

Deber jurídico y deber moral en el pensamiento de John Finnis*

Mayda Hocevar

*Centro de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad de Los Andes. Mérida- Venezuela
mhocevar@cantv.net*

Resumen

Entre las versiones del iusnaturalismo contemporáneo la de John Finnis ocupa un lugar destacado. Posee ciertas peculiaridades que han llevado a algunos autores a sostener que se trata de un iusnaturalismo no enfrentado al positivismo jurídico. Como muestra de lo anterior cabe señalar la insistencia de Finnis en definir y fundamentar lo que denomina un deber jurídico estricto distinto del deber moral de obediencia al Derecho. Pero esta distinción es problemática tal como intento mostrar en este trabajo.

Palabras clave: Deber jurídico, deber moral, iusnaturalismo, John Finnis.

* Este trabajo es parte de los resultados de la investigación realizada con el financiamiento del Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico de la Universidad de los Andes (CDCHT-ULA), Código: D.196.01.09-A.

Judicial and Moral Duty in the Philosophy of John Finnis

Abstract

Among the contemporary versions of ius-naturalism, John Finnis' version occupies an important position. It has certain peculiarities that have lead some authors to sustain that his thought is ius-naturalism and is not contrary to judicial positivism. As proof of this, it is important to point out the insistence of Finnis in defining and basing what he calls strict judicial duty as something distinct from the moral duty of obeying the law. But this distinction is problematical in the manner in which he attempts to demonstrate it in his article.

Key words: Judicial duty, moral duty, ius-naturalism, John Finnis.

El tema de la obligación o del deber (1) de obedecer el Derecho es, sin duda, clásico en la filosofía del Derecho y en él se ha situado una de las principales diferencias entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. En efecto, el iusnaturalismo, en la medida en que afirma que las normas jurídicas obligan en conciencia del mismo modo que las normas morales, no distingue entre deber jurídico y deber moral (2). Por otra parte, sostiene que sólo las normas justas obligan, mientras que las normas injustas no lo hacen, sencillamente porque ni siquiera se conciben como normas propiamente dichas (3). El positivismo concibe un deber jurídico estricto en el sentido de que no remite a un fundamento último o moral y su fundamento hay que encontrarlo sólo en la norma jurídica.

El rasgo peculiar de la aproximación finniseana al análisis de la obligación consiste en buscar una solución que combine las exigencias típicas del iusnaturalismo con concesiones a la teoría positivista que le llevan a destacar la importancia del deber jurídico en sentido estricto.

Finnis inicia el tratamiento de la obligación jurídica procurando aproximarse a un concepto de deber. Sostiene que todas las expresiones que se refieren a la obligación aluden a alguna forma de 'necesidad racional, o exigencia derivada de la razonabilidad práctica'(4). Ahondando algo más en la noción de necesidad racional señala que la obligación es la necesidad que tenemos, dados ciertos hechos, de realizar ciertas acciones como medios para alcanzar fines valiosos (Finnis, 1980: 307). Aparte de estas referencias que recuerdan las nociones tradicionales de obligación (5), Finnis no proporciona un concepto o al menos una explicación más completa de lo que significa el deber. Tampoco establece aquí diferencia alguna entre deber jurídico y deber moral y parece que la noción del deber entendido como necesidad racional y requerimiento de la conciencia es válida y aplicable tanto al deber moral como al jurídico.

Ahora bien, en el marco del problema de la obediencia a las leyes injustas Finnis proporciona cuatro respuestas posibles a la pregunta de qué puede significar que se tiene la obligación de obedecer la ley. Cada respuesta responde a un punto de vista y la plausibilidad de las diferentes respuestas depende de que las ubiquemos en relación con el marco de referencia que les es apropiado, marco que dibuja los límites de su alcance y les otorgan sentido (6). La pregunta por el significado de tener la obligación de obedecer el Derecho da lugar a cuatro respuestas explicativas que configuran cuatro modos de estar obligados. La obligación por la posible sanción, la obligación jurídica-jurídica, la obligación jurídica-moral y la obligación puramente moral. Excepto el primer modo de obligación, los otros tres modos parecen implicar todos un vínculo de la conciencia. La diferencia entre ellos estribaría en la forma de su fundamentación. Sin embargo, cuando Finnis se refiere a la fundamentación de la obligación, sólo señala dos modos de obligación, la jurídica en sentido jurídico y la jurídica en sentido moral. La obligación puramente moral y colateral aparece sólo en la explicación de si subsiste la obligación de obedecer el Derecho cuando se trata

de una ley injusta. Por otra parte, estas cuatro formas de verse obligado no dejan de ser confusas y uno se pregunta, por ejemplo, en dónde radica la diferencia entre la obligación jurídica en sentido jurídico y la obligación jurídica en sentido moral, o qué diferencia hay realmente entre la obligación jurídica en sentido moral y la obligación moral que se desprende del hecho colateral de no hacer daño al sistema jurídico como un todo. La pregunta por la diferencia entre estos modos de obligación no carece de sentido. La obligación jurídica en sentido moral, como veremos, implica la obediencia a la ley porque se considera que el Derecho es valioso para la convivencia y la prosecución de los valores básicos humanos. Pero la obligación moral colateral implica que debemos cumplir una ley aunque sea injusta porque no queremos tornar ineficaz el Derecho como un todo. Ahora bien, si no queremos correr el riesgo de que el Derecho pierda eficacia por el incumplimiento de algunas de sus normas, estamos postulando implícitamente que el Derecho es valioso y que hay que conservarlo, con lo cual la diferencia entre obligación jurídica en sentido moral y obligación moral colateral se desdibuja significativamente.

Puesto que Finnis no ofrece un concepto completo de deber ni aclara, desde la perspectiva conceptual, la diferencia entre el deber jurídico y el moral conviene examinar cómo afronta el problema de la fundamentación de la obligación de obediencia al Derecho.

