

# ESTADO DE DERECHO Y DERECHO NATURAL

Mayda Hočvar\*

## Resumen

La tesis de la necesaria relación entre el derecho natural y el derecho positivo, común a todas las teorías del derecho natural, se expresa en términos de la derivación del derecho positivo a partir de la ley natural. John Finnis, uno de los más representativos autores del iusnaturalismo contemporáneo dice seguir las tesis tomistas. Insiste en que el derecho positivo no es mera copia de la ley natural y que se deriva de ésta a partir de procesos de elaboración guiados por los principios del Estado de Derecho (*rule of law*).

**Palabras clave:** ley natural, derecho positivo, *rule of law*, Estado de Derecho, iusnaturalismo contemporáneo.

\* Profesora Titular. Cátedra de Filosofía del Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes. mayda@ula.ve

## **RULE OF LAW AND NATURAL LAW**

### **Abstract**

The important connection between natural law and positive law that is common to all natural law theories is expressed as a derivation of positive law from natural law. John Finnis as a representative of contemporary natural law theory follows Aquinas thesis. According to him, positive law is not just a copy of natural law but a product or elaboration from it using the principles of the rule of law.

**Key words:** natural law, positive law, rule of law, contemporary natural law theory

1. Autores iusnaturalistas contemporáneos como John Finnis consideran que ‘el corazón de cualquier teoría de la ley natural es el problema de las varias derivaciones del Derecho positivo a partir del natural’<sup>1</sup>. Y que una de las tareas fundamentales de toda teoría iusnaturalista sensata (*sound*) ‘es comprender la relación o relaciones entre las normas jurídicas particulares de sociedades particulares y los principios permanentemente relevantes de la razonabilidad práctica’<sup>2</sup>. Con el fin de explicar esta relación entre el Derecho positivo de esta o aquella comunidad y los principios morales de la ley natural, Finnis inserta su argumentación en el marco general y en los términos lingüísticos de Tomás de Aquino, aludiendo también, a menudo, a las tesis de otros autores de siglos pasados como Richard Hooker y San Germán<sup>3</sup>. Como se sabe, la clásica tesis de Santo Tomás sostiene que la ley positiva es una derivación de la natural. Una derivación que se produce bien por *conclusión* de sus principios ‘de modo semejante al de las conclusiones demostrativas que en las ciencias se infieren de los principios’<sup>4</sup>, o bien por *determinación*, lo que implica concretar los principios morales abstractos ante circunstancias particulares. Ahora bien, a pesar de su fidelidad al marco general de Tomás de Aquino, como en otros casos, también en éste Finnis piensa que la teoría del Angélico (así como la de Hooker), aunque en lo esencial es correcta, está vagamente enunciada y gravemente poco desarrollada<sup>5</sup>. Debemos pensar que su intención es entonces completarla.

Como buen iusnaturalista, para Finnis algunas partes del ordenamiento jurídico normalmente están o deben estar integradas por preceptos que corresponden a los principios morales. Dichos preceptos son una conclusión directa de la combinación de algún bien básico, por ejemplo la vida, y alguna o algunas de las exigencias de la razonabilidad práctica, por ejemplo, respetar cada bien básico en cada uno de nuestros actos. Pero esta concesión finniseana al modo de derivación por conclusión es sólo aparente y su alcance es realmente limitado. Aún los más incontrovertidos y simples preceptos morales, como *no matarás*, no pueden ser vertidos fácilmente en el sistema

<sup>1</sup> FINNIS, J., ‘Blackstone’s Theoretical Intentions’, *Natural Law Forum*, 12, 1967.

<sup>2</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1996 (en adelante NLNR).

<sup>3</sup> Cfr. CHRISTOPHER, St. GERMAN, *Doctor and Student*, bk. I, c. 5-7, citado en FINNIS, J., ‘Blackstone’s Theoretical Intentions’ cit., 181; HOOKER, Richard, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, 1594, Libro I, Cap. 10, sec. 10. Citado en NLNR, 282.

<sup>4</sup> *Suma Teológica*, I-II, 95, 3.

