ENTREVISTA A JOHN M. FINNIS

Juan B. Etcheverry *

Juan B. Etcheverry: *Resulta particularmente iluminador para comprender su obra conocer algunos datos de su biografía intelectual. ¿Cómo y desde cuándo comienza su interés por la Filosofía del derecho y, en particular, qué lo llevó a pensar que la teoría clásica del derecho natural tenía algo más que oscuridad y superstición (una opinión que probablemente compartían muchos en su ámbito académico)?*

John M. Finnis: En realidad, luego de dejar la escuela secundaria quería estudiar Historia. Pero mis padres me dijeron: «No, estudia algo difícil primero y luego puedes estudiar Historia». Y entonces no volví a la Historia hasta los sesenta años. Cuando tenía alrededor de doce años, leí un libro que estaba en casa de mis padres: una autobiografía del filósofo de Oxford R. G. Collingwood. Collingwood era uno de los principales profesores de Metafísica y de materias centrales en Filosofía en la Universidad de Oxford entre los años veinte y treinta. Tenía, por un lado, un profundo interés teórico en la Filosofía de la Historia y, por el otro, un interés práctico en la arqueología. Su Filosofía de la Historia estaba estrechamente vinculada a la escuela italiana (Croce y otros que a su vez derivaron de Vico) que recomienda al historiador siempre esforzarse por repensar el pensamiento de las eras del pasado. Entonces Collingwood, tanto en su autobiografía como en su obra póstuma, adhiere a la teoría que sostiene que la cultura se entiende desde su interior, haciendo referencia a los pensamientos de las personas actuantes. Al unir esto con la práctica de la arqueología, Collingwood descubrió personalmente varios fuertes militares romanos en el norte de Inglaterra, cerca del límite con Escocia. Estos fuertes no habían dejado ningún tipo de rastro en el suelo, pero al pensar qué haría un general romano frente al peligro de los escoceses, encontró tales fuertes. Todo esto era muy emocionante para un niño, sobre todo porque compara el trabajo del historiador con las pistas históricas con el que llevan a cabo los detectives de las grandes novelas inglesas (Dorothy Sayers, Agatha Christie, Chesterton), que consistía fundamentalmente en adentrarse en la mente del criminal. Aquí podemos encontrar parte de mi interés puramente filosófico. Además, el padre de mi madre era catedrático de Filosofía en Adelaida y mi padre también era profesor de Filosofía.

Por otra parte, en el tercer año de la carrera de derecho estudié *Jurisprudence* o Teoría del derecho. En ese curso leímos a Austin, Kelsen, Julius Stone (el ecléctico positivista-realista autor australiano) y quizás en la periferia de esos estudios hubo

* Se agradece la colaboración en la desgravación de la entrevista y traducción de M. DANDOIS. Esta entrevista es uno de los resultados de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva de Argentina y la Universidad Austral (Argentina). El entrevistador es investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET) y profesor de filosofía del derecho de la Universidad Austral.

alguna referencia a la Teoría del derecho natural. Cuando fui a buscar sobre estos temas en la biblioteca, encontré algunos libros sobre ética y fundamentos de la ética escritos por sacerdotes estadounidenses y pensé que no eran buenos. Sin embargo, al mismo tiempo comencé a interesarme por refutar mi propio escepticismo humeano y russelliano. Entonces progresé en lo que se podrían llamar mis fundamentos filosóficos de tipo no-práctico (*v. gr.,* sobre la existencia de Dios) antes de hacer cualquier tipo de avance en relación al conocimiento práctico. Así, me interesé en el libro *Insight*, del jesuita canadiense Bernard Lonergan, que consiste en un estudio del entendimiento humano, que a su vez es una crítica radical a las respuestas empiristas y reductivistas sobre la ciencia, la metafísica y la epistemología.

