posible señalar como común denominador que el problema fundamental no estriba en la aceptación o negación de pretensiones de contenido moral en el Derecho (como ocurre con la pretensión de legitimidad o de corrección), sino que a esas pretensiones solo puede adscribirseles carácter subjetivo, o, en otras palabras, la ausencia de un criterio objetivo que permita medir la “corrección” de la pretensión. Ello remite a las tesis del escepticismo ético en el ámbito jurídico, en donde se encuentran versiones radicalizadas como la de Roberto Vernengo<sup>18</sup>, y más débiles, como la de Norbert Hoerster.

Respecto de la primera de ellas, es Vernengo quien critica el uso de la expresión “Derechos morales” por considerar que la misma ha sido acuñada como resultado de una errónea traducción de la fórmula “*moral rights*”, aduciendo que, “en esta utópica búsqueda de un fundamento moral último de los Derechos Morales, [se arriba], como siempre, a insolubles cuestiones metafísicas”<sup>19</sup>, como tampoco hay “una moralidad positiva universal y, menos ciertamente, una única moralidad crítica. Al fin y al cabo, aun manteniéndonos en los límites de la moral prescriptiva que nos plazca, es arduo pensar en una facultad moral válida para todo ser humano [...]”<sup>20</sup>.

La versión débil del escepticismo ético suele encontrarse en la concepción de Norbert Hoerster. El mencionado autor parte de las dos tesis clásicas de relativismo axiológico formuladas por Max Weber: (i) sobre la separación entre el ámbito del ser y del deber ser, por un lado; (ii) y, por otro, sobre la

17 Sartorius, R. (1987). “Positivism and the Foundations of Legal Authority”. En Ruth Gavison (comp.). *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The influence of H. L. A. Hart*. Oxford. Clarendon Press.

18 Vernengo, R. J. (1990). “Los derechos humanos como razones morales justificatorias”. En *Doxa* 7, 275-299.

19 *Ibidem*, 297.

20 *Ibidem*, 291.

imposibilidad de una fundamentación intersubjetiva del deber ser. Hoerster sostiene que hay que aceptar la primera y rechazar la segunda, sin que ello implique remisión alguna a la metafísica. En efecto, “como no hay criterios objetivos –señala el autor– de lo normativamente correcto, todo enunciado que diga que una determinada acción es correcta o que una determinada norma está ‘fundamentada’ debe ser entendido como expresión del interés de quien formula el enunciado”<sup>21</sup>. De este modo, Hoerster intenta una fundamentación de las normas éticas de base intersubjetiva, es decir, cuando existe coincidencia con los intereses de los miembros de una comunidad, como ocurre con la norma que prohíbe el homicidio.

## II. El debate en torno al concepto de validez legal

Podría afirmarse que la validez legal o jurídica es el concepto en el cual confluyen el Derecho y la moral. Si bien ambos son órdenes normativos de distinta naturaleza, y que pueden delinearse claras distinciones de índole conceptual entre uno y otro, el problema se presenta cuando entra en juego este instrumento que, no obstante su carácter técnico, puede hacer colisionar la coherencia y coincidencia que normalmente se da entre el contenido de normas morales y jurídicas. De donde se sigue que, en el plano conceptual, las dificultades aparecen cuando la sustancia de las normas de uno y otro orden discurren por causas separados y contrarios.

En torno a esta cuestión es donde encuentra su punto neurálgico la objeción que Robert Alexy ha formulado a la teoría jurídica de John Finnis.

Con carácter previo, es menester señalar que la característica más notable del autor cuestionado es el haber abordado el estudio y explicación del fenómeno jurídico integrando, en su propuesta, la tradición del iusnaturalismo clásico, sin renunciar al método argumentativo heredado de la Jurisprudencia Analítica, en la que él se formó originalmente.

En efecto, Finnis no desconoce que en el interior del Derecho Positivo se presenta una dicotomía autoridad y razonabilidad (o moral) pero en este punto sigue la idea de su maestro, Herbert L. A. Hart, quien sostuvo que todo análisis del Derecho debe hacerse siempre desde el “punto de vista interno”, esto es, aquella perspectiva en virtud de la cual los autores se perciben a sí mismos como vinculados a las razones para la acción que proporciona el Derecho.

21 Hoerster, N. (1992). “Ética jurídica sin metafísica”. En *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona. Ed. Gedisa, 50-74.

Sin embargo, esta idea adopta en el profesor oxoniense una particularidad: el Derecho solo podrá proporcionar razones para la acción en la medida en que esas razones se refieran a algún bien humano básico. De este modo, la obediencia al Derecho no se justifica por la amenaza de una sanción, ni por la autoridad social que lo ha formulado, sino por esta referencia constitutiva a las dimensiones centrales del bien humano<sup>22</sup>.