<sup>5</sup> En ‘Loi Naturelle’, *Dictionnaire D’Ethique et de Philosophie Morale*, edit. por CANTO-SPERBER, Monique, Presses Universitaires de France, París, 1996, 925, en el marco de su explicación de la derivación de la ley positiva, Finnis sostiene que la historia de la filosofía político-moral y de la teoría de la ley natural está profundamente resentida por ciertas lagunas que subsisten en la obra de Tomás de Aquino, que no explica de una manera exacta, completa y coherente, ni ilustra de una forma satisfactoria cómo los principios prácticos fundamentales se vuelven principios más específicos. Opina que esta carencia en la obra del Aquinate es en gran medida responsable de la propagación de las corrientes voluntaristas y fideístas en el seno de la tradición iusnaturalista. Ver también, NLNR, 282.

jurídico. ¿Qué significa que no pueden ser vertidos fácilmente en el sistema jurídico? ¿Significa acaso que los preceptos jurídicos no son un reflejo de los preceptos morales? Ciertamente no. Lo que Finnis quiere enfatizar es que la derivación por conclusión *cede* ante la derivación por determinación, que exige una labor de especificación de preceptos morales a fin de adecuarlos al lenguaje jurídico y hacerlos coherentes con otras partes del mismo. Finnis se da cuenta de que un sistema jurídico no suele formularse, ni necesita ser formulado en un vocabulario normativo. Oponiéndose a la tesis de Hooker para quien lo que los preceptos jurídicos añaden a los preceptos naturales es la fuerza coercitiva<sup>6</sup>, Finnis piensa que lo que los preceptos jurídicos añaden a la ley natural no se reduce a la amenaza del uso de la fuerza. El proceso de traducir la ley natural supone toda una tarea de construcción que trasciende la mera aplicación o derivación por conclusión de la ley moral, e implica toda una serie de especificaciones adecuadas al lenguaje y las formas jurídicas. Se trata de construir una técnica que si bien ha de estar al servicio de fines morales que son abiertos e indeterminados, también persigue fines técnicos, es decir objetivos determinados como la resolución de disputas o la introducción de claridad, certeza y estabilidad en las relaciones sociales.<sup>7</sup>

Este proceso constructivo del lenguaje y de las formas jurídicas que va más allá de la simple derivación por conclusión lo ilustra Finnis señalando que lo que el legislador tiene en mente cuando piensa en el sistema jurídico es una especie de representación teatral en la que muchos de los personajes, vestuarios, actos y relaciones no están definidos. Las conductas humanas no se comprenden meramente en términos del binomio propio de un sistema de moralidad, como buenas o malas, razonables o no razonables. Matar es malo e irrazonable desde el punto de vista de la moralidad pero esta caracterización no es suficiente cuando se trata de un sistema jurídico. Allí es necesario especificar cuándo matar constituye un crimen y qué tipo de crimen, cuándo supone o no la suspensión de un cargo, cuándo supone o no un daño civil, el papel que pueden o no jugar las empresas aseguradoras, el tipo y magnitud del castigo, etc., etc. En palabras de Finnis, ‘la función del redactor de las leyes es especificar precisamente en cuál de estos trajes y relaciones encaja un acto de matar bajo tal y cual circunstancia’. Es por ello por lo que ‘el precepto *no se debe matar* es jurídicamente defectuoso.’<sup>8</sup> Para traducirlo en un precepto jurídico

---

<sup>6</sup> NLNR, 281-2.

<sup>7</sup> ‘El razonamiento y la racionalidad jurídicos tienen, sugiero, su carácter distintivo y su peculiar evasividad porque están al servicio de un propósito del tercer orden: el existencial y moral de vivir juntos en un justo orden de relaciones imparciales y correctas, existe y se está construyendo un objeto del cuarto orden, el Derecho, (como el Derecho de Inglaterra). Este es un objeto cultural bastante complejo, que comprende un vocabulario con muchos significados artificialmente consignados, reglas que identifican decisiones y argumentos permitidos y excluidos y, correspondientemente, muchas rutinas, técnicas y procesos (tales como alegatos, juicios, escrituras, etc.), constituidos y regulados de acuerdo a ciertas fórmulas, significados asignados y reglas de argumentación y decisión.’ FINNIS, J., ‘Derecho natural y razonamiento jurídico’, *Persona y Derecho*, 33, 1995, 21.