El tema es introducido a través de la explicación de la obligación de los compromisos promisorios, comparándola con la que impone el Derecho. Cuando procura responder a la pregunta de la fundamentación, es decir, cuando explica por qué tenemos que obedecer las promesas, nuestro autor proporciona un modelo de justificación de tres niveles, a saber, el relativo a la participación en las prácticas sociales, el relativo al interés propio y el que se centra en el bien común. Estos niveles de justificación serán igualmente aplicables a los deberes jurídicos.

El primer nivel justifica el deber de obediencia remitiendo la práctica de prometer al contexto social en el que se supone enraizada. Según este nivel explicativo, la persona está sujeta a una obligación promisorio sólo si existe una red de prácticas sociales en la cual, cuando se realiza un signo que equivale a una promesa y que pone de manifiesto el compromiso del promitente, la respuesta social compleja se considera justificada. Esa respuesta social consiste, por una parte, en la aceptación de las expresiones de obligación de quien promete. Lógicamente, nadie estaría realmente obligado por una promesa si los demás no aceptan dicha promesa como tal promesa, es decir, como expresión de la voluntad de comprometerse a algo. Por otra parte, la respuesta social contempla las críticas y los reproches de los otros en caso de incumplimiento de lo prometido y las amenazas y otras presiones para inducir al cumplimiento o, en caso de no conseguirse, a la reparación del incumplimiento. Quien promete manifiesta entonces su voluntad de conformarse con dicha práctica cumpliendo sus compromisos o al menos, reconociendo que son correctas las exigencias de compensación y la reacción hostil motivada por el incumplimiento. Hay un cierto paralelismo entre este nivel y la explicación propuesta por Hart (1995) (7). Como señala Delgado Pinto, para Hart, 'cuando alguien afirma que una persona tiene una obligación, afirma de forma implícita que existe una norma comúnmente aceptada que impone obligaciones de forma general, y que dicha norma se aplica a la persona en cuestión. Imputarle un deber a alguien significa que podemos formularle la exigencia, intersubjetivamente justificada, de que realice cierta conducta aunque contraríe sus deseos o intereses, de forma que la no realización de la misma justificaría la crítica y eventualmente la imposición de determinadas sanciones' (1996: 107-108). El paralelismo, por supuesto, no es en absoluto, pleno. Para Finnis el primer nivel explicativo de la obligación no expresa el verdadero punto de vista interno, el que remite a *buenas razones* para la acción. En cambio, para Hart, el punto de vista interno, esencial para comprender la noción de deber, puede remitir a diversos tipos de razo-

nes. El vínculo, que a mi modo de ver, se encuentra entre el primer nivel de explicación de Finnis y la propuesta de Hart es la tendencia a entender la obligación en el seno de un contexto de prácticas humanas en las que tiene que producirse la aceptación de un deber como deber, es decir que obliga a alguien, y que está justificada o se considera correcta la expectativa del cumplimiento por parte de los otros y, en caso contrario, la respuesta hostil y la posible imposición de sanciones.

Pero este primer nivel explicativo es para Finnis insuficiente y le da pie para dirigir sus críticas a Hart y al positivismo en general. En primer lugar, dice, este nivel no explica el sentido de la obligación a partir del papel que ésta desempeña en el razonamiento práctico de la persona sujeta a la obligación. La persona obligada, una vez que ha expresado una promesa podría siempre preguntarse por qué debe cumplirla; podría perfectamente negarse a participar en las prácticas sociales en las que está enraizada la promesa; podría finalmente preguntarse por qué no romper con dichas prácticas en algún estadio de las mismas (8). Por otra parte, tampoco sirve para explicar el papel que juega la obligación en el razonamiento práctico de las personas que se sienten justificadas para esperar o exigir el cumplimiento de la obligación e igualmente justificadas para pedir compensaciones, reparaciones y sanciones. En otras palabras, no explica el fundamento que existe para que un grupo de personas pueda considerar que sus expectativas y reacciones son justificadas. El problema del positivismo, dice Finnis, y su incapacidad para tener éxito en la labor explicativa de la obligación es que se enorgullece de tratar sólo con hechos, privándose de las únicas fuentes concebibles del deber, es decir, los valores humanos intrínsecos (9). Finnis señala que también Hart reconoció la insuficiencia de su explicación de la obligación cuando, criticando la noción de Austin, insiste en la importancia de la diferencia entre el *estar obligado* en virtud de una amenaza aunada a la motivación del miedo y *estar sometido a una obligación* en el sentido de tener un deber. Pero a pesar de este acierto de Hart, Finnis no se ve con-

vencido por su explicación del deber en términos de presiones sociales insistentes motivadas por las creencias de las personas en la importancia de esa práctica. Nuestro autor sugiere que se trata de un intento de explicación de la obligación y de sus razones en términos de meros hechos, lo que supone incurrir en la derivación del deber a partir del ser sin puente alguno que los vincule. Y esta misma crítica se aplica a la regla de reconocimiento, entendida como el mero hecho de la convergencia de prácticas, lo que Finnis entiende como un abandono por parte de Hart, y en el momento decisivo, de la actitud interna, es decir de la preocupación razonable por las razones para la acción. Hacer depender los deberes que impone el sistema jurídico del mero hecho de una práctica oficial (la regla de reconocimiento) de identificación de las normas jurídicas válidas por parte de los jueces y demás funcionarios del sistema es para Finnis insuficiente. Estas personas pueden perfectamente abandonar la búsqueda de buenas razones para obedecer el Derecho y hacerlo sólo por mero conformismo. Lo que no revelaría, en opinión de Finnis, la actitud interna que acompaña, justifica y explica el deber y la obligación de cumplir la ley (2002: 33-34). La explicación del deber no puede emprenderse a partir de un mero hecho, y las normas, que son en la teoría de Hart las que fundamentan, en última instancia, los deberes remiten al final a la regla de reconocimiento y ésta, no habiendo ya otra norma que la fundamente halla su fundamentación en el hecho de su aceptación. La explicación última del deber, para Hart, reposa entonces en el hecho de la aceptación de la regla de reconocimiento. Esta lógica que se extrae implícitamente de los postulados hartianos y la insuficiencia de la fundamentación de la obligación en un mero hecho ha sido denunciada por varios autores y tal denuncia parece perfectamente acertada (10).