Estos bienes constituyen valores dotados de objetividad, captables por la razón, capaces de ser aprehendidos por autoevidencia (*per se indemonstrabilia*) y son, según Finnis: la vida, el conocimiento, el trabajo y el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la familia, la razonabilidad práctica y la religión. Así, un sistema jurídico determinado solo podrá crear razones para la acción, en la medida en que las normas que integran dicho sistema se orienten a algunos de estos bienes en cuanto que los mismos tienen carácter perfectivo de la naturaleza humana en todas sus dimensiones. Cuando ello ocurre, las normas jurídicas no solo vinculan jurídicamente a sus destinatarios, sino que también los vinculan moralmente. Es decir, de la norma surge tanto un deber jurídico como un deber moral a su cumplimiento.

### III. Materia del debate

Ahora bien, en el debate a analizar, la teoría jurídica de Finnis, fundada en el carácter analógico del fenómeno jurídico, deviene en particular núcleo de la objeción de Robert Alexy. Como es sabido, el profesor australiano entiende que para definir el fenómeno jurídico es necesario efectuar un triple abordaje metodológico, a saber: (i) la atención al punto de vista práctico; (ii) la selección del caso central y del significado focal; y (iii) la selección del punto de vista.

A su turno, cuando Finnis hace referencia a la noción de “significado focal” (*focal meaning*) del fenómeno jurídico, está remitiendo a “reglas producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada normalmente y constituida como institución mediante reglas jurídicas), para una comunidad ‘completa’, y apoyadas por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas [...] dirigidas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad [...] para el bien común de esa comunidad [...]”<sup>23</sup>.

22 Finnis, J. (2011). “Practical Reason’s Foundations”. En *Collected Essays I*. Oxford. Oxford University Press, 19-40.

23 Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª edición. Oxford. Oxford University Press, 276.

En efecto, se trata de un intento de construir una noción del fenómeno jurídico que refleje una multitud de fenómenos concebidos como casos de auténticos ordenamientos jurídicos (*central cases*), desde una perspectiva fáctica o sociológica, histórica y cultural. No se trata, por tanto, de tomar el término “Derecho” en un sentido unívoco, sino que este “significado focal” supone una referencia primaria a ciertos tipos de fenómenos sociales existentes, teniendo la potencialidad de extenderse y aplicarse a casos análogos en los cuales está ausente algún elemento descriptor del caso central.

Por tanto, no se puede soslayar que el análisis del profesor de Oxford apunta no solo a la presencia de elementos formales, a la hora de elaborar una definición de Derecho; hay también una necesaria referencia a elementos sustanciales, como la necesidad de que el ordenamiento jurídico sirva al bien común, según una “forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como especificidad, minimización de la arbitrariedad, mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del Derecho, tanto unos como otros en sus relaciones con las autoridades legítimas”<sup>24</sup>. Sin referencia al bien común de la comunidad a la que está destinada a regir, aun cuando un determinado fenómeno jurídico encuadre en el esquema de carácter “lógico formal” propuesto por Max Weber, la noción de Derecho queda vacía de contenido, y carente de su necesaria justificación autoritativa.

El autor arriba, de este modo, a la conclusión de que “el Derecho, en sentido focal del término, se realiza plenamente solo cuando cada uno de estos términos componentes se realiza plenamente”<sup>25</sup>. Mientras que en aquellos casos en los que se verifique la ausencia de alguno de estos elementos devendrían en versiones marginales o diluidas las que quedan comprendidas igualmente en el concepto de Derecho vía analogía.

Sin embargo, es menester destacar que la concepción analógica del Derecho no se encuentra exenta de dificultades a la hora de emprender la tarea de interpretar las normas jurídicas. Ciertamente, cabe preguntarse: (i) ¿Cuál es la consecuencia de considerar como Derecho válido, aquellas normas o sistemas normativos cuyos preceptos no solo carecen de racionalidad, sino que son groseramente injustos? (ii) ¿Deben aplicarse sin más? (iii) ¿Hay obligación de obedecer este tipo de preceptos? (iv) La naturaleza de la obligación de obedecer en estos casos, ¿es de tipo moral o jurídica? (v) ¿Tiene –o debiera tener– la interpretación analógica algún límite? En la respuesta que Finnis da a estos interrogantes es en donde pareciera emerger una se-

24 *Ibidem*, 276-277.

25 *Ibidem*, 277.

rie de criterios que, en principio, resultan incompatibles con una auténtica concepción iusnaturalista del Derecho.

Para fundamentar su objeción a la teoría finnisiana, Robert Alexy parte de la tesis de la necesidad de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral<sup>26</sup>, siendo éste el criterio en virtud del cual traza la línea divisoria entre lo que él mismo califica como positivismo y el “no positivismo”. En este sentido, Alexy evita referirse a iusnaturalismo y se inclina por una concepción del Derecho más amplia que el positivismo, una concepción que él ha calificado como “no-positivista”, en la medida en que supone la inclusión de razones morales en el núcleo del sistema jurídico.