<sup>8</sup> NLNR, 283.

adecuado es menester entonces que el legislador ‘escriba el guión que los actos relevantes han de representar en la obra de teatro jurídica, su rol en relación con los daños, los contratos, las licencias, etc.’<sup>9</sup> Siendo así, para Finnis convertir los preceptos morales en preceptos jurídicos, es decir, escribir el guión *teatral*, no constituye una mera aplicación de la ley moral ni puede decirse que realmente constituya una deducción por conclusión. Se trata más bien de una derivación por determinación<sup>10</sup>, con lo que Finnis atenúa, por cierto, la clara distinción tomista entre los dos tipos de derivación.<sup>11</sup>

2. Ahora bien, ¿qué supone el proceso de determinación? Básicamente implica la *libertad* del legislador para elegir entre distintas posibles determinaciones del principio básico que son indiferentes entre sí desde un punto de vista estrictamente moral.<sup>12</sup> La opción elegida se convierte así en el producto de una *decisión* del legislador o del juez en un acto de creación de normas jurídicas. Que se determine la mayoría de edad a los 16, a los 18 o a los 21 años, o que la velocidad máxima en las carreteras se limite a 100

---

<sup>9</sup> NLNR, 284.

<sup>10</sup> Finnis tiene problemas con la traducción al inglés del vocablo latino *determinatio* y suele dejarlo tal cual. Señala sin embargo, ‘que el término ‘concreción’ de Kelsen es adecuado y que implementación es más elegante.’ NLNR, 284. En ‘Loi Naturelle’, cit., 925 señala que ‘Tomás de Aquino lo denomina como *determinatio*, que puede traducirse por concreción. (*concrétisation*).

<sup>11</sup> ‘La derivación del Derecho a partir de los principios del razonamiento práctico posee los dos modos identificados y mencionados por Tomás de Aquino; pero no se trata de dos arroyos que fluyen por cauces separados’. NLNR, 289. Puede contrastarse esta postura de Finnis con la de otros autores como BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, ‘Observaciones sobre la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo en la teoría del Derecho de Tomás de Aquino’ en *Revista de Ciencias Sociales* 41, 310 para quien ‘lo característico de la teoría tomista de las relaciones entre la ley natural y la ley humana no es simplemente la tesis de la derivación de la ley humana a partir de la ley natural, sino más precisamente la tesis de la duplicidad de formas en que se da esta relación.’ Sostiene más adelante que ‘la distinción tiene enorme importancia en el contexto de la teoría tomista, ya que da origen a dos conceptos diversos de derecho positivo’, el derecho positivo en sentido impropio que es el Derecho de gentes que se deriva de la ley natural por conclusión, y el Derecho positivo en sentido estricto, que Tomás de Aquino llama Derecho civil y que se deriva por determinación, cuya obligatoriedad depende del mero hecho de haber sido positivado. Finnis no concede mayor atención a esta distinción así como tampoco a las implicaciones de la misma.

<sup>12</sup> ‘En vastas áreas de la elección individual y social se requieren compromisos que, antes de hacerse, no están *determinados* por las exigencias de la razonabilidad práctica, pero que, una vez hechos, tienden a especificar normas morales, estándares y obligaciones que no hubieran existido, en esas específicas formas, si no fuera por esos compromisos.’ *Fundamentals of Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1983, 77 (Todas las traducciones son mías excepto cuando se señale). En distintos lugares Finnis alude al conocido ejemplo del arquitecto de Tomás de Aquino. El legislador determina la ley moral del mismo modo como un arquitecto construye una casa. Le son dados ciertos patrones generales de cómo hacerla pero a la hora de, por ejemplo, hacer las puertas, debe escoger la medida que no está previamente determinada y que puede ser perfectamente una medida de dos por dos metros o dos diez por dos. Cfr. ‘Loi Naturelle’, cit., 925; *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 267.

o 120 Km. por hora es algo que ha de determinarlo, es decir, *decidirlo* el legislador<sup>13</sup>. Pero ¿hasta qué punto puede tratarse de una elección libre, hasta qué punto es indiferente elegir un límite determinado de velocidad? Porque si bien puede ser indiferente limitar la velocidad máxima a 100 Km o 120 Km., no es indiferente poner, por ejemplo, la velocidad mínima en 300 Km. porque ello sería simplemente suicida. Si bien es indiferente que una puerta mida 2.20 o 2.10 m., no es indiferente que una puerta de una casa normal mida 5 metros. Finnis lamentablemente no se refiere explícitamente a este problema<sup>14</sup>. Insiste en que la elección entre alternativas, por una parte responde a las características fácticas, usos y costumbres de la sociedad y los miembros que la componen, y por la otra es *arbitraria*<sup>15</sup>.