Finnis recurre a un segundo nivel de explicación en el que el fundamento de la obligación reposa en el interés personal tal como lo expresara David Hume en su *Tratado de la Naturaleza Humana*. Según esta explicación, lo que fundamenta la obligación

de cumplir nuestras promesas es el interés en conservar la reputación y credibilidad personales. La gente que manifiesta un compromiso promisorio se ve obligada, por su propio interés, a cumplir la promesa ya que si no lo hace no puede esperar que confíen de nuevo en él. La persona que así razona entiende que la confianza que los otros tengan en él es un elemento esencial para acrecentar su beneficio personal. La explicación humeana de la obligación no deja de ser una explicación en términos de necesidad racional. La persona necesita que los otros confíen en él porque ello beneficia sus intereses (Finnis, 1980: 301). Ahora bien, Finnis acertadamente señala que esto no constituye una explicación de la obligación sino del 'deber prudencial', una explicación de lo que uno debe hacer por su propia conveniencia. Pero tal vez la crítica más demoledora a este tipo de explicación de la obligación es la que señala que siempre existe la posibilidad de no ser descubierto en el incumplimiento, de modo que el riesgo de que no confíen de nuevo en uno se torna remoto e improbable. En esos casos, sin embargo, continúa Finnis, ninguno de los participantes en la práctica dudaría que la obligación sigue existiendo y ningún teórico que reflexione sobre esto tendría que verse forzado a admitir que en ausencia de aquello que motiva el deber (el interés en que confíen en uno) éste desaparece (1980: 302). Esta crítica es, en esencia, la misma que se aplica a las teorías que fundamentan la obligación en el temor o la probabilidad de ser sancionado (11). De hecho, si por la violación de un deber promisorio damos lugar a que las personas no vuelvan a confiar en uno, esto constituye una especie de sanción que el promitente procura evitar y que le motiva al cumplimiento del deber.

Tampoco el deber de obediencia se fundamenta en la voluntad de un superior. La expresión de voluntad es necesaria, de hecho, para que la obligación exista, pero no la fundamenta en el sentido de que no constituye su fuente (Finnis, 1980: 308). En otras palabras, un acto de voluntad es un elemento de la fundamentación de la obligación pero no la constituye. Una disposición

del legislador, por ejemplo, hace que sea obligatorio realizar, para cierto tipo de personas, cierto tipo de actos. Pero la obligación, dice Finnis, no deriva de la voluntad del legislador sino del hecho de que éste haya dispuesto la obligatoriedad de una conducta unido a un principio que va más allá de la voluntad del superior. Ese principio tiñe de significado la voluntad y disposición del legislador. Puede expresar, o bien una norma jurídica que atribuye efectos jurídicos a determinados actos legislativos, o bien consideraciones más amplias según las cuales el respeto a la autoridad es necesario para la coordinación social y la consiguiente promoción del bien común (12).

El tercer nivel que explica la fundamentación de la obligación es, sin duda para Finnis, el más satisfactorio y completo (13). El eje que lo configura es el bien común fundamento, para él, necesario de la obligación. La estrategia de explicación o fundamentación en este tercer nivel podemos verla del siguiente modo. Lo primero que hay que probar o constatar es la utilidad de la práctica social para favorecer el bien común. Como esta explicación Finnis la hace por referencia a la obligación de las promesas, como hemos venido viendo, se ocupa por tanto de proporcionar razones que ilustren cómo la práctica de prometer favorece el bien común. Entre las razones alega que la práctica de prometer constituye un medio adecuado para conseguir objetivos tanto privados como comunitarios. Constituye también un medio para mantener constante la cooperación necesaria para la realización y mantenimiento de los proyectos humanos, se trata de una práctica que privilegia la iniciativa individual y promueve la autonomía del sujeto, etc. (Finnis, 1980: 303).

El segundo paso consiste en mostrar que todo ser humano tiene razones para estimar el bien común, es decir, el bienestar propio y el de los demás y por tanto valora los medios que promueven y conducen hacia su realización.

El tercer paso consiste en mostrar cómo intervienen los dos pasos o postulados anteriores en el razonamiento práctico del sujeto. Comprendiendo que la práctica (de la promesa) es útil y constituye una forma de promover el bien común y comprendiendo que el bien común es un valor que ha de perseguirse, la persona se conforma con la práctica cumpliendo sus promesas y considerando que está justificada la expectativa ajena y la reacción hostil o exigencia de reparación y/o sanción. De este modo pierde relevancia la teoría que se basa en el interés propio y que se ve debilitada frente a la posibilidad de no ser descubierto en el incumplimiento. En esta explicación de la obligación por la referencia al bien común, la consideración de si la persona será o no descubierta si incumple su obligación pierde importancia, ya que lo que la motiva no es el interés personal sino el bien común que incluye pero trasciende el beneficio personal (14). En otras palabras, no se trata de un 'deber prudencial' que es el deber que fundamenta la explicación de segundo nivel y que es incapaz de explicar la obligación (15).

Hasta ahora hemos hablado en términos del deber de cumplir las promesas y hemos visto que Finnis señala que esta explicación es perfectamente aplicable al deber de obedecer el Derecho. ¿Cómo fundamenta Finnis en concreto esta obligación? Nuestro autor precisa que tal fundamentación sólo es satisfactoria y completa en el tercer nivel explicativo. Ello pone de manifiesto su filiación iusnaturalista por la obligada referencia al bien común, lo que, lógicamente, enlaza con su teoría moral ya que el bien común es una de las exigencias de la razonabilidad práctica, supone el bien de todos y cada uno de los individuos y es condición de posibilidad para la obtención y disfrute de los valores básicos. Por otra parte, y en evidente oposición a la tesis de O.W. Colmes (16), señala que una explicación de la obligación que sea satisfactoria tiene que hacerse a partir del razonamiento práctico del ciudadano cumplidor de la ley y no del renuente, y este razonamiento práctico no puede dejar de incluir, entre sus premisas, la exigen-

cia de realizar el bien común (Finnis, 1980: 315). De ahí también que la obligación de obedecer el Derecho sea para Finnis una obligación moral.