A su turno, el interior de este “no positivismo” tampoco es homogéneo y pacífico, sino que es susceptible de clasificarse en: (i) “no positivismo exclusivo”, según el cual el contenido moral de las normas jurídicas es determinante de su validez o invalidez; (ii) “no positivismo inclusivo”, en el cual solo supuestos extremos de inmoralidad de la norma traerían aparejada la invalidez de tipo jurídico; y por último, (iii) “no positivismo súper inclusivo”, según el cual, el contenido moral de las normas es independiente de su validez o invalidez jurídica. Así, una norma moralmente inicua no pierde su validez si se la considera en un sentido intrasistemático.

En efecto, para el profesor alemán resulta especialmente controvertida la afirmación de Finnis en virtud de la cual “proposiciones tales como ‘un argumento inválido no es un argumento’ o ‘una ley injusta no es ley’, si se lee con un solo ojo, en el idioma de la filosofía clásica occidental, simplemente presupone e implica que los argumentos no son necesariamente válidos [...] y el Derecho no es necesariamente moral”<sup>27</sup>.

En líneas generales, en su teoría jurídica, Finnis no niega la validez de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, pero sostiene que tal aserción es ambigua y que es necesario distinguir los aspectos en los que tiene lugar tal separación, de aquellos en los que no. Menos aún sugiere esto que la creencia en la Ley Natural o en otras formas de realismo moral entraña la proposición de que el Derecho y la moral se encuentran conectados de tal modo que confieren a los jueces, como tales, autoridad plena hacer cumplir los requerimientos de la Ley Natural, o para invalidar normas o mandatos del Derecho Positivo que se juzgan en conflicto con tales requerimientos.

26 Alexy, R. (2013). “Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and Legal Philosophy of John Finnis”. En *American Journal of Jurisprudence*, vol. 58. Oxford. Oxford University Press, 1-14.

27 Finnis, J. (2011). “Philosophy of Law”. En *Collected Essays Volume IV*. Oxford. Oxford University Press, 2011.

Para el autor, la verdad de la proposición “*lex iniusta non est lex*” es una verdad de carácter moral, es decir que la obligación moral creada por una promulgación autoritativa legal es condicional más que absoluta.

Por esta razón, en la categorización del no positivismo efectuada por Alexy, Finnis se ubicaría en la categoría del “no positivismo súper incluyente”. El mismo se distancia del positivismo en lo referente al criterio de corrección legal, pero no habría diferencias respecto al criterio de validez jurídica de las normas. En otras palabras, lo característico del no positivismo súper inclusivo es otorgar absoluta prioridad a la certeza legal por sobre la justicia cuando se encuentra cuestionada la validez jurídica de una regla.

Para sostener esta categorización del profesor de Oxford, el iusfilósofo alemán argumenta que “por contraste con la tesis de la corrección, Finnis no aplica primaria y directamente conceptos normativos, en orden a establecer la necesaria conexión cualificante entre Derecho Positivo y justicia o razonabilidad, una conexión indispensable para el no positivismo súper inclusivo. Más bien, él intenta lograr esto por medio de la distinción entre ‘significado focal’ de un concepto al cual se refiere su caso central, y ‘significados secundarios’ en los cuales el concepto se refiere a casos periféricos”<sup>28</sup>.

Pero Alexy toma esta afirmación de Finnis para señalar que la misma no dice nada sobre la relevancia de la cuestión. Por el contrario, si el Derecho puede ser inmoral, la cuestión que surge entonces se refiere a las consecuencias que el contenido inmoral del Derecho tiene sobre la validez o corrección legal. Esta es la versión de la tesis de la necesidad que defiende el profesor alemán, y que en definitiva se detiene en la consideración de los efectos de la existencia de conexiones necesarias entre la validez o corrección legal, por un lado, y la corrección o incorrección moral, por otro.

#### **IV. Principales tesis de Robert Alexy**

El punto de partida de la defensa de la tesis de la necesidad de Alexy está constituido por la afirmación de que el Derecho tiene una doble naturaleza, es decir, el Derecho necesariamente consta de una dimensión real o fáctica, como así también de una dimensión ideal o crítica<sup>29</sup>. La primera de ellas consiste en una emisión autoritativa y de eficacia social, mientras que la segunda hace referencia a la corrección moral. La emisión autoritativa

<sup>28</sup> Alexy, R. (2013). “Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”. En ob. cit., 1-14.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 3.

tanto como la persistencia de la eficacia social suponen que tal emisión está institucionalizada. Por esta razón, Alexy también califica a esa dimensión del Derecho como dimensión institucional. En lo que respecta a la dimensión ideal, la corrección moral –señala el profesor alemán– se encuentra vinculada a la razonabilidad práctica, lo que implica concebir al Derecho como la institucionalización de la razón<sup>30</sup>.