Continué leyendo a Lonergan durante bastante tiempo, incluso en mis primeros dos años en Oxford. Su obra dedicaba un capítulo a los principios prácticos ineficaces; pero este capítulo es (según mi opinión) el peor o el menos exitoso de todo el libro. Lo leí varias veces, pero carece de contenido. Lonergan no comprendía los principios del razonamiento práctico. Esto fue confirmado cuando diez o quince años después escribió su famoso libro llamado *Method in Theology,* en el que expone una teoría de valores que no aplicaba su propia teoría propuesta en *Insight* al ámbito práctico. Al final, termina ofreciendo una teoría cuasi empirista de intereses, emociones y sentimientos. Así, estaba bastante insatisfecho con la pregunta sobre los fundamentos de la ética cuando finalicé mi doctorado en Oxford y partí a California a enseñar. Había escrito sobre cuestiones de ética aplicada (*v. gr.,* la teoría de la disuasión nuclear), donde aplicaba de modo sistemático la enseñanza católica de no matar a inocentes, pero sin adentrarme en el nivel de sus fundamentos. Ya antes de dejar Adelaida y partir hacia Oxford había decidido que la cristiandad era verdadera. Sin embargo, no descubrí nada útil sobre dichos fundamentos hasta que me topé accidentalmente en una librería en Berkeley con el primer libro de Germain Grisez. En su obra, Grisez realiza una crítica radical a las teorías neo-escolásticas que buscan explicar la normatividad a través de la voluntad. Pero también realiza una explicación del tratamiento del derecho natural y los primeros principios de la razón práctica en la cuestión 94, *Prima-Secundae*, en Tomás de Aquino. Su teoría, como la mía, es desarrollada sustancialmente a partir de ese libro.

Ésta fue mi entrada a la teoría clásica del derecho natural. Una vez dentro, empecé a leer a Tomás de Aquino sobre otras cuestiones relacionadas y a enseñar esto a mis estudiantes en Adelaida (cuando fui allí antes de volver a Oxford desde Berkeley). Así, empecé a captar la noción de razón como fundamento de la normatividad (lo que claramente significa entender el bien como la causa final de la normatividad) y del contenido de las normas, y también pude entender la distinción entre el primer principio y los principios morales específicos.

J. B. E.: *H. L. A. Hart fue quien le confió la elaboración de* Natural Law and Natural Rights *y también quien le sugirió dicho título. ¿Por qué cree que Hart le asignó esta tarea especialmente a usted?*

J. M. F.: Esa es una pregunta muy amable. Hart sabía muy bien que yo estaba interesado en los fundamentos del derecho y la moral. Yo le había dado un manuscrito completamente independiente de mi tesis y de su trabajo como supervisor en el que trataba los principios prácticos o algún otro aspecto relacionado en Lonergan. Ha-

biéndolo leído, Hart sabía que yo estaba interesado en los fundamentos últimos del pensamiento moral. A pesar de que Hart era bastante escéptico y ateo y estaba profundamente en contra de la religión, era la mejor expresión de un caballero liberal.

Por otra parte, Hart tenía muchos conocidos en el ámbito académico. Entre ellos, Michel Villey. Juntos habían participado de algunos debates y Hart tenía los primeros tratados de Villey sobre el concepto de derecho subjetivo (él podía leer en francés, de hecho, cada diez años leía por placer y en francés la obra entera de Proust). Por ello, Hart conocía la tesis de Villey que sostenía que el derecho romano no tenía un concepto de derechos subjetivos y que Aquino tampoco tenía una teoría de los derechos subjetivos, sino que fue Ockham quien inventó este concepto. Hart sabía todo esto y le interesaba, aunque no asumía ni negaba dicha teoría. Creo que esa es la razón por la que me no sólo me sugirió, sino que incluso me dictó el titulo *Natural Law and Natural Rights*. Agregó *«and Natural Rights»* («y derechos naturales») porque pensaba que esta tesis histórica por la que existe algún tipo de cesura, hito o cambio radical en el pensamiento occidental era muy interesante y quería que esto fuera investigado. Hart quería un trabajo que solamente considerara qué se puede decir acerca de toda esta tradición. Hart había enseñado Platón (como profesor asociado de Filosofía) antes de que le fuera asignada la cátedra de Filosofía del derecho y lo había estudiado (probablemente junto con Aristóteles) de joven como estudiante en sus clases en Oxford.