Dentro de este esquema de razonamiento, por referencia al bien común, lo primero que hay que probar es que el Derecho es indispensable para conseguir el bien común. Se trata de explicar su carácter de indispensable o de medio exclusivo para alcanzar el bien común. Finnis emprende esta explicación por referencia a la autoridad que el Derecho representa, una autoridad que funciona como único modo de escoger e implementar vías y modelos de coordinación social. En otras palabras, tenemos obligación de obedecer el Derecho porque el Derecho posee autoridad moral ya que es *el* medio para procurar el bien común (17). El Derecho posee ciertas cualidades que hacen que constituya la solución sobresaliente para las demandas que impone la coordinación social. Ahora bien, aquello que representa un instrumento (el Derecho) para conseguir un fin que es una exigencia moral de la razonabilidad práctica (el bien común) es moralmente obligatorio si no existe otro instrumento equivalente o superior a él (18). Por lo tanto, siendo el Derecho el mejor método para conseguir el bien común, debemos ajustarnos a él y cumplir con sus disposiciones. Cumplir con el Derecho es para Finnis moralmente obligatorio no sólo porque sus normas son razonables, es decir, no primariamente por su contenido, sino porque *son* Derecho (19). La obligación de obedecer es, pues, genérica. Cabe mencionar que Finnis polemiza con autores como J. Raz, M.B.E. Smith y R. Sartorius para quienes no existe obligación moral de obedecer el Derecho en tanto que Derecho sino sólo obligación de ajustarse a una práctica social moralmente relevante (20).

Siendo, pues, el Derecho el mejor método para resolver los problemas de coordinación y siendo la coordinación social necesaria para el bien común, hay que presumir que el Derecho impone una obligación moral de obediencia.

Una vez que comprobamos el carácter necesario del Derecho para el bien común, veamos cómo se desarrolla el razonamiento práctico de una persona que quiere colaborar con el bien común y cómo se fundamenta su obligación de obediencia, con lo que entramos en el siguiente punto de la fundamentación finniseana de la obligación de obedecer el Derecho.

Nuestro autor lo esquematiza en tres pasos que expresan, como he dicho, el razonamiento práctico de quien es observante de la ley.

El primer paso (A) expresa la necesidad de obedecer el Derecho para realizar el bien común. 'Si queremos realizar el bien común hemos de ser observantes del Derecho'.

El segundo paso (B) nos indica cuál es el modo de ser observantes del Derecho. 'Cuando 'X' está dispuesto por el Derecho como obligatorio, la única manera de ser observantes del Derecho es haciendo 'X'.

El tercer paso (C) expresa la conclusión. 'Por tanto, necesitamos, es decir, es obligatorio para nosotros, hacer 'X' cuando ha sido jurídicamente dispuesto que 'X' es obligatorio.

La obligación se concibe así como la consecuencia de un esquema de razonamiento medio-fin en el que la amenaza de sanción o el interés personal pierden relevancia como motivación.

Ahora bien, como dije al comienzo, Finnis procura aislar una concepción del deber jurídico en sentido estricto, lo que llama deber jurídico en sentido jurídico, que pretende diferenciar del deber jurídico en sentido moral (21). Este deber jurídico estricto lo considera como *invariable*, término que no deja de ser impreciso, y hubiera sido mejor referirse a este deber como deber absoluto y definitivo por contraposición al deber relativo o *prima facie*. Cuando Finnis señala que el deber jurídico estricto es invariable intenta acomodarse al pensamiento de los juristas que, en su opinión, se esfuerzan por excluir la variabilidad de las transacciones jurídicamente

reguladas y no admiten grados en la validez de las normas jurídicas (1980: 309). En el razonamiento jurídico decir que algo es obligatorio significa que es obligatorio en todos los casos y que cada uno de los preceptos legales posee la misma fuerza jurídica. El deber jurídico impone una razón para actuar que no puede ser dejada sin efecto por otras razones. En otras palabras, no hay grados de obligatoriedad jurídica ya que además, no se concibe la posibilidad de deberes jurídicos superpuestos o en conflicto (22). En este sentido, Finnis concibe la obligación jurídica como una fuerza jurídica invariable (23). Frente a este deber jurídico en sentido estricto, el deber jurídico en sentido moral se presenta variable, es decir, la obligación moral es siempre presunta y condicional. Sin embargo, esto no significa que la obligación moral carezca de peso específico. Puesto que el Derecho intenta regular un extenso y complejo ámbito de relaciones sociales, tan ambicioso intento no puede tener éxito a menos que la gente cumpla con el Derecho y deje de lado sus propias consideraciones acerca del bien social, lo que justifica la obligación moral de conformarse al deber jurídico (Finnis, 1980: 319).

Ahora bien, si la obligación jurídica en sentido estricto es invariable o absoluta pero no puede dejar de explicarse, es decir, fundamentarse por referencia al bien común, como hemos visto enunciado en el primer paso del razonamiento que Finnis proporciona, parece presentarse un problema. El problema es que, como Finnis bien reconoce, este postulado (A) según el cual si queremos favorecer el bien común hemos de ser observantes del Derecho es variable y tiene una fuerza relativa. Y es variable, o tiene una fuerza relativa, porque siempre es posible concebir la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, el bien común se sirva mejor desobedeciendo el Derecho que obedeciéndolo. Lo que Finnis propone es que ese postulado (A) se asuma sin discusión y la manera de hacerlo es que el pensamiento o razonamiento jurídico aisle dicho postulado del flujo general del razonamiento práctico. Sostiene que el Derecho prohíbe cualquier otra relación del paso

(B) según el cual la única manera de ser observantes del Derecho es hacer lo que éste dispone con los principios y valores generales que otorgan al paso (A) su fuerza variable. Lo que propone es que tales principios y valores se ignoren sistemáticamente y que se considere el paso (A) como un postulado o principio estructural del razonamiento jurídico. De esta manera el razonamiento jurídico que concluye en el paso (C) expresa, en esa conclusión según la cual tenemos obligación de obedecer el Derecho, una fuerza jurídica invariable.

