

# BENTHAM Y EL DERECHO NATURAL CLASICO<sup>1</sup>

J. M. FINNIS, M. VILLEY Y M. EL SHAKANKIRI<sup>2</sup>

## A. UNA OBRA RECIENTE SOBRE BENTHAM

*Mohamed El Shakankiri, La philosophie juridique de Jeremy Bentham. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, X, (463 pp.).*

Esta interesante obra se apoya sobre el bien fundado principio de que "el mejor modo para explicitar y explicar la filosofía jurídica de Bentham es el que arrojará, en primer lugar, la luz de su filosofía general" (p. 32). Las grandes líneas de esta filosofía general se encuentran en el volumen VIII de la antigua edición de las obras de Bentham, editadas por Browning, volumen éste largo tiempo ignorado por los numerosos comentaristas de la filosofía jurídica y política de Bentham. El Shakankiri ha consagrado, por tanto, la mitad de su libro a una exposición de la ontología de Bentham (lo cual comprende su antropología y su teoría del conocimiento). La intención general que preside esta exposición es la de confrontar "la filosofía clásica y la filosofía moderna" (p. 8). El Shakankiri entiende por "filosofía clásica", "la filosofía aristotélico-tomista", expuesta particularmente por Bourgey, Gilson y Villey. Y es la enseñanza de Villey la que, en la segunda parte de la obra, dirige la confrontación con la teoría del derecho de Bentham.

---

<sup>1</sup> Publicado en lengua francesa en *Archives de Philosophie du Droit* (APD), ed. Sirey, Paris, 1972, 423-436. Versión castellana de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas.

<sup>2</sup> N. del T.: A pesar de la fecha de aparición de este artículo, pensamos que la importancia de las cuestiones que aquí se debaten, el hecho de que éstas todavía permanezcan abiertas y la claridad con la que los principales interlocutores de este "diálogo a tres voces" exponen sus ideas, justifica con creces la traducción que ofrecemos.

Los aspectos debatidos son, a nuestro juicio, dos: a) la juridicidad o moralidad de la teoría de la Ley en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, y b) la posibilidad de inferir juicios de valor a partir de la sola consideración especulativa de la realidad, esto es, la célebre polémica en torno de la "falacia naturalista".

Mencionar la bibliografía existente sobre ambos extremos des-

La tesis de El Shakankiri se resume de un modo sorprendente en la última página: "Bentham *no es un filósofo del derecho*", sino uno de los "ideólogos de la economía política" (p. 431).

Nosotros compartimos el criterio de El Shakankiri en el sentido de que Bentham, efectivamente, no es un filósofo. El es, más bien, un "*philodoxe*" (ya Platón había identificado y nombrado esa clase de espíritus y nosotros no vemos por qué Maritain ha considerado necesario inventar el término, menos expresivo, de *idéosophe*).<sup>3</sup> Lamentamos, no obstante, que el autor haya apenas indicado la doctrina fundamental de Bentham según la cual ciencia y sabidu-

---

bordaría el propósito de esta nota. Por ello, y teniendo presente que en esta oportunidad la confrontación se reduce al pensamiento de Finnis y de Villey, creemos más oportuno señalar algunos de los trabajos que estos autores han dedicado a los aspectos aquí debatidos. Así, el profesor de Oxford expone sus ideas fundamentalmente en *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, New York, 1980. Si bien esta obra lamentablemente no ha sido traducida al castellano, existen en nuestro conocimiento tres reseñas que pueden ayudar al estudioso a introducirse en el pensamiento de este su generante iusfilósofo. Son ellas la de Guido Soaje Ramos, en *Ethos* 10-11 (Instituto de Filosofía Práctica, Buenos Aires), 1984, 344-369; la de Carlos José Errázuriz Mackenna en *Revista de Derecho Público*, 35-36 (Santiago de Chile), 1984, 149-160, y finalmente, la de Francisco J. Laporta en *Anuario de Derechos Humanos*, 3 (Instituto de Derechos Humanos, Madrid), 1985, 705-716. Por su parte, el hoy catedrático emérito de la Universidad de París se ocupa de estos aspectos prácticamente en toda su prolifera obra. Citemos solamente su *Philosophie du Droit*, I, Dalloz, París, 3ª ed., 1982, y II, 2ª ed., 1984 (traducción castellana por Eunsa, Pamplona: el t. I, en 1979, y el II, en 1981); *Questions de Saint Thomas sur le Droit et la Politique*, Puf. París, 1987, y varios artículos entre los que cabe mencionar "De la laicidad del derecho según Santo Tomás" incluido en el volumen *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1981 (traducción de Silvia de Napoli). Finalmente, sobre la cada vez más creciente fortuna histórica de Bentham, puede consultarse —además de la obra de El Shakankiri que motiva esta polémica— el reciente estudio del profesor Carlos Ignacio Massini Correas *Utilitarismo y derechos humanos, La Ley* (Buenos Aires), 8/2/88, 1 ss., con abundante bibliografía entre la que se incluyen trabajos de los tres interlocutores de este artículo.