La *Clarendon Law Series* tiene una serie de volúmenes que tratan sobre introducciones a diversas ramas del derecho: Introducción al derecho romano, Introducción al derecho penal, Introducción al derecho de daños. La obra de Hart *The Concept of Law* había sido pensada para servir como una Introducción a la Teoría del derecho. Pero Hart no creía que fuese muy valioso para los estudiantes darles una serie de descripciones de varios autores y sus opiniones. En cambio, lo que considera valioso es seguir un argumento de principio a fin y ver cómo esa argumentación se desenvuelve. Hart también quería algo así sobre la Teoría de la Ley Natural. Dicho de otro modo, no quería una mera historia sobre la Teoría de la Ley Natural.

En relación a por qué me pidió este encargo a mí, quizás fue porque no conocía a nadie más que fuera lo suficientemente tonto como para querer apoyar ese pensamiento.

J. B. E.: *Estoy seguro de que usted no era la única opción que Hart tenía. Es decir, le confió este trabajo por motivos que van más allá de haber sido el único interesado por el estudio de la Teoría del derecho natural.*

J. M. F.: Hart claramente me ha apoyado en mi carrera. Nadie en mi *College* ni en la Universidad me conocía. Cuando, inmediatamente luego de terminar la tesis y sabiendo que sólo una carta de recomendación podía ser escrita, me fue asignada la posición en la que estoy trabajando hace ya cuarenta y cinco años, supe que dicha carta era de Hart. Seguramente me haya recomendado a ésta universidad y también a Berkeley.

J. B. E.: *¿Cuáles son sus proyectos intelectuales para el año que viene?*

J. M. F.: Bueno, no lo sé. Lo que sí sé es que en los próximos seis meses (o menos) tengo que escribir una respuesta para alrededor de treinta artículos que mis amigos, conocidos y críticos están escribiendo con comentarios sobre mi obra y que serán compilados por Robert P. George y John Keown. En concreto, en los próximos días

probablemente encontraré un correo electrónico con más de veinte trabajos adjuntos para responder.

J. B. E.: *¿Cuáles son entonces sus intereses intelectuales para los próximos años?*

J. M. F.: No estoy seguro exactamente de lo que quiero hacer. Tengo un proyecto en el que he estado trabajando por diez años con un académico amigo de Louisiana, Patrick Martin, sobre historia isabelina y sobre el entorno de Shakespeare. Este proyecto tiene dos partes. Una de ellas es una simple biografía de un contemporáneo de Shakespeare, prácticamente desconocido, que era profesor de Filosofía en Oxford aproximadamente entre 1585 y 1593 y que luego pasó a ser secretario de un miembro de la corte de la reina. Desde ese momento trabajó como doble agente espiando a los católicos exiliados en Bélgica, pero al mismo tiempo era pagado por estos exiliados para espiar a la reina, y esto era sabido por ambos bandos. Fue un hombre muy interesante, cuya vida ha sido completamente ignorada y hasta donde he notado incomprendida por todos los historiadores. Trabajar para adquirir un conocimiento profundo de este círculo de personas, que eran protocatólicas o católicas *in animo* dentro de un régimen anticatólico, nos ha llevado a la demostración del hecho de que Shakespeare estaba profundamente involucrado en esta intersección entre estos dos círculos. Ésta es la segunda parte del proyecto y es extremadamente interesante. He publicado algunos fragmentos sobre ello y he dado lecciones en Princeton sobre la resistencia patriótica de Shakespeare en varias de sus obras, especialmente en *King Lear*. Me gustaría trabajar en eso.