Como puede verse, la base de la distinción entre deber jurídico estricto y deber jurídico en sentido moral radica en la separación que Finnis propone entre el razonamiento jurídico estricto y el razonamiento práctico general. Esa distinción a su vez, y en lo que respecta específicamente a la obligación de obedecer el Derecho, se fundamenta en el modo de concebir la particular exigencia de realizar el bien común, es decir, en el paso (A). Según entiendo, el paso (A) podemos concebirlo como un postulado moral y, como tal, variable, relativo o *prima facie*, en el sentido de que siempre puede ser dejado sin efecto frente a otras consideraciones de principios y valores morales. Pero en el razonamiento jurídico estricto ese paso (A) ya no es un postulado moral relativo o *prima facie* sino un principio estructural indiscutible, una especie de premisa axiomática que no es sometida a examen y que hace posible, en tanto que postulado indiscutido, el deber jurídico invariable o absoluto de obedecer el Derecho.

Aunque creo que Finnis y, en general, el iusnaturalismo, llevan razón en afirmar, como sostienen muchos autores, que el fundamento último del deber jurídico no puede ser sino un fundamento moral (sin ignorar, por supuesto, que el fundamento inmediato es una norma jurídica) tengo algunas dudas con respecto a la particular presentación que nuestro autor hace del deber.

Como he dicho antes, lo primero que habría que reprochar a Finnis es el uso de una terminología, en términos de obligación

variable e invariable, poco precisa y presta a confusión. Aunque señala, contrastándola con la obligación de cumplir las promesas, que la obligación de cumplir el Derecho es invariable en el sentido de que no admite excepciones, creo que Finnis se hubiera expresado mejor en términos de obligaciones absolutas y relativas. Las primeras serían aquellas que no ceden ante ningún otro deber contrario y las segundas las que, ante determinadas circunstancias, pueden ceder frente a otra obligación.

En segundo lugar, me parece dudoso el intento de Finnis de considerar el postulado básico según el cual la obediencia al Derecho es necesaria para realizar el bien común como algo indiscutible no susceptible de ser sometido a examen cuando se trata del deber jurídico estricto. Lo que sucede, a mi modo de ver, es que el bien común en tanto bien desaparece como fundamento de la obligación jurídica en sentido estricto, aunque se lo haga aparecer nominalmente. Creo que no es posible que una premisa que expresa la necesidad del bien común a través del Derecho pueda considerarse invariable sin sacrificar la noción misma de bien común. En otras palabras, ¿qué sentido tiene decir que hay que considerar indiscutible que la obediencia al Derecho es el mejor modo de conseguir el bien común, cuando se sabe que en determinadas circunstancias, como el propio Finnis lo admite, ello puede no ser así? La noción de bien común no puede evitar, entonces, ser una expresión vacía (24) incapaz de fundamentar realmente la obligación jurídica estricta, como nuestro autor pretende. Si mi interpretación es errada y la invocación al bien común no es meramente nominal, entonces la distinción entre deber jurídico estricto y deber jurídico en sentido moral desaparece. Pero si mi interpretación es plausible, Finnis perdería el fundamento último del deber jurídico estricto y se encontraría en la misma situación y con los mismos problemas que se critican a los positivistas. Aún más, alguien podría pensar que postular que para realizar el bien común hay que obedecer el Derecho constituye un principio que no admite excepciones ni puede ponerse en duda revela, en cierto modo,

una expresión de poder y un ejercicio de dogmatismo que echa por la borda las constantes insistencias de Finnis en las razones para actuar en tanto que *razones* (25). Por otra parte, no hay que olvidar que el bien común es para Finnis una de las exigencias de la razonabilidad práctica. Eso significa que hay procurar realizar, de hecho, el bien común, no *aparentar* realizarlo. (Si sólo aparentamos realizarlo estaríamos violando, además, el bien básico de la integridad personal) (26). Pero si el razonamiento jurídico estricto nos insta a ignorar que en algunos casos seguramente realizamos mejor el bien común apartándonos del Derecho, nos está diciendo, en otras palabras, que violemos, al menos el bien básico de la integridad personal y la exigencia moral de realizar el bien común. Lo que quiero decir es que no es impensable que, en un momento dado, el razonamiento práctico general se vea enfrentado al razonamiento jurídico estricto. En ese caso, ¿qué debemos hacer?

Las reflexiones y dudas anteriores nos llevan a considerar lo siguiente. Cuando Finnis distingue el razonamiento jurídico estricto del razonamiento práctico general, podría estar distinguiendo entre el razonamiento de un sujeto jurídico, por ejemplo el juez, y el razonamiento de un ciudadano corriente. Pero lamentablemente no está claro, en la exposición de Finnis, si el razonamiento jurídico estricto se refiere sólo al razonamiento que deben desarrollar los juristas en cuanto tales, por ejemplo los jueces y otros funcionarios de justicia. Algunos autores contemporáneos, como por ejemplo Raz, hablan del 'punto de vista jurídico', que sería el punto de vista que adopta quien sostiene que hay razones morales para hacer lo que exigen las normas jurídicas válidas, y que esas razones morales son concluyentes, es decir, no ceden en ningún caso ante ninguna razón contraria (27). Quien acepta tal punto de vista sostendrá que el deber de obedecer el Derecho es un deber absoluto, en el sentido de que no cede ante ningún otro deber contrario. Es plausible sostener que ésta es la actitud que en su actuación pública han de mostrar los 'funcionarios' del sistema jurídico, paradigmáticamente los jueces.