Sin embargo, leyendo entre líneas puede verse que Finnis, aunque insiste en decir que la derivación por determinación no es una mera aplicación de la ley moral, se relaciona con los principios básicos.<sup>16</sup> Por ejemplo, ¿qué relación tiene una regla que restringe la velocidad máxima en carretera con un bien básico o una exigencia de la razonabilidad práctica? Según Finnis la regulación del tránsito corresponde a la exigencia de respetar el bien básico de la vida tanto respecto a uno mismo como respecto a los otros y siempre tomando en cuenta ciertas características fácticas como que el control sobre el vehículo es menor a mayor velocidad, etc.<sup>17</sup> Entonces tendríamos que pensar que la elección del legislador es ‘arbitraria’ o libre sólo respecto a las opciones razonables que el principio básico le impone<sup>18</sup>. Es por ello por lo que Finnis señala que aunque este tipo de reglas jurídicas, establecidas según este modo de derivación toma toda su fuerza, como indica Tomás de Aquino, meramente por ser positivas, piensa que esto es sólo un teorema

---

<sup>13</sup> ‘¿Es justo imponer a otros los riesgos inherentes a conducir a más de 10 millas por hora o a plantar árboles a lo largo de las avenidas? Sí, en nuestra comunidad, porque nuestra comunidad *ha decidido* por costumbre y por ley considerar estos riesgos y daños como *no demasiado grandes*.’ FINNIS, J., ‘Commensuration and Public Reason’, in *Incommensurability, Incomparability and Public Reason*, Harvard University Press, London, 1997, 228.

<sup>14</sup> Este es precisamente uno de los muchos aspectos de la teoría de Finnis que critica DALCOURT, Gerard, J., ‘Finnis and Legal Language and Reasoning’, *American Journal of Jurisprudence* 40, 1995, 63: ‘Sostendré que las decisiones legislativas y judiciales están generalmente basadas mucho más en especificaciones racionales de lo que Finnis indica. (...) Primero que nada hay juicios racionalmente determinados que especifican aquello que constituye el rango de opciones aceptables.’

<sup>15</sup> ‘La elección razonable de las reglas se guía en alguna medida, por las circunstancias de una sociedad particular, y hasta cierto punto, es arbitraria’. NLNR, 286.

<sup>16</sup> ‘Las reglas adoptadas serán, en su mayor parte, *determinaciones* de la exigencia general (de justicia), derivadas de ésta pero no implicadas por ella (*derived from it but not entailed by it*) incluso en conjunción con una descripción de las circunstancias particulares.’ NLNR, 286.

<sup>17</sup> Cfr. *Aquinas*, cit., 268.

<sup>18</sup> Y es aquí, precisamente, donde es posible la elección en el sentido pleno en el que la entiende Finnis. Si hay una sola respuesta correcta que tiene lo que tienen las otras y algo más, no hay elección propiamente dicha. La elección se da entre alternativas razonables ninguna de las cuales es mejor que otra en todos los aspectos. Cfr. FINNIS, J., ‘Derecho natural y razonamiento jurídico’, cit., 13.

subordinado dentro de un teorema general de la ley natural, según el cual toda ley tiene carácter de tal en cuanto se deriva de la ley natural.<sup>19</sup> Sin embargo no debe pensarse que esto lleva a Finnis a minimizar la importancia de las fuentes sociales del Derecho. En una argumentación dialéctica entre las tesis positivistas y iusnaturalistas, nuestro autor sostiene que el Derecho de una comunidad determinada puede identificarse por referencia a las fuentes sociales y sin necesidad de recurrir a juicios morales.<sup>20</sup>

3. Construir determinaciones de los preceptos de la ley natural no es otra cosa que elegir las reglas específicas que han de regular una materia determinada. Finnis ilustra de un modo más detallado la derivación por determinación de las reglas positivas a partir de la exigencia de la razonabilidad práctica que prescribe la eficiencia dentro de lo razonable y que implica el uso eficiente de los bienes materiales<sup>21</sup>. Si los bienes materiales han de usarse de modo eficiente es necesaria la propiedad privada.<sup>22</sup> Tal régimen ha de estar constituido por reglas. Pero la escogencia de tales reglas es un asunto de elección por parte del legislador. Esas reglas elegidas serán determinaciones de la exigencia general que prescribe la promoción y uso eficiente de los bienes materiales.