J. B. E.: *¿Cómo ve el desarrollo de la Filosofía del derecho en nuestros días? Específicamente, ¿cómo ve el desarrollo de la Filosofía del derecho dado que el positivismo jurídico no parece en este momento ser más la teoría dominante y dado que esta teoría está particularmente dividida (positivismo incluyente, excluyente, presuntivo, etc.)?*

J. M. F.: El positivismo jurídico sigue siendo la auto-interpretación dominante (en el mundo anglosajón, aunque no sólo en él) de aquellas personas que están interesadas en la normatividad y no simplemente en la sociología del derecho. Sin embargo, lo que le da algo de fundamento a la sugerencia de que el positivismo jurídico podría no ser más la escuela o la opinión dominante es que aunque gran parte de los autores quieren describirse como positivistas, la mayoría de ellos también afirma que aquel positivismo, a pesar de ser verdadero, es solamente un pequeño fragmento de la Filosofía del derecho. Así, la Teoría o la Filosofía del derecho incluye, además de un área en la que se creería que el positivismo es la visión verdadera, otras preguntas que son abiertamente normativas y que no tienen sentido excepto cuando se asume que hay verdades morales que son fundamentalmente independientes de las creencias particulares sobre la moralidad. Ésta es una situación extraña que pudo llevar a Kelsen simplemente a rechazar dicha línea de pensamiento por considerarla confusa.

Sin embargo, esto no es tan diferente de las teorías sostenidas por John Austin y Bentham. Ambas sostenían que la Teoría del derecho consta de dos partes: una parte es la Teoría del derecho positivo y la otra es lo que el positivismo llama la Ciencia de la Legislación. La Ciencia de la Legislación es una teoría sobre las buenas reglas (de carácter utilitarista).

Bentham (autor al que he estudiado en forma bastante seria bajo la sugerencia de Hart y mientras estaba trabajando para mi tesis) sostiene una metafísica radicalmente

empirista según la cual la única realidad es la que puede percibirse a través de los sentidos y para la que los términos jurídicos (*v. gr.,* «derechos subjetivos») son sólo ficciones, porque no se corresponden con ninguna realidad palpable. Así, su Teoría del derecho es, en este aspecto, simplemente una descripción reduccionista para la que sólo existen términos, como «mandato», que sí se corresponderían con algo sensorial. Los signos audibles y visibles de una voluntad que conforman el contenido proposicional de un mandato sí impactan en el oído y afectan las emociones, teniéndose la experiencia de sentirse amenazado o de buscar algún tipo de ventaja o recompensa. De este modo, se admite el concepto de mandato y, a partir de allí, se define al derecho como el contenido de un mandato y como el signo de una voluntad activa o como el conjunto de signos de una voluntad activa. Los signos son visibles y la voluntad activa es perceptible. A partir de esto, se advierte que el mandato puede ser positivo («haz esto») o negativo («no hagas esto») y se alcanza un concepto de deber que corresponde a: «Si no haces esto, sufrirás». Así, el deber sería reducido a una simple motivación para evitar algo desagradable o para obtener una recompensa (porque Bentham incluye a la recompensa como una especie de cuasi-sanción) y todos los demás términos jurídicos son ficciones.

Ésta es una parte de su trabajo, pero luego uno se encuentra con el proyecto utilitarista de mejorar el mundo, y Bentham pasa gran parte de su tiempo escribiendo códigos de derecho ideales. El marco intelectual o conceptual en la formulación del contenido del código seria dado por este estudio casi empírico de qué es lo que se requiere para que el derecho sea o para que exista. Sin embargo, el contenido del código es dado por la máxima utilitarista y sus ambigüedades (entre un moralismo extremo según el cual todos deben actuar sin considerar sus propios intereses con el fin de maximizar los intereses de los demás, y la proposición que deriva de su empirismo por la que todos están inevitablemente determinados por sus propios intereses al momento de actuar). Bentham sabe que estos dos principios son recíprocamente opuestos y, por tanto, una parte principal de su Teoría de la Legislación consiste en elaborar mecanismos constitucionales que crearían resultados deseables, por una especie de efecto secundario, asumiendo que todos están actuando exclusivamente a favor de su propio interés. De este modo, si las acciones realizadas por propio interés fueran de alguna manera canalizadas a través de un mecanismo constitucional, se podrían obtener resultados deseables desde el punto de vista de la moral utilitarista.