Efectuada esta asunción, y si tanto positivismo como no positivismo admiten la necesaria vinculación entre Derecho y moral, ¿qué es, entonces, lo que distingue a uno y a otro? El punto de inflexión se encuentra en la tesis de la necesidad de la dimensión ideal del fenómeno jurídico. En su análisis, el profesor alemán procede, en primero término, a sostener la necesidad de la dimensión ideal. En segundo término, intenta efectuar una conceptualización de la expresión “dimensión ideal”, y por último, procede al análisis de los efectos de la dimensión ideal en la real.

La principal razón para sostener la existencia de la dimensión ideal es lo que Alexy llama “argumento desde la corrección”, en virtud del cual, “tanto las normas y decisiones legales individuales como los sistemas legales en su totalidad sostienen una pretensión de corrección”<sup>31</sup>. Para probarlo, el profesor alemán echa mano del instrumento metodológico que él denomina “contradicción performativa”, y utiliza, para ejemplificarla, el caso de un artículo de una constitución formulado en términos tales como los siguientes: “X es un república soberana, federal e injusta”. A su turno, es necesario distinguir entre: (i) corrección de primer orden: que se refiere sólo a la dimensión ideal, es decir, su preocupación central es la justicia en cuanto a tal; (ii) corrección de segundo orden: comprensiva tanto de la dimensión ideal como de la real, en el sentido en que se ocupa no sólo de la justicia sino también de la certeza legal. Efectuada esta distinción, Alexy llega a la conclusión de que en esta necesaria vinculación entre la dimensión ideal y real del Derecho está implicada la conexión –también necesaria– del principio de justicia con el de certeza legal. En efecto, afirma el autor que “la pretensión de corrección, en cuanto pretensión de segundo orden, necesariamente conecta tanto el principio de justicia como el principio de certeza legal, o, se podría decir, el principio de legalidad con el Derecho. Esto implica que la cuestión de cómo determinar la relación entre la dimensión ideal y la dimensión real del Derecho se reduce a la cuestión de determinar la relación entre el principio de justicia y el principio de certeza legal”<sup>32</sup>.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*, 4.

32 *Ibidem*, 6.

## V. La objeción de Alexy a la teoría jurídica de Finnis

Seguidamente, Alexy cita una afirmación de Finnis que figura en el *Proscript* de la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*, en virtud de la cual, el profesor de Oxford parece sostener que “es posible que ciertos sistemas legales se abstengan de pretender ser moralmente obligatorios”<sup>33</sup>.

Esta afirmación del profesor oxoniense constituye en punto de partida a través del cual el iusfilósofo alemán procederá a estructurar toda su objeción a la teoría jurídica de Finnis, enfatizando que si la citada sentencia significa afirmar que un sistema legal puede abstenerse de ser moralmente correcto, entonces el punto merece ser rechazado de plano. En consecuencia, la conexión entre el Derecho y la pretensión de corrección no se encuentra confinada a determinados actos particulares (como la elaboración de una constitución) sino que está presente en todo el sistema jurídico.

Asimismo, otro distingo que merece especial consideración es el que tiene lugar entre la perspectiva del observador y del participante, que es aquel que surge del particular posicionamiento en que se sitúe el estudioso de la cuestión, a saber: (i) la perspectiva del observador, en la cual el estudioso “se pregunta y aduce argumentos en nombre de una posición que refleja cómo son resultas actualmente las cuestiones legales en ese sistema legal”<sup>34</sup>; (ii) la perspectiva del participante, la cual supone que el estudioso “se pregunta y aduce argumentos acerca de cuál es la respuesta correcta a una cuestión legal dentro del sistema jurídico en el que el mismo se encuentra”. Para este último, la cuestión central estriba en intentar determinar la forma en que se adoptan las decisiones legales en la actualidad, en un sistema jurídico concreto; mientras que para el primero, la cuestión central a elucidar radica en el hallazgo y consecuente adopción de la solución correcta a un caso concreto, dentro de un sistema determinado en el cual el mismo sujeto está situado.

Los argumentos del observador están limitados a ser argumentos basados en hechos, mientras que el participante deberá aducir, junto con los argumentos basados en hechos, argumentos normativos.