Una última aclaración: la traducción del texto de Finnis se realiza sobre la base de la versión francesa que, del original inglés, realizara el profesor Georges Kalinowski.

<sup>3</sup> N. T.: *Philodoxe* podría traducirse como amante o amigo de la opinión; *idéosophe* como amigo de la ideología.

ría son conjuntos subordinados al "bienestar de los seres sensitivos", bienestar cuyos seres son meras fuentes o instrumentos (y que la ciencia es solamente una rama del arte de la eudemonía (Browning, vol. VIII, pp. 129, 222, 233, 82, etc.). Es difícil imaginar una alteración más completa y un rechazo más absoluto a la filosofía tal como la entendían Platón, Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Y, naturalmente, esta cerrazón del espíritu de Bentham a la pura admiración (*admiratio*) es la causa de su eliminación humanista del *summum bonum*; de su hedonismo egoísta (y a raíz de su utilitarismo la abismal incomunicación que existe entre la "opción por uno mismo" y el "bien común") e, incluso, tal vez, de su materialismo y de su mecanicismo (señalado por El Shakankiri). Pero más que por el presente trabajo crítico, el lector se convencerá de que Bentham fue un espíritu profundamente a-filosófico ya por las primeras páginas (digamos) de su *Principles of Morals and Legislation*.

En lo que respecta a la segunda parte de la conclusión de El Shakankiri no nos resulta fácil estar de acuerdo con la crítica a Bentham a raíz de la neta oposición que el autor realiza de "filosofía del derecho" y "economía política". Esta oposición está fundada (ver p. 245) a partir de la tesis sostenida por Villey, según la cual para Aristóteles y Santo Tomás "el objeto del derecho es el reparto de bienes" y la tarea del jurista y del arte del derecho es la "relación justa" y no lo "útil".<sup>4</sup> El Shakankiri piensa que Bentham "da a la palabra derecho, dos definiciones" (p. 275). Conviene recordar, sin embargo, que Bentham en modo alguno define la palabra "*derecho*" ya que es un anglo-sajón y en el pasaje aludido por el autor en la p. 275, Bentham habla de *law*. Ahora bien, los anglo-sajones tienden a creer que la palabra *law* está ligada a la palabra *lex*. Y el anglosajón que lee a Santo Tomás tendrá la impresión (aún después de haber tomado conocimiento de los muy valiosos trabajos de Villey) que Santo Tomás define la *lex* por referencia no al *ius* ni al *id quod iustum est* sino *ad bonum commune*; que en Santo Tomás no hay "oposición capital... entre *derecho* y *ley*" (como lo sostiene Villey en A.P.D., 1961, p. 25) sino que más bien entre la *ley* que regula el orden de las sociedades y el "derecho que es su resultado" existía, "para los clásicos", "una relación tal que a la ocasión los dos términos eran confundidos y tomados el uno por el otro" (como lo dice Villey

---

<sup>4</sup> N. T.: En realidad, Villey, también incluye esta última noción dentro del concepto de derecho. Vid. a ese respecto *Une définition du droit*, en *Seize Essais de Philosophie du Droit*. Dalloz, Paris, 1969, 15 ss.

en A.P.D., 1968, p. 217); que la *lex est quaedam prudentiae regula* y que *finis humanae legis est utilitas hominum* (¡a pesar de que, tal vez, no sea la utilidad de Bentham!); que la *aequalitas proportionis* es solamente uno de los tres aspectos bajo los cuales se debe apreciar la justicia o injusticia de las leyes, siendo los dos restantes la *utilitas communis* y la *commissa potestas* del legislador (I-II, q. 96 4c) y que si el papel del jurista es estudiado en algún sitio, ése es en el tratado *de lege* (cfr. I-II, q. 95, art. 2 ad. 4) y no en el *de iure et iustitia*. En otros términos: el lector anglo-sajón se siente verdaderamente abochornado cuando El Shakankiri insiste, siguiendo a Villey, que la *filosofía del derecho* es, en realidad, un estudio más restringido que aquel que Bentham y sus sucesores habían proyectado. Acaso, sería atinado preguntar: ¿Hay una “filosofía jurídica aristotélica-tomista”, en el sentido que Villey da al término “jurídico”?