Austin toma la mayoría de los resultados de ese proyecto (sin el empirismo radical) y simplemente los formaliza, obteniendo la Ciencia de la Legislación y la Teoría del derecho positivo. Hacia fines del siglo XIX, los profesores y teóricos del derecho austinianos no tenían interés en el proyecto utilitarista y solo daban importancia al marco analítico que surge de la teoría del derecho como mandato. Sin embargo, la motivación empirista profunda por explicar el derecho como un mandato se ha perdido. Que el derecho es claramente mandato, pasa a ser tomado como un dogma, mientras que en Bentham existía una motivación filosófica profunda.

A pesar de que la corriente empirista haya sido abandonada efectivamente o al menos suficientemente por todo el mundo, no fue remplazada por ninguna alternativa epistemológica o metafísica coherente. Así, tiene en la actualidad un status cuasi doctrinal o dogmático la idea que sostiene (como afirma Raz) que el derecho es ex-

clusivamente un conjunto de proposiciones que pueden ser identificadas por fuentes sociales.

Ahora bien, sí es debatida la tesis normativa y simple (y primitiva) [asumida por algunos autores denominados positivistas excluyentes] que sostiene que el sentido de tener derecho es superar la interminable disputa sobre lo correcto y lo incorrecto, sobre el bien y el mal, porque la gente no puede ponerse de acuerdo sobre qué es moralmente bueno y qué es moralmente malo. La mayoría de los que defienden esto no adhieren oficialmente al escepticismo y, por tanto, no dicen que no existe una verdad moral. Estas personas simplemente sostienen que no podemos llegar a un acuerdo y que, por tanto, necesitamos del derecho para superar estas discrepancias. No obstante, si uno mantiene cualquier referencia a asuntos morales en la identificación del derecho, el derecho no resolvería el problema. Necesitamos, por tanto, de una solución puramente fáctica.

Por otra parte, el positivismo incluyente sostiene que el derecho está compuesto por fuentes fácticas y sociales, pero si entre estas fuentes existe una de ellas que apunta a algo que se encuentra más allá de los hechos sociales, entonces uno se encuentra autorizado para seguir esa dirección y considerar la moralidad (aunque esta teoría no aclara si esto significa la moralidad consentida por la gente o una moralidad objetiva). Pero aun así, los positivistas incluyentes no se apartan del positivismo, porque insisten en partir de una habilitación de los hechos sociales para recurrir a la moral. Entonces ambas escuelas del positivismo acuerdan esencialmente en la proposición fundamental. Por ello, no creo que la distinción entre positivismo incluyente y excluyente sea de mucho interés.

No obstante, lo sorprendente es que incluso los positivistas excluyentes (como Raz) claramente afirman que en la adjudicación o en el razonamiento jurídico se emplean criterios morales y que los jueces han de estar autorizados a utilizar fuentes morales para rechazar normas basadas sólo en hechos sociales y que son inmorales o de una moralidad cuestionable. Además, dependiendo del autor, también se ha afirmado que la interpretación del derecho puede ser informada por juicios morales o que debe ser informada por juicios morales o se ha abordado la pregunta acerca de si el tema de la obligación moral de cumplir con la ley es una cuestión de la Teoría del derecho. La respuesta a esta pregunta (*v. gr.* para Raz) es que no existe ni siquiera una obligación moral presuntiva de obedecer el derecho, aunque sea una verdad conceptual importante del derecho que pretende ser moralmente obligatorio.

En definitiva, la conclusión que ofrecen los estudiosos de Raz, como John Gardner y Leslie Green, es que el positivismo es importante, pero sólo en una pequeña parte del ámbito del derecho.

J. B. E.: *¿Qué lugar le asigna a los argumentos religiosos en los debates morales de las sociedades democráticas y constitucionales?*

J. M. F.: En este punto, creo compartir la opinión que Tomás de Aquino propone y formula más de una vez. Si uno está debatiendo acerca de algo con alguien (él hablaba particularmente de Teología, pero habla en términos completamente generales) y éste acepta algún tipo de autoridad moral (puede ser religiosa), entonces uno puede apelar a esa autoridad en el curso de la argumentación. Si se aceptan las autoridades A, B y C,

entonces se puede apelar a A, B y C. Si solamente se aceptan A y B, entonces se puede apelar a éstas pero no a C, y si no se acepta ninguna autoridad moral, entonces se debe recurrir a la razón natural.