Ahora bien, hemos dicho que el legislador es libre para elegir las determinaciones de la ley moral, es decir construir las reglas jurídicas. Pero esa elección ‘libre’ no es, como hemos visto, arbitraria ya que debe guiarse por una serie de principios tanto sustantivos como procedimentales. Entre dichos principios algunos se encuentran, a juicio de nuestro autor, más directamente relacionados con los bienes básicos y las exigencias de la razonabilidad práctica,

---

<sup>19</sup> NLNR, 285.

<sup>20</sup> ‘Puesto que la totalidad del Derecho existente en una comunidad humana, aunque completamente justo y decente, es positivo, de alguna manera humanamente puesto, ¿por qué negar que los hechos de su positividad, costumbre, legislación, juicios, pueden identificarse por los métodos históricos, sin recurrir a argumentos morales?’ FINNIS, J., ‘The Truth in Legal Positivism’, 204; ‘La teoría clásica del Derecho natural no rechaza la tesis de que lo que ha sido puesto es positivo y que lo que no ha sido puesto no es positivo. (Más aún, el término ‘Derecho positivo’ lo importa a la filosofía Tomás de Aquino, quien también fue el primero en proponer que la totalidad del Derecho de una comunidad política se considerara filosóficamente como Derecho *positivo*). 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, 10.

<sup>21</sup> NLNR, 111-18.

<sup>22</sup> Nótese que esta premisa representa una combinación de la exigencia de razonabilidad práctica que prescribe el uso eficiente de los bienes básicos y ciertas características fácticas del individuo que vive en sociedad. Como vimos en el capítulo II Finnis señala que la experiencia demuestra que los bienes se promueven de modo más eficiente en un régimen de propiedad privada que con uno de propiedad comunitaria.

y otros relacionados sólo de modo contingente.<sup>23</sup> Los principios morales que Finnis considera más directamente relacionados con el razonamiento jurídico y los sistemas jurídicos<sup>24</sup> son determinaciones del primer principio de la moralidad que prescribe fomentar una voluntad abierta al desarrollo humano integral y evitar las acciones que lo dañen. Estas especificaciones corresponden a exigencias de la razonabilidad práctica que Finnis enuncia de la manera siguiente<sup>25</sup>: en primer lugar, no responder el daño con daño. Este principio es fundacional en todo sistema jurídico decente y es compatible a su vez con los principios de la compensación justa y el castigo retributivo que pretende restaurar el equilibrio de la justicia entre el que ha incumplido la ley y el que la obedece. En segundo lugar, el principio anticonsecuencialista según el cual no ha de hacerse el mal, o escoger dañar, destruir o impedir alguna participación de un bien o bienes básicos, a cambio de un posible bien. Este principio dice Finnis fundamenta las normas morales absolutas y es la columna vertebral del sistema jurídico y la base de los derechos humanos absolutamente inviolables. Entre todos los principios de la ley moral éstos son los únicos negativos que no pueden nunca ser pasados por alto.<sup>26</sup> Y finalmente un tercer principio enunciado en términos de la familiar ‘regla de oro’: no hacer a otros lo que no quisieras que te hicieran a ti, ni imponer a otros lo que no quisieras que ellos te obligaran a aceptar, constituye, a juicio de Finnis, el núcleo de la justicia (*fairness*). Al menos en dos lugares Finnis se refiere a los preceptos del Decálogo como preceptos morales de la ley natural que se derivan por conclusión de la combinación de uno o más bienes básicos y de una o más exigencias de la razonabilidad práctica.<sup>27</sup>

Pero además de estos principios intermedios o metodológicos y principios morales (como los contenidos en el Decálogo) que deben orientar al legislador, pero también a todas las personas, hay otros principios que según Finnis ‘no

---

<sup>23</sup> Cfr. NLNR, 313.

<sup>24</sup> ‘Hay otros principios intermedios de alto nivel, pero no son directamente constitutivos de la justicia entre personas y por lo tanto no son centrales para la comprensión de los sistemas jurídicos, las reglas, las instituciones y las prácticas. FINNIS, J., ‘Commensuration and Public Reason’, cit., 229.