Pero no es la actitud propia del ciudadano normal cuando se encuentra en una situación en la que el razonamiento jurídico estricto colisiona con el razonamiento práctico general. Esto ocurre en el caso de las normas jurídicas injustas. Si nos atenemos al razonamiento jurídico estricto, hay que decir que tenemos el deber de obedecer toda norma jurídica válida, aunque sea injusta. Esto es así porque, según la terminología de Finnis, el principio de que parte el razonamiento -para realizar el bien común debemos obedecer el Derecho- se toma como un principio absoluto que no se pondera con ningún otro principio ante el que pudiera ceder, aislándolo del contexto del razonamiento práctico general. Pero el ciudadano normal, a diferencia de quien adopta el 'punto de vista jurídico', no lleva a cabo esa operación de aislamiento y, siguiendo el curso del razonamiento práctico, se encuentra con que el principio de que para realizar el bien común debemos obedecer el Derecho tiene un valor relativo, pues puede entrar en colisión con otro principio moral que requiera que precisamente para realizar el bien común en algunos casos debemos desobedecer el Derecho.

Esa es la situación que se da ante una norma jurídica injusta. Por un lado, si la norma es válida, sigue en pie el principio moral de que la consecución del bien común requiere que se respete, que se obedezca el Derecho y, por tanto, que se obedezca la norma en cuestión (aunque solo sea, como Finnis advierte siguiendo a Santo Tomás, porque la desobediencia a una norma puede contribuir a que se debilite o arruine el orden jurídico en su conjunto). Por otro, las exigencias del bien común, es decir, de la justicia, requiere que no cometamos injusticias y, por tanto, que no obedezcamos la norma injusta. Se produce así una colisión de deberes ante la que no cabe establecer *a priori* cual de los deberes en pugna prima sobre el otro; eso es algo que habrá de dirimirse en cada caso determinando cuál de los principios morales que colisionan tiene más peso a la vista de las circunstancias del caso. Esta es una temática que ha sido ampliamente tratada por la doctrina contemporánea que sostiene que en algunas situaciones -desobe-

diencia civil, objeción de conciencia- puede primar el deber de desobedecer la norma jurídica injusta, aunque válida, para preservar la justicia.

Lamentablemente Finnis en su tratamiento de la cuestión de la ley injusta no se ocupa de este tema.

Notas

1. Aquí usamos los términos obligación y deber como sinónimos aunque Finnis habla en todo momento de obligación y no de deber. Para una distinción entre deber y obligación remontándose a la distinción, en el Derecho romano, entre *debitum* y *obligatio* cfr. BAYÓN, Juan Carlos, 'Deber jurídico', en *El derecho y la justicia*, ed. por GARZÓN VALDEZ, Ernesto y LA-PORTA, Francisco, Trotta, Madrid, 1996, 323-5.
2. Recuérdese, por ejemplo, que Santo Tomás de Aquino se pregunta, en *Suma de Teología* I-II, 96, 4, si la ley humana obliga en el foro de la conciencia, entendiendo que toda obligación es moral. La concepción de la obligación como vínculo de la conciencia se extiende hasta Pufendorf, tal como señala RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, 'El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho' en su libro *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Tecnos, Madrid, 1976, 38.
3. Como señala DELGADO PINTO, José, 'La obligatoriedad del Derecho y la insuficiencia tanto del positivismo como del iusnaturalismo', *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 1996, 116, 'según la formulación tópica del iusnaturalismo, las normas jurídicas imponen verdaderos deberes en la medida en que sean justas; si son injustas no obligan, pues realmente no son verdaderas normas, sino mera expresión de fuerza. Esto significa que para dilucidar si una norma positiva puede servirnos como fundamento para imputar deberes, hemos de determinar si la consideramos justa, ya que caso de que no sea así no tendríamos tal fundamento'.

4. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980, 297 (en adelante NLNR): "Todas las expresiones de obligación (*debemos* hacer (have to), *tenemos* que hacer (must do), es nuestro *deber* hacer, es un *error no* hacer, es *vergonzoso no* hacer, que *debemos* (ought to), moral o legalmente, hacer) están relacionadas con una u otra forma de necesidad racional.
5. Cfr. RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, 'El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho' en su libro *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, cit., 38.
6. En efecto, Finnis señala, tal como lo hacía, siguiendo a Raz, respecto de la autoridad, que los sentidos de la expresión tener un deber o una obligación de obedecer el Derecho dependen del punto de vista que se asuma y del contexto al que hacen referencia. Los enunciados que se expresan en una misma forma gramatical pueden tener significados diversos. Cfr. NLNR, 234-5 y 365-6.
7. Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, 107.
8. 'Dando por supuesto que hay una práctica social en la que los actos lingüísticos o cuasilingüísticos de prometer hacen surgir tales y tales expectativas prácticas, reacciones, etc., ¿por qué tengo yo que seguir adelante con esta práctica? ¿Por qué no romper, en algún estadio a lo largo del camino, *el hechizo*?' NLNR, 30.
9. FINNIS, J., 'Natural Law: The Classical Tradition', en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, edit. por COLEMAN, Jules y SHAPIRO, Scott, Oxford University Press, Oxford, 2002, 21. Finnis ilustra esta incapacidad del positivismo mostrando cómo los intentos, tanto de Jules Coleman como de Brian Leiter (en 'Legal Positivism', en PATTERSON DENNIS, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996, 244 y ss) para explicar

la autoridad de la regla de reconocimiento y, por tanto, el deber que impone, son fallidos.