Por último, en lo atinente a la vinculación entre justicia y certeza legal, corresponde analizar los dos tipos de conexión que se pueden dar entre Derecho y moral: las conexiones clasificantes y las cualificantes. Estas conexiones son las que se ocupan de analizar los efectos de la defectuosidad moral de los actos autoritativos entendidos en sentido amplio. El efecto de una

<sup>33</sup> Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Ob. cit., 423, n° 13.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 7.

conexión clasificante es la pérdida de validez legal, mientras que el efecto de una conexión cualificante es la defectuosidad o incorrección moral, que no socava la validez legal. En este sentido, “el punto decisivo aquí –señala Alexy– es que el efecto de la defectuosidad o incorrección moral es la defectuosidad o incorrección legal. Que las leyes moralmente defectuosas son moralmente defectuosas, es una verdad trivial. Que ellas son legalmente defectuosas, no solo no es una verdad trivial, sino que también es de gran significación para la relación entre la dimensión real e ideal del Derecho, y esto, no sólo por razones teóricas, sino también por razones prácticas en naturaleza”<sup>35</sup>. Esta asunción trae aparejada dos implicancias de orden lógico: (i) por un lado, que el positivismo, si pretende ser coherente consigo mismo, necesariamente deberá negar la existencia de esta conexión clasificante y cualificante; (ii) sobre esta base, el no positivismo se encuentra en condiciones de afirmar la conexión cualificante, esto es, la relación que se da entre la defectuosidad moral y la validez legal.

En consecuencia, siguiendo esta línea argumentativa, corresponde concluir que las normas cuyo contenido se encuentra notoriamente afectado desde un punto de vista moral pierden, por ello, su validez legal.

A su turno, el profesor alemán hace la aclaración de que no todo defecto moral en el contenido normativo de una regla, o acto de autoridad perteneciente a un sistema jurídico, acarrea la pérdida de validez. En este punto, Alexy ubica la disidencia entre el no positivismo incluyente o el súper incluyente, como también su objeción a la teoría jurídica de Finnis.

Efectuadas estas categorizaciones teóricas, el profesor alemán procede a estructurar su crítica a la teoría jurídica del iusfilósofo australiano, argumentando que “en contraste con la tesis de la corrección, Finnis no aplica primaria y directamente conceptos normativos en orden a establecer la necesaria conexión cualificante entre el Derecho Positivo o la razonabilidad [...]”<sup>36</sup>, sino que hace uso del recurso de la analogía, por medio del cual distingue entre significado focal de un concepto, que remite directamente al caso central del objeto conceptualizado, por un lado; y, por otro, “significados secundarios” que remiten a casos o realidades periféricas del mismo objeto. En este último supuesto, el carácter injusto, irracional o arbitrario de una norma o acto emanado de una autoridad diluye su contenido conceptual, pero no lo suprime en absoluto.

En consecuencia, siendo la validez legal un dispositivo de carácter más bien técnico, la misma no tiene por qué verse afectada por la iniquidad del

35 *Ibidem*, 8.

36 Alexy, R. “Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”. En *ob. cit.*, 9.

contenido de la norma. Esta postura es la que Alexy califica de no positivismo súper inclusivo. Ciertamente, lo propio del no positivismo súper incluyente –en el cual Alexy ubica a Finnis– es otorgar absoluta prioridad a la certeza legal por sobre la justicia cuando la validez legal está en juego.

Por último, el profesor alemán considera que “una forma de no positivismo que da un peso adecuado a ambas dimensiones, la real y la ideal, es el no positivismo inclusivo”<sup>37</sup>. Lo que define esta versión del no positivismo es la pretensión de que no todo contenido inmoral de una norma acarrea su invalidez legal, sino solo aquellos casos que caen en la órbita de la fórmula de Radbruch, de modo tal que sólo la extrema injusticia del mandato contenido en una regla suprime no solo la obligación moral de obedecerlo, sino también la obligación jurídica, en virtud de que la misma no puede concebirse como derecho válido.

Esta pretensión conlleva, también, la necesidad de delimitar el concepto de injusticia extrema. A lo que Alexy responde que ésta se configura toda vez que se produce la violación a Derechos Humanos. En consecuencia, en todos los casos en que se configura la violación a Derechos Humanos a través de reglas de Derecho Positivo, corresponde dar prioridad a la justicia por sobre la certeza legal. La afirmación contraria equivaldría a negar la dimensión ideal del Derecho.

Esto último conduce también a considerar la distinción que Finnis hace de obligatoriedad legal y obligatoriedad moral, como susceptible de ser criticada, justamente por conducir a la inferencia de que los defectos morales de las reglas solo hacen ceder la obligación moral a su cumplimiento, pero de ningún modo se puede negar “la obligatoriedad legal en sentido legal o intrasistemático de una regla recientemente afirmada como legalmente válida y obligatoria por la más alta institución de un sistema legal”<sup>38</sup>.

## VI. El concepto de validez legal en la teoría jurídica de Finnis

Finnis trata el problema de la posible validez legal de normas de contenido moralmente inicuo en el capítulo XII de *Natural Law and Natural Rights*. En él, el autor efectúa una clasificación de los distintos tipos de injusticia de la ley, lo cual se vincula con la forma en que se ejerce la autoridad a través de la norma o con la asignación o distribución de bienes que esa norma hace. Así, el carácter injusto de una disposición legal puede provenir: (i) del hecho de que la norma en cuestión sea emitida por una autoridad que

<sup>37</sup> *Ibidem*, 12.