<sup>25</sup> Cfr. FINNIS, J., ‘Natural Law: The Classical Tradition’, cit., 29-30; ‘Commensuration and Public Reason’, cit., 224-8. Con un orden distinto y limitándose a enunciar sólo dos de estas especificaciones en ‘Derecho natural y razonamiento jurídico’, cit., 15 y ss.

<sup>26</sup> La columna del Derecho consiste en un reducido número de reglas estrictas y sin excepción. El resto del contorno y cuerpo (*frame and flesh*) del Derecho supone otorgar especificidad a una amplia gama de responsabilidades afirmativas de cuidado y equidad (*care and fairness*). FINNIS, J., ‘Natural Law: The Classical Tradition’, cit., 35.

<sup>27</sup> Cfr. *Fundamentals of Ethics*, cit., 69.

son los del ciudadano<sup>28</sup>. Esos principios intervienen precisamente en la labor del legislador cuando especifica, define o concreta las exigencias morales traduciéndolas a exigencias jurídicas dentro de un sistema de Derecho. Como he dicho, estos principios más específicos del legislador son una mezcla, a mi modo de ver muy oscura, de principios tanto sustantivos como procedimentales. Finnis menciona los desiderata de la *rule of law* que relaciona con un conjunto de principios según los cuales los bienes humanos no han de ser considerados a la ligera al perseguir bienes futuros, lo que aclara señalando que el legislador debe respetar y tener en cuenta los hábitos y costumbres de la sociedad para la que legisla, de modo que si bien es indiferente que el legislador prescriba conducir por la derecha o la izquierda, no lo es si ya la gente de una sociedad determinada está acostumbrada a conducir por la izquierda. De aquí que el proceso de determinación regido por los principios de la *rule of law* imponga al legislador o juez la necesidad de respetar o tener en cuenta, en la medida de lo posible, el Derecho existente en una comunidad.<sup>29</sup> Finalmente Finnis menciona los trece principios generales del Derecho.<sup>30</sup> Nótese que estos principios generales del Derecho son principios de segundo grado, es decir, se refieren a la interpretación y aplicación de otros principios y reglas que presuponen.<sup>31</sup> Aunque estos principios de segundo grado son principios que se dirigen primordialmente a los jueces, los principios de primer grado a los que aquéllos se refieren son los que específicamente han de orientar al legislador. Pero Finnis no los menciona y cree suficiente referirse a ellos en su versión de segundo grado, útil sobre todo para los jueces. Como puede verse, se trata de

---

<sup>28</sup> NLNR, 286.

<sup>29</sup> ‘La aspiración de que haya una regla, un gobierno del Derecho y no del hombre, exige que toda referencia desde y hacia los estándares permanentes de la moralidad esté atemperada y filtrada por medio del mantenimiento coherente del Derecho existente en una comunidad como un todo, incluyendo sus muchas y meras *determinaciones*’. FINNIS, J., ‘Natural Law: The Classical Tradition’, cit., 35.

<sup>30</sup> Estos principios son: 1. La privación forzada de los derechos de propiedad ha de ser compensada, respecto del *damnum emergens* (pérdidas efectivas) y acaso también del *lucrum cessans* (pérdida de ganancias esperadas); 2. no hay responsabilidad por daños no intencionados; 3. No hay responsabilidad penal sin *mens rea*; 4. La doctrina de los actos propios (*estoppel*) (*nemo contra factum proprium venire potest*); 5. No cabe asistencia judicial para quien alega en su favor su propio ilícito (quien busca equidad debe obrar con equidad); 6. El abuso de los derechos no está protegido; 7. El fraude lo anula todo; 8. Los beneficios recibidos sin justificación y a expensas de otros deben ser restituidos; 9. *Pacta sunt servanda* (se han de cumplir los contratos); 10. Hay relativa libertad para cambiar mediante acuerdo los modelos de relaciones jurídicas existentes; 11. Al estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad; 12. No han de resolverse las disputas sin dar a las dos partes la oportunidad de ser oídas; 13. A nadie se ha de permitir ser juez en su propia causa.’ Cito por la traducción de Cristóbal Orrego, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, 315.

<sup>31</sup> NLNR, 287.

un conglomerado de principios tanto sustantivos, los principios generales del Derecho, como procedimentales, los desiderata de la *Rule of Law*.