10. En efecto, DELGADO PINTO, José, 'La obligatoriedad del Derecho y la insuficiencia tanto del positivismo como del iusnaturalismo', cit., 104-16 sintetiza y expone la concepción y fundamentación hartianas de la obligación para señalar finalmente que 'Hart no puede explicar cómo es posible pasar lógicamente de esa práctica social efectiva, que en definitiva es un hecho, a una norma obligatoria, sin partir de un juicio previo. Por tanto, si queremos evitar la falta lógica en que incurre el pensamiento de Hart, es decir, si queremos culminar el proceso de fundamentación (de la obligación) en una norma, y consideramos que esta norma no puede ser una simple ficción, dicha norma ya no puede ser tampoco una norma jurídica (...). (p. 113). Cfr. también RAMOS PASCUA, José Antonio, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Tecnos, Madrid, 1989, 188-194.
11. Teoría que sostienen, entre otros, J. Bentham, J. Austin y O.W. Holmes. Cfr. DELGADO PINTO, José, 'La obligatoriedad del Derecho y la insuficiencia tanto del positivismo como del iusnaturalismo', cit., 103.
12. De este modo, dice Finnis, 'los actos de voluntad del legislador tienen su significado para el razonamiento práctico de las personas sólo porque pueden tener su lugar en un marco normativo que *no ha sido creado por el legislador*.' NLNR, 335. Finnis explica que la teoría de las leyes meramente penales asume que la obligación es un efecto de la voluntad y este es uno de sus varios errores. Por otra parte, denuncia que Suárez y Vásquez interpretaron mal la noción de *imperium* de Tomás de Aquino lo que les llevó a cometer el error de fundamentar la obligación en la voluntad divina o humana. NLNR, 43-7 y 330-7.
13. Cabe mencionar, sin embargo, que Finnis no la considera una explicación absoluta y definitivamente satisfactoria. Como

buen tomista considera que la fundamentación última del deber se halla en Dios. En efecto, si debemos obedecer el Derecho para alcanzar el bien común, nada impide preguntarnos por qué debemos alcanzar el bien común. La respuesta a esta pregunta dará lugar a otra pregunta y así sucesivamente hasta llegar a Dios como único fundamento del deber. Cfr. NLNR, 342-3 y 430 y ss.

14. NLNR, 304: 'la práctica de la promesa gana mucho de su valor como una contribución al bien común precisamente porque la obligación envuelve un bien incluso cuando su rompimiento parece indetectable. Alguien que reniega de su promesa simplemente porque juzga que la no realización de lo prometido no será detectada, está haciendo lo que puede para frustrar el bien común en este particular aspecto.'
15. NLNR, 302: la explicación del 'deber prudencial' 'deja mucho que desear en tanto que una explicación de la obligación'.
16. Vid la referencia de Finnis en NLNR, 322.
17. Cabe mencionar que para Finnis, una explicación de la autoridad está íntimamente vinculada con una explicación de la obligación ya que a su juicio, 'demostrar que los sujetos tienen una obligación moral de obedecer el Derecho supone demostrar que el Derecho tiene autoridad moral'. En 'Natural Law: The Classical Tradition', cit., 33, sostiene que 'en años recientes algunos juristas han sostenido que es lógica o conceptualmente posible desligar los conceptos de autoridad y obligación. (...) Se ha de conceder que es conceptualmente posible. Pero debe negarse que las concepciones resultantes de la autoridad y de la obligación jurídica correspondan a las actitudes o prácticas de ninguna comunidad histórica disponibles para su descripción.' En un sentido similar, cfr. FINNIS, J., 'The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory', *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1, 1983, 260.

18. FINNIS, J., 'The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory', cit., 261.
19. De hecho, sostiene que un tema central de la teoría del Derecho natural es explicar cómo la creación de Derecho 'puramente positivo' puede crear obligaciones morales que no existían hasta el momento de la implementación de ese Derecho'. FINNIS, J., 'Natural Law: The Classical Tradition', cit., 21.
20. La crítica a J. Raz la desarrolla tanto en "The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory", cit., 115-37 como en 'Law as Coordination', *Ratio Iuris*, 2, 1989, 97-104, aunque de modo más extenso en aquél. Raz responde a Finnis en 'The Obligation to Obey: Revision and Tradition', en FINNIS, J. (edit.), *Natural Law II*, Dartmouth Publishing, Alderhost, 1991, 283-299. AIYAR, S., 'The Problem of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation', *Law and Philosophy*, 19, 2000, 465-89, recoge algunos de los términos de la polémica decantándose claramente a favor de las tesis finniseanas. Las críticas a Sartorius están recogidas en FINNIS, J., 'Comment', en *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, edit, por GAVISON, R., Oxford Clarendon Press, Oxford, 1987, 62-75, aunque las referencias a la obligación se diluyen en otras críticas más generales. En una de las notas finales al capítulo sobre la obligación en NLNR, 345 puede hallarse su crítica a M.B.E. Smith. La crítica a Raz, en la que nuestro autor se ocupa más detenidamente, contiene en cierto modo las críticas generales que esgrime frente a los otros dos autores. Expuesta sucintamente, radica en lo siguiente. El problema, a juicio de Finnis, es que Raz reconoce que todos tienen una razón moral para cooperar y asegurarse la consecución de ciertas metas y reconoce que el Derecho es un instrumento para ello. Sin embargo se niega a reconocer que lo que constituye un instrumento para asegurar un objetivo moralmente obligatorio sea en sí mismo moralmente obligatorio. Este no sería el caso si disponemos de