<sup>38</sup> Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Ob. cit., 357.

desconozca las necesidades del bien común, por lo que en tal caso, “el uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos, o de su partido o facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo”<sup>39</sup>; (ii) en aquellos casos en los que el funcionario que ejerce autoridad adopta disposiciones que exceden la órbita de sus atribuciones. En este caso, la injusticia puede ser distributiva según que “el funcionario se arroge indebidamente un exceso de autoridad y, conmutativa, en la medida en que el funcionario procura indebidamente someter a otros a sus propias decisiones”<sup>40</sup>; (iii) el tercer tipo de injusticia de la ley es aquel que tiene lugar cuando la autoridad no se ejerce de conformidad con el imperio del Derecho; (iv) y, por último, la injusticia puede ser de naturaleza sustancial, puesto que el acto en cuestión asigna algún bien o bienes a quien no tenga derecho, mientras que los niega a otros; o impone sobre algunos cargas de los que a otros exime (injusticia distributiva); o bien, puede “ser conmutativamente injusto al negar a uno, a algunos o a todos, un derecho humano absoluto, o un derecho humano cuyo ejercicio en las circunstancias es posible, consistente con las exigencias razonables del orden público, la salud pública, etc., y compatible con el correcto ejercicio de tantos otros derechos humanos como de los mismos derechos humanos de otras personas”<sup>41</sup>.

En el apartado siguiente, Finnis se refiere a las distintas formas en que puede ser entendida la obligación de obediencia a la ley. En efecto, la misma puede implicar: (i) por un lado, la convicción de que es necesario obedecer la ley, frente a “la posibilidad empírica de ser sometido a una sanción en caso de incumplimiento; (ii) la obligación jurídica en sentido intrasistemático [...] en la cual, la premisa fáctica de que la obediencia a la ley es socialmente necesaria es un principio estructural aislado del resto del razonamiento; (iii) obligación en sentido moral [...]; y (iv) obligación moral que no deriva del carácter jurídico del establecimiento de la obligación sino de alguna fuente colateral”<sup>42</sup>.

Es precisamente el segundo tipo de obediencia al que refiere el profesor australiano, el que ha sido objeto de crítica por Alexy: el de obligación jurídica en sentido intrasistemático. La contrapartida de este concepto es el de validez jurídica “intrasistemática”, que –como el mismo Finnis lo explica– es la consecuencia de la forma de “ejercer autoridad por medio del Derecho [la cual] procede mediante el establecimiento de un sistema de reglas que

39 *Ibidem*, 352.

40 *Ibidem*, 352-353.

41 *Ibidem*, 354.

42 *Ibidem*, 354.

deriva su autoridad no de la conveniencia intrínseca de su contenido sino del hecho de haber sido dispuestas de acuerdo con reglas que regulan cómo han de ser dispuestas<sup>43</sup>.

En consecuencia, lo que se deduce de esta forma de concebir el concepto de validez jurídica es que se trata de un dispositivo de carácter exclusivamente técnico, instrumental, que no guarda vinculación alguna con el contenido de las normas jurídicas, y que opera con total independencia de ellas. Esto permite explicar la interpretación finnisiana de la máxima *lex iniusta non est lex*, a partir del tratamiento que Tomás de Aquino le da a la misma. Ciertamente, según Finnis, el Aquinate solo distingue entre “ley en sentido focal” [*simpliciter*], que se corresponde con el caso central del concepto de ley; y “ley en sentido secundario” [*secundum quid*], correspondiente a aquellas versiones marginales, deformadas o diluidas (*watered down*), precisamente por la ausencia de algún elemento descriptor del caso central.

Esta tesis parece enfatizarse en la respuesta de Finnis a la objeción de Alexy, publicada en la *American Journal of Jurisprudence* en abril del año 2014<sup>44</sup>. En efecto, en el mencionado artículo, el profesor de Oxford ratifica la idea de que la perspectiva del participante es primaria al momento de abordar el fenómeno jurídico como objeto de estudio, pero cuidando de dejar en claro que la suya no es una cuestión de análisis conceptual –tal como lo propone Alexy–, sino de “entender cómo los fines humanos básicos –necesidades o bienes– y significados apropiados vienen juntos en un entendimiento críticamente justificado –concepto– de Derecho”<sup>45</sup>.

Seguidamente, Finnis procede a desarrollar su argumento contra la crítica en cuestión; para ello, retoma la afirmación de Alexy, según la cual “un sistema [jurídico] que abandona su pretensión [de corrección] representaría una transición desde un sistema legal a un sistema de desnudas relaciones de poder<sup>46</sup>, en otras palabras, en algo que necesariamente no es un sistema legal”<sup>47</sup>. En otras palabras, del hecho de que los sistemas jurídicos pretendan –a través de sus componentes: normas y agentes ejecutores– ser moralmente correctos o legítimos, es de donde se deduce la vinculación conceptual entre ambos órdenes normativos.