J. B. E.: *¿Cree usted que pueden darse normas jurídicas que sean recepciones puras de principios morales (en terminología de Tomás de Aquino, «conclusión» pura) o piensa más bien que toda norma de derecho positivo posee alguna dosis de «determinación»?*

J. M. F.: Me inclino a pensar que incluso aquellas pocas reglas que son sustancialmente conclusiones o una traducción directa del contenido de una norma moral en el derecho público (entendido en un sentido amplio) demuestran tener algunos elementos de *determinatio*, de un contenido cuasi arbitrario, libre o no conclusivo, al menos respecto a los procedimientos, los castigos y penas, o las categorías formales en las que se pueden clasificar estos tipos de actos. Por ejemplo, que la violación sea un delito o una ofensa seria de clase 1 y no de clase 2, es una determinación.

J. B. E.: *¿Qué ocurre en el caso de los derechos humanos? ¿Podría decirse que son recepciones puras de principios morales?*

J. M. F.: El concepto de derechos humanos es ahora un término cuasi técnico. Como abogados, sabemos que los derechos humanos se encuentran formulados en declaraciones de derechos o en convenciones de derechos humanos. Cuando vemos estas convenciones o declaraciones, encontramos algunas normas que son sustancialmente conclusiones directas de la moral y también hallamos otras normas de otro carácter, que en su especificidad (incluso antes de ser interpretadas) son en parte conclusiones y en parte determinaciones. Son así, no simplemente en un sentido marginal en relación a procedimientos, clasificaciones y categorías, sino en relación a la opción que hacen por una forma de vida social en vez de otra. Por ejemplo, las doctrinas de la libertad de expresión, proceso equitativo *(fair trial)* o las nociones de libertad de movimiento, de asociación, etc., contienen elementos significativos de conclusiones pero también presentan importantes elementos de opciones que una sociedad realiza.

Por ejemplo, en los Estados Unidos generalmente se sostendrá que la libertad de prensa incluye la libertad de publicar los nombres de las personas imputadas de cometer un delito, así como sus fotografías mientras son arrestados. En cambio, el derecho inglés establece que no se puede tener acceso a un juicio equitativo si los nombres de los sospechosos son publicados en los medios (inminentemente) luego de ser arrestados. Aquí tenemos dos aplicaciones de los derechos humanos a un juicio equitativo y a la libertad de expresión que se encuentran en sustancial conflicto y no creo que una de dichas aplicaciones sea injusta, sino que ambas son claramente determinaciones. La preferencia de una forma de vida con sus costos, sobre otra forma de vida, también con sus costos, constituye una parte significativa de la actual recepción, aplicación y teorización de los derechos humanos. Ahora bien, el ciudadano que lee en el periódico acerca de los últimos fallos sobre derechos humanos, tanto de cortes nacionales o internacionales, generalmente advertirá con asombro (e incluso escepticismo) que es determinado como un derecho humano algo que es contrario a su razonable percepción de la justicia, del significado de culpabilidad, etcétera.

J. B. E.: *¿Cuál cree que es la causa última de la necesidad del derecho positivo o de la determinación jurídica y por qué considera que en algunos casos puede resultar necesaria*

la elección entre opciones morales correctas? Más específicamente: ¿piensa que esto puede ser necesario por un problema de tipo epistemológico o, más bien, de tipo ontológico?

J. M. F.: Me siento más inclinado hacia la segunda opinión que podría decirse que sostiene que hay modos razonables de vivir en sociedad que son incompatibles entre sí y, por tanto, debemos elegir uno o el otro, pero no ambos. La estructura de la realidad, por su parte, es tal que no podemos encontrar una consideración racionalmente decisiva que defina la cuestión. Y la estructura relevante de la realidad incluye, creo, principalmente nuestra ignorancia acerca del futuro, debido al carácter contingente de este último. En otras palabras, no podemos prever qué consecuencias resultarán en el largo plazo de un patrón particular de acción, de una práctica, de una costumbre o de la ley. Si pudiéramos hacerlo, los juicios que haríamos no serian más determinaciones, sino que ya encontraríamos la verdad sobre lo bueno y lo correcto.