otros instrumentos igualmente útiles. Raz pretende proponer otros instrumentos tan útiles como el Derecho para conseguir ciertos fines pero entiende que el hecho de que el Derecho nos permita hacer aquello que tenemos obligación moral de ejecutar no crea una razón moral para someterse al Derecho. La razón moral de actuar conforme al Derecho deriva del valor de la práctica de la cooperación social, no de que esta práctica haya sido sancionada legalmente. Por ejemplo, es indiferente para el razonamiento moral que una disposición de mantener los ríos limpios sea algo sancionado por el Derecho, la propaganda o haya surgido espontáneamente. La meta es conseguir la cooperación social; el Derecho es sólo uno entre varios posibles instrumentos. Lo que Finnis rebate es justamente esto. Para él no hay otro instrumento como el Derecho para conseguir los fines que son moralmente obligatorios. Y creo que su crítica es certera. Agudamente nota que una disposición como la prohibición de ensuciar los ríos persigue un bien, pero ve que se trata de un bien entre muchos bienes, que no es el único bien relevante. Un bien medioambiental puede coexistir y estar en pugna con un bien de tipo de económico. Finnis se pregunta entonces dónde está la obligación moral de cooperar con una práctica, tal como sostiene Raz, a fin de alcanzar una meta, (un bien de tipo ecológico) que no es en todos los aspectos la mejor meta ya que la consecución de ese bien puede resultar, por ejemplo, económicamente muy costosa. Por otra parte, desde el punto de vista del razonamiento práctico de una persona particular a quien la defensa de un bien medio ambiental perjudica sus intereses no hay razón moral para cooperar con esa práctica específica, que puede ser, según Raz, promovida por el Derecho, la propaganda o la exhortación. Pero si esa práctica es impuesta por el Derecho sí hay razón moral para obedecerla incluso aunque no beneficie, en un momento dado, el interés particular de una persona. Esa persona reconocería las muchas ventajas que el sistema jurídico le proporciona. Éste no sólo le impone cargas sino que también le

protege, por ejemplo, su propiedad del abuso e intromisiones de terceros ajenos a ella. Entiende que al aceptar los beneficios que el sistema le proporciona también tiene que asumir los obstáculos que impone a sus intereses. Entiende también que aunque podría incumplir secretamente el Derecho tiene que actuar de manera justa y correcta si espera que los otros, en sus relaciones con él, actúen del mismo modo. Puesto que reconoce los beneficios del sistema jurídico, espera que los demás lo obedezcan y por tanto entiende que él también debe obedecerlo. Reconoce que la obediencia de los otros al Derecho le beneficia: los otros cumplirán así sus obligaciones con respecto a él, pagarán sus impuestos, etc. Por otro lado, reconoce que tiene la obligación de obedecer una ley aunque ésta le imponga cargas que van contra sus intereses ya que comprende que los otras personas también están sometidas a cargas. Entonces hay una razón común que une a las personas en la asunción de beneficios y cargas y esa razón no es otra que el bien común. Sólo el Derecho, dice Finnis, puede fundamentar un razonamiento de este tipo precisamente porque proporciona ese equilibrio de cargas y beneficios.

21. NLNR, 308 y ss. En 'Natural Law: The Classical Tradition', cit., 33 nuestro autor aclara 'que una vez que se entiende que los adherentes de la 'Ley natural' (moralidad objetiva) promueven vigorosamente, si es que no también la inventan, la positividad del Derecho como una realidad (y un concepto y un ideal), se comprenderá fácilmente que la disyuntiva 'obligación jurídica' *versus* 'obligación moral' es demasiado cruda (*far too crude*). Por el contrario, hay un solo tipo de obligación moral que tiene lugar sólo como una propiedad o un resultado de las leyes *positivas*. A esto se lo puede denominar 'obligación jurídico-moral' u obligación jurídica en el sentido moral. Ha de ser distinguida de la 'obligación jurídica intrasistémica' -aunque normalmente la sigue- que reglas particulares del Dere-

- cho declaran crear y que las instituciones jurídicas también declaran y toman como fundamento de sanciones y penas.’
22. Lo que no significa, según Finnis, que se pasen por alto principios y políticas públicas que no están condensadas en normas jurídicas. Lo que sucede es que el sistema jurídico no permite que consideraciones de valor retroalimenten infinitamente el nivel justificatorio de la razonabilidad práctica del jurista. De hecho, el sistema jurídico restringe las consideraciones de valor por medio de sus propias instituciones y exige que cualquier incorporación de consideraciones valorativas se efectúe según normas y procesos. Cfr. NLNR, 311-12.
 23. Sostiene que debido a la invariabilidad del deber jurídico una teoría como la de Hart, que fundamenta el deber en términos de prácticas y presiones sociales es insuficiente, porque estas prácticas y presiones son necesariamente variables en fuerza e insistencia. Y lo mismo se aplica a las fundamentaciones del deber en términos de interés personal y temor a la sanción. Cfr. NLNR, 313.
 24. Uno no deja de tener la impresión, a lo largo de la mayor parte de la exposición que hace Finnis de su teoría, de que el bien común es una especie de comodín que adquiere diversos valores y sentidos para adaptarse convenientemente a diferentes contextos.
 25. En efecto, Finnis sostiene que ‘el caso central de las razones no es lo que comúnmente es aceptado como razones sino las razones buenas en tanto que *razones*. El caso central de la actitud interna es la aceptación racionalmente garantizada de la obligatoriedad en conciencia del Derecho. Sólo una teoría del Derecho natural puede fundamentar esta garantía racional para la aceptación’. ‘Natural Law: The Classical Tradition’, cit., 34. Lo que uno se pregunta es qué quiere decir esa *obligatoriedad en conciencia* cuando nos movemos en el campo del razonamiento jurídico estricto.

26. Para una relación de los bienes básicos y las exigencias de razonabilidad práctica cfr. NLNR, 81-133.
27. Cfr. BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 730 y ss. Además de Raz, el autor alude a J. Finnis.

Lista de Referencias

- BAYÓN, Juan Carlos, **La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- DELGADO PINTO, José, *La obligatoriedad del Derecho y la insuficiencia tanto del positivismo como del iusnaturalismo*. En: **Revista de Ciencias Sociales**, Valparaíso, 1996.
- FINNIS, J., **Natural Law and Natural Rights**, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980.
- FINNIS, J., *Natural Law: The Classical Tradition*, en **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, edit. por COLEMAN, Jules y SHAPIRO, Scott, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María, *El deber jurídico y la obligación de obediencia al Derecho* en **Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley**, Tecnos, Madrid, 1976.