No obstante, el oxoniense parece insistir en la tesis de que tal vinculación no es conceptualmente necesaria. Sin dejar de sostener la conveniencia

43 *Ibidem*, 355.

44 Finnis, J. (2014). “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s ‘Ideal Dimension’”. En *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 59, N° 1, 85-109.

45 *Ibidem*, 90.

46 Aquí Finnis cita a Alexy (1998). “Law and Correctness”. En *Current Legal Problems* 51, 205-21, 2n 213-4.

47 Aquí Finnis cita a Alexy (2002). *The Argument from Injustice*, 32-5.

de la misma, afirma que “no hay nada extraño en una constitución en la que, al parecer, no diga nada (no haga pretensión) sobre su justicia o injusticia, sino simplemente articule sus provisiones para el ejercicio de los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, y para la supremacía de leyes constitucionalmente válidas sobre leyes competente, fuentes del derecho, y ejercicios designados de poder”<sup>48</sup>. Lo que, aparentemente, equivale a afirmar que una constitución puede limitarse a regular solo dispositivos técnicos de adecuación de normas de inferior jerarquía a los estándares impuestos por las superiores; o bien, regular solo la producción de efectos jurídicos resultantes de la aplicación de una norma, una vez producido el supuesto fáctico. Esta sentencia de Finnis parece dejar entrever la idea de que es totalmente compatible con el concepto de constitución –entendida como norma fundamental que organiza institucionalmente un Estado– que se abstenga de reconocer derechos y libertades a los ciudadanos destinatarios de sus prescripciones. ¿Puede ser esto posible, sin ser autocontradictorio?

En efecto, según el profesor australiano, parece perfectamente compatible con la noción de sistema jurídico un régimen que –como lo ilustra el ejemplo citado en el artículo– solo se conforme con satisfacer los criterios hartianos de reglas primarias que impongan obligaciones legales; y reglas secundarias de reconocimiento, adjudicación, juicio, etc.; aún cuando se reconozca que dicha estructura de poder responde a propósitos sectoriales<sup>49</sup>.

Ahora bien, el autor comentado no considerará conceptualmente imposible negarle al ejemplo citado el carácter de auténtico orden legal, aunque ciertamente pueda ser pervertido. Si conceptualmente es posible pensar en sistemas jurídicos pervertidos –sin negar que puedan darse concretos supuestos fácticos de perversión, y que, históricamente, ciertamente han tenido lugar–, ¿qué sentido tiene el debate de cómo debe ser [conceptualmente] el fenómeno jurídico? Más aún, ¿qué sentido tiene la teorización, la construcción de una teoría deontológica del mismo?

Ante esta impugnación, Finnis insiste en la necesidad del enfoque analógico, que es el único que permite un abordaje integral del objeto de estudio. En efecto, la perversión o desviación del ejemplo citado se explica porque el “bien común, incluyendo la justicia y los derechos humanos, es central para el Derecho, es el núcleo del Derecho como idea”<sup>50</sup>. Más adelante, afirma que “en los casos centrales de los sistemas legales, por supuesto, todas esas distinciones y dispositivos técnicos permanecen al servicio de Derechos Morales y propósitos (al menos, de hacer justicia de acuerdo con la ley), y son

48 *Ibidem*, 91.

49 Finnis, J. (2014). “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s ‘Ideal Dimension’”. En *ob. cit.*, 91-92.

50 *Ibidem*, 92.

ambos una aspiración y una asunción de que las obligaciones legales y las morales no deberían propiamente divergir, excepto en casos extraordinarios o marginales”<sup>51</sup>.

Ahora bien, sólo un análisis empírico del fenómeno jurídico mediante la observación de distintos sistemas legales, en distintos momentos históricos, permite verificar la viabilidad de la concepción analógica del Derecho, puesto que es en la realidad empírica en la que se han registrado casos de regímenes jurídicos manifiestamente perversos –como es el caso del régimen nazi, el estalinista, entre otros–, y que son susceptibles de ser calificados como casos periféricos o marginales de sistema jurídico. Pero esta misma distinción entre caso central y caso periférico a la que recurre Finnis para calificar los sistemas jurídicos, según que sirvan o no a los propósitos de justicia y bien común de los miembros de una comunidad, constituyen herramientas conceptuales, por medio de las cuales él está haciendo un análisis [también] conceptual, y está calificando y distinguiendo [“conceptualmente”] los sistemas jurídicos rectos, de los desviados o pervertidos.

A su turno, el criterio en virtud del cual se efectúa esta calificación se funda –según Finnis– en una posible adecuación a la justicia y al bien común, valores éstos que, al fin y al cabo, son de carácter moral, por lo cual, parece un sinsentido afirmar que el Derecho y la moral no se encuentren conceptualmente vinculados.