Al no poder prever el futuro, lo que hacemos es afirmar que: «este curso de acción o esta forma de vida conlleva ciertos riesgos». Hablamos de riesgos porque los costos y las desventajas generalmente no son precisas o ciertas. Esos riesgos son parte de una función (en el sentido matemático de la palabra) en la que se tienen en cuenta la gravedad de las malas consecuencias (como la muerte, las lesiones graves, las lesiones) y también la probabilidad de que dichos riesgos ocurran. Así, por ejemplo, la gravedad de la muerte es muy alta pero la probabilidad de que ocurra puede ser muy baja. Sucede, entonces, que tenemos estos elementos inconmensurables hasta en las decisiones más simples. Por ello, no se trata de una cuestión de juicio sino de una cuestión (parcial o sustancialmente) de elección. Una comunidad puede elegir prohibir todo tipo de tráfico motorizado que exceda los cinco kilómetros por hora para evitar cientos de miles de muertes y lesiones graves, pero el costo de aquella decisión sería muy alto, ya que implica la pérdida de movilidad, de intercambio entre las personas, de actividad económica, etc. La comunidad, por tanto, también puede razonablemente aceptar esos riesgos en vista de sus beneficios. Una vez que tal decisión ha sido tomada, los criterios de justicia dentro del marco de dicha elección se vuelven más o menos una cuestión de juicio o de prudencia parlamentaria. Pero esos juicios no sirven o no pueden ser transferidos a la otra opción de decisión. Sucede que las razones no determinan por completo la respuesta y, por ello, hay algo de arbitrariedad al momento de elegir entre una opción y la otra, aunque en cada caso la elección es tomada por razones inteligibles. Dicho de otro modo, en este caso la respuesta sobre lo que sería más deseable en parte se encuentra indeterminada por la razón y, por tanto, sólo contaríamos para decidir esto con preferencias que no son completamente razonables y que pueden responder a criterios emocionales o estéticos. En definitiva, esta estructura general que he ilustrado con este ejemplo muy simple se introduce o atraviesa profundamente los sistemas jurídicos y, de un modo análogo, los desarrollos doctrinales más sofisticados.

Por otra parte, ésta parece ser la respuesta de Tomás de Aquino a esta cuestión. Me refiero a ello en algunos pasajes de mi libro sobre Aquino. Él sostiene que éstas son cuestiones de *aestimatio*. Aquino sabe suficiente derecho romano como para conocer la institución de la *aestimatio*, que en muchos casos requiere del juicio de un experto que puede ser designado a los fines de una particular *litis inter partes*. Incluso, puede ser que la *aestimatio* haya tenido algunos caracteres de la teoría aristotélica para la que en algunas cuestiones particulares el juicio de los sabios ha de ser seguido, siendo

esto compatible con la noción de que existe una verdad sobre el asunto. No obstante, también creo que esto es compatible con el pensamiento de Aquino (en el contexto que lo dijo), que sostiene que no existe una única verdad entre un espectro significativo de opciones legislativas. La forma en la que habla sobre la categoría de la *determinatio* en las cuestiones 95 y 96 demuestra que las determinaciones obtienen su fuerza del derecho positivo. Si bien dicha fuerza deriva de la Ley Natural, su derivación tiene un grado de libertad que se puede afirmar que las determinaciones tienen toda su fuerza del hecho de haber sido elegidas. Creo que esto indica que Tomás de Aquino tenía noción del problema.

No obstante, el contraste entre el problema epistemológico y el ontológico no es claro. La pregunta que cabe realizar debería ser: ¿cómo podemos saber? La respuesta es que, en realidad, no podemos saber. Entonces, se trata tanto de una cuestión epistemológica como ontológica.