Respecto a la naturaleza de estos principios, Finnis señala que ellos expresan lo deseable de la predictibilidad y estabilidad en las relaciones humanas, indica que están conectados con los caracteres formales del Derecho y con la disposición de la gente a atribuir autoridad a la costumbre, los usos y las prácticas sociales.<sup>32</sup> Aunque Finnis señala que esta conexión es obvia, y tal vez por eso no la emprende, se hubiera deseado sin duda que el autor abundara en la forma y características de estas conexiones. Ahora bien estos principios son para Finnis verdaderos principios, no reglas. Más que imponer exigencias, constituyen una instancia de justificación de las reglas y determinaciones jurídicas.<sup>33</sup>

4. Hemos visto que entre los principios que inspiran y guían al legislador se encuentran las tres especificaciones del primer principio de la moral pero también otra serie de reglas que incluyen los ocho desiderata de la *rule of law* y los trece principios generales del Derecho. Uno se puede preguntar, por ejemplo, qué relación hay entre la regla de oro y el principio de irretroactividad de la ley. En otras palabras, ¿qué relación existe entre los desiderata de la *rule of law* y los principios generales del Derecho, por una parte, y los principios de la ley natural, por la otra? Aunque Finnis señala que los principios generales del Derecho no son en sí mismos primeros principios de la razón práctica, y algunos necesitan de la existencia de instituciones sociales, como los tribunales, por ejemplo<sup>34</sup> ellos son, sin embargo, principios de la ley natural, en la medida en que se derivan de ésta por el primer modo de derivación, es decir por deducción, y son equiparables a lo que Tomás de Aquino consideró como el *ius gentium*.<sup>35</sup> Pero, a diferencia de otros principios de la ley natural, los principios generales de Derecho, desde el momento en que están en función de los sistemas de Derecho, pueden considerarse también como parte del Derecho positivo.<sup>36</sup>

5. Resumiendo las ideas anteriores, puede verse que el Derecho positivo se deriva, para Finnis, de la ley natural según los dos modos de derivación que presenta Tomás de

---

<sup>32</sup> NLNR, 287.

<sup>33</sup> NLNR, 288.

<sup>34</sup> NLNR, 288-9.

<sup>35</sup> Los principios generales del Derecho ‘están tan estrechamente vinculados con los primeros principios en combinación con las exigencias metodológicas básicas del razonamiento práctico, que deberían ser considerados como derivables por *razonamiento* a partir de la ley natural y, por tanto, en un sentido, como parte de la ley natural. Al mismo tiempo son esencialmente principios para los sistemas de Derecho positivo, y de hecho, virtualmente deben encontrarse en todos estos sistemas. Entonces, son parte del *ius gentium*, en el sentido explicado, no sin oscuridad, por Tomás de Aquino (...).’ NLNR, 296.

<sup>36</sup> NLNR, 296. Son parte del Derecho positivo no por su modo de derivación sino por su modo de promulgación.

Aquino. Que ciertamente la mayoría de las normas jurídicas no son una mera copia o aplicación deductiva de la ley natural sino que requieren elaboraciones que implican el segundo modo de derivación, es decir, la derivación por determinación.<sup>37</sup> Ese proceso de derivación ha de estar adecuado y regirse tanto por las aspiraciones o desiderata de la *rule of law* como por los principios generales del Derecho, que contienen una mezcla indistinta de preceptos sustantivos y procedimentales. La derivación por determinación está conectada, a juicio de Finnis, con principios de la ley natural de modo sustantivo, como en el caso de ley de tránsito respecto al bien de la vida y la exigencia de la razonabilidad práctica que prescribe no atentar contra ningún bien básico. Por otra parte, la derivación por determinación está conectada de modo formal o estructural con los principios de la ley natural por medio de los desiderata de la *rule of law* y los principios generales del Derecho, que se derivan, por conclusión, de la ley natural.<sup>38</sup>