## Conclusión

Teniendo en cuenta las tesis centrales del pensamiento de Finnis, y con especial atención, su abordaje metodológico del fenómeno jurídico concebido como fenómeno de tipo analógico, resta confrontar la noción de validez jurídica finnisiana con la fórmula de Radbruch, a la cual apela Alexy para demostrar que Finnis no ha logrado despegarse teóricamente de criterios positivistas.

En efecto, Alexy no sostiene que cualquier tipo de injusticia de la ley deba acarrear necesariamente su invalidez, sino solo aquella en que se configure un caso de injusticia extrema. En este sentido, la fórmula de Radbruch, en virtud de la cual “la injusticia extrema no es Derecho”, debe ser interpretada como que la injusticia extrema no es “conceptualmente” Derecho, porque no lo es racionalmente. Y la injusticia extrema se configura, según Alexy, toda vez que la norma cuya validez se cuestiona sea manifiestamente

51 *Ibidem*, 92.

violatoria de los Derechos Humanos. Este es el criterio que conduce a la división entre no positivismo inclusivo –en el cual, el profesor alemán se ubica a sí mismo– y súper inclusivo –en el que ubica a Finnis que es aquel que –no obstante la injusticia extrema en el contenido de la norma– puede seguir sosteniendo su validez en sentido intrasistemático, por la mera adecuación a estándares formales o procedimentales impuestos por el propio sistema jurídico.

Por último, no parece racionalmente posible teorizar [analizar conceptualmente] sobre un caso central de sistema jurídico, si por otro lado se sostiene la validez de normas que sean manifiestamente injustas, por ser violatorias de derechos fundamentales. El Derecho no se puede explicar conceptualmente si no es al servicio de la justicia y el bien común, puesto que la ordenación social que se realiza a través del mismo tiene por finalidad evitar que los miembros de una comunidad sufran individual o colectivamente ataques o perjuicios en sus personas, sus familias o sus bienes. De ahí que pueda afirmarse que es un fenómeno de tipo instrumental, un medio para la realización de la justicia y el bien, aún cuando, empíricamente, las miserias humanas puedan llegar a pervertirlo.

Por otro lado, aún reconociendo que la estabilidad, continuidad e institucionalidad de un sistema jurídico reclaman para sí la adecuación a estándares formales o de jerarquía, los que, a su turno, funcionan mediante dispositivos técnicos, tales como la validez o la eficacia jurídica, cabe preguntarse si tal adecuación debe producirse necesariamente en todos los casos o si, por el contrario, hay alguna limitación.

En este sentido, resulta muy pertinente la referencia a la injusticia extrema delimitada como violación a los Derechos Humanos, como límite a la concepción analógica, y como forma de superar la posible tensión entre los valores de la justicia y los de la certeza legal. En otras palabras, el contenido sustancial de las normas siempre es determinar el funcionamiento de los dispositivos técnicos.

Finalmente, la concepción finnisiana de validez jurídica en sentido intrasistemático adolece de una inconsistencia elemental: puesto que, fácticamente, siempre se producirán situaciones de tensión entre el *ser* jurídico y el *deber ser* jurídico, entre autoridad y razonabilidad. Producido tal supuesto de tensión, el profesor de Oxford parece sostener una tesis demasiado ecléctica como para desligarlo de las filas del positivismo analítico del cual proviene, y del que, evidentemente, en términos teoréticos, no se ha podido desvincular. En efecto, y a pesar de haber reformulado exitosamente una teoría del Derecho Natural inspirada en la filosofía clásica, fundamentalmente a través del horizonte de los bienes humanos básicos, Finnis no resuelve los problemas propios de la Filosofía del Derecho como un iusnaturalista, sino como un positivista.

La tesis de que una ley extremadamente violatoria de Derechos Humanos fundamentales solo hace decaer la obligación de obediencia en sentido moral, pero dejando subsistente la obligación jurídica, es una clara evidencia de esta afirmación.

Resta concluir que los problemas iusfilosóficos no pueden ser resueltos de modo integral si no es considerando todas las dimensiones del ser humano, que constituye el centro de gravedad de las ciencias humanoprácticas, y al cual, particularmente, el Derecho está destinado a proteger. Por tanto, las respuestas que el ordenamiento jurídico brinda a los conflictos propios de la convivencia humana no pueden ser tomadas eficazmente recurriendo solo a criterios técnicos o instrumentales, o según estándares de adecuación de normas, sino que requerirán necesariamente del aporte de otros órdenes normativos como la ética o la antropología. De ahí la importancia de una Filosofía del Derecho que reconozca la vinculación conceptual del fenómeno jurídico con la moral, cuyo sustrato y fundamento sea la propia naturaleza humana, como asimismo, la necesidad de emprender la tarea teórica de identificar estándares éticos de carácter objetivo, absoluto, inmutable e indisponible, sobre los cuales se pueda construir válidamente la noción de Derechos Humanos, pero que habrá de ser objeto de estudio de un trabajo ulterior.