6. Lo que resulta más destacable de la exposición de Finnis es la falta de elaboración y claridad respecto a la naturaleza y función de los distintos principios que intervienen orientando al legislador en su tarea de producir el Derecho positivo inspirándose en la ley natural. En alguna parte Finnis alude a una *multitud* de principios sustantivos morales.<sup>39</sup> Estos principios morales tendrían que ser las conclusiones que se extraen a partir de los principios básicos mediante los principios intermedios o exigencias de la razonabilidad práctica. Pero no sabemos cuáles son todos esos principios y la deducción de los mismos no es clara e inequívoca. Como se pregunta Lloyd Weinreb, ¿prohíbe la exigencia de razonabilidad práctica que prescribe no atentar contra ningún bien básico para conseguir otro bien, matar a quien constituye una amenaza para nuestra seguridad o vida, o la seguridad e integridad personal de nuestros allegados? ¿Prohíbe la razonabilidad práctica matar a quien irrumpe en nuestra casa? ¿Prohíbe la razonabilidad práctica abortar con el fin de salvar a la madre, o abortar para evitar un hijo no deseado? Son preguntas que Finnis tiende a responder, a menudo de modo contrario, dice Weinreb, a lo que sostienen las leyes vigentes de los Estados Unidos. Pero la mayoría de las veces son preguntas que quedan sin respuesta.<sup>40</sup> Con respecto a los principios específicos por los cuales se han de orientar el juez y el legislador razonables, es decir, la *rule of law* y los principios generales del Derecho, no se sabe cuál es su naturaleza. Finnis dice que

---

<sup>37</sup> NLNR, 289.

<sup>38</sup> 'El segundo modo de derivación, la pura (*sheer*) determinación mediante una más o menos libre elección autoritativa, no sólo está en sí misma ligada a los principios básicos por una relación inteligible hacia las metas (como en el caso de la seguridad en el tránsito...) que están directamente relacionadas con los bienes básicos, sino que también está controlado por un amplio abanico de principios formales y estructurales (en sus formas tanto de primero y segundo orden) que en sí mismos se derivan de los principios básicos por el primer modo de derivación.' NLNR, 289.

<sup>39</sup> 'Los principios del legislador razonable incluyen los desiderata de la *rule of law*. Pero también una multitud de principios sustantivos (...).' NLNR, 286.

<sup>40</sup> Cfr. WEINREB, Lloyd, *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1987, 114.

forman parte de la ley natural por el primer modo de derivación, apoyándose en la figura del *ius gentium* y recordándonos que Tomás de Aquino consideraba dichos preceptos como parte de la ley natural.<sup>41</sup> Lo que no está claro es que si los citados principios tienen naturaleza jurídica y pertenecen, según Finnis, a la ley natural, ¿no le estaríamos adjudicando un carácter jurídico a la ley natural que no se compadece con la insistente afirmación de Finnis de que ésta comprende principios morales y no existe un Derecho natural en sentido jurídico? Por otra parte el *ius gentium*, y muchos de los principios generales del Derecho y de la *rule of law* también forman parte de los preceptos que integran el Derecho positivo. Pero Finnis no aclara este tema. Finalmente, no sabemos qué queda de los preceptos de la ley moral natural. Suponemos que está integrada por los desiderata de la *rule of law* y los principios generales del Derecho y también por algunos principios que Finnis menciona a modo de ejemplo en su argumentación como el principio de no matar intencionadamente al inocente<sup>42</sup>, no hurtar los bienes ajenos<sup>43</sup>, fomentar la propiedad privada<sup>44</sup>. En vista de la falta de elaboración de la teoría a este respecto<sup>45</sup>, cabe dudar de la realización de la tarea que Finnis asigna a una teoría iusnaturalista que pretende mostrar cómo se derivan los preceptos positivos a partir de la ley natural. Ahora bien, puesto que para Finnis una teoría de la Ley natural es también una teoría de los derechos (*rights*) naturales se puede pensar que tal vez cabe encontrar allí una elaboración más precisa de los principios de la ley natural.

---

<sup>41</sup> 'Cuando Tomás de Aquino no se siente constreñido a asimilar las antiguas categorías jurídicas romanas llamará a estos preceptos del *ius gentium* preceptos de la ley natural.' Finnis, J., 'The Truth in Legal Positivism', en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, edit. por GEORGE, R. P., Oxford Clarendon Press, 1996., 213.

<sup>42</sup> NLNR, 309.

<sup>43</sup> NLNR, 315.

<sup>44</sup> NLNR, 312-313.

<sup>45</sup> Como afirma WEINREB, Lloyd, *Natural Law and Justice*, cit., 114, 'los principios que Finnis proporcionan son radicalmente incompletos.'