Nuestras dudas relativas a esta parte de la confrontación emprendida, por El Shakankiri contra Bentham van, empero, más lejos: “La ley natural “clásica” consiste no tanto en una regla consciente sino en un orden a descubrir, a redescubrir por la observación de los cambios continuos del ser. Ella no serviría, por tanto, de premisa al razonamiento de los juristas” (p. 226). A esto el autor agrega: “La sola regla inmutable de la ley natural se reduce, para el autor de la *Summa*, a un principio vago y formal: *bonum faciendum, malum vitandum est*” (I-II, q. 94, arts. 2, 4, 5). Ahora bien: nosotros estamos obligados a decir que esta puntualización parece ser contradicha por el texto de cada uno de los artículos citados: “*quantum ad prima principia legis naturae, lex naturae est omnino immutabilis*” (art. 5). Más todavía: la afirmación según la cual la ley natural no provee a los “juristas” las “premisas” de sus “razonamientos” es manifiestamente contradicha por la I-II, q. 95, art. 2c. Pero la más importante es la pretensión del autor por lo que afirma que la ley natural se descubre “en las cosas”, “mediante la observación” (p. 226); que se trata de observar el derecho “en las cosas mismas, en las relaciones exteriores de los hombres y de los seres y de descubrir, a partir de las experiencias de los grupos y de las sociedades naturales, el deber-ser y las normas de acción” (p. 74; ver también: pp. 31, 71, 76, 254, n. 57, 268, 367, 394...); pretensión que deja al lector en un atolladero en relación a dos puntos fundamentales: 1) ¿Cómo El Shakankiri y su maestro se sienten autorizados a transportar las enseñanzas de Aristóteles y de Santo Tomás concernientes a la *razón práctica*, sobre el terreno difuso, no diferenciado y sobre todo especulativo de la noción de “observación”?; 2) ¿Cómo El Shakankiri respondería a la crítica de Hume (que impresionara a

Bentham-Browning, vol. VIII, p. 218 y, por lo demás, a todo el mundo anglo-sajón) a los filósofos que pretenden hacer derivar (¿“descubrir”?...) el deber ser y las normas de acción de la “observación de las relaciones exteriores”?

Pero, ¿qué hay del segundo término de “la gran confrontación”, esto es, de la interpretación que del propio Bentham da nuestro autor? A este respecto, lamentablemente es necesario decir que si la presentación de la “filosofía general” de Bentham es, en sus grandes líneas, y en lo esencial, correcta, casi todos los detalles de análisis y más precisamente, los comentarios de los textos benthamianos son —en la primer parte del libro— tan defectuosos que es necesario prevenir al lector que la segunda mitad del libro es, de todo punto de vista, muy superior a la primera y, más todavía, que ella es realmente digna de confianza.<sup>5</sup>

Pasando a la segunda mitad de la obra, observamos que el autor defiende una tesis interesante, enunciada de diversas maneras y en distintos contextos. En su forma más extrema, ella expresa que Bentham se pronuncia en favor del nominalismo. ¿Por qué? Porque “para criticar la concepción aristotélica del fin del derecho es neces-

---

<sup>5</sup> Indico sólo los aspectos principales: a) traducciones manifiestamente incorrectas: p. 53, n. 4; p. 54, n. 6; p. 56, n. 14; p. 58, n. 22; p. 65, n. 46; p. 91, n. 55; p. 94, n. 67; p. 119, n. 152; p. 195, 83; b) ideas atribuidas a Bentham a raíz de citaciones mal comprendidas, mal citadas o seguramente fuera de contexto: la imputación de kelsenianismo (p. 19): “en el movimiento de los cuerpos naturales (no existe) ninguna cualidad normativa” (p. 65, cf. p. 63, n. 40); “el primer móvil es una cosa que no tiene existencia” (p. 69); “el espíritu es una propiedad de la materia” (p. 93); “la cosa que tenemos por conocer no puede ser sino material” (p. 98); “su teoría de las cuantificación de todas las cualidades” (p. 197; p. 101; p. 176); Bentham “asimila las sensaciones... a las entidades reales físicas” (p. 119, cf. p. 94); “la filosofía se ha esforzado en inventar voces “neutras” “conjoined with the use of neutre” —como expresa Bentham— para reemplazar los términos antiguos” (p. 162); “las calidades segundas no pertenecen como las calidades reales... a las cosas a las que son atribuidas” (p. 174); “la calidad de hombre no es una calidad real” (p. 174-5); “el método de la “*phraseoplerosis*” no es sino una aplicación generalizada de la arquetipación sobre una proposición o frase entera” (p. 200: aquí y en otros lugares “*phraseoplerosis*” se encuentra confundida con la mucho más importante expresión de “*parapraxis*”). Esta lista no menciona los supuestos donde la traducción o la interpretación adoptada por el autor, bien que libre, parece, al menos, discutible. N.T.: *Phraseoplerosis* podría traducirse como “plenitud de la frase”.

rio... *elegir* otra filosofía cuyos principios coincidiesen, a la vez, con las necesidades económicas de la Europa de su tiempo y con las tesis benthamianas sobre las condiciones necesarias del desarrollo económico" (p. 394 —el subrayado es nuestro— ver también, p. 417). Enunciada de manera más moderada, ella expresa que Bentham se encontraba (inclinado hacia el nominalismo) "por su voluntad de ser "científico" y de servir a la necesidad de seguridad y de previsibilidad de la clase de los propietarios y de los comerciantes" (p. 426, el énfasis es nuestro). Esta última versión de la tesis *subexamine* es más defendible porque El Shakankiri no da ninguna razón para pensar que Bentham no haya sido un intérprete nominalista y materialista del método resolutivo-compositivo antes de devenir en un ideólogo de la economía burguesa liberal. Pero la tesis es aún más interesante cuando El Shakankiri argumenta (pp. 14, 16, 261-266) que el valor de la seguridad es el nexo que une, de un lado, la ética de Bentham y su ciencia de la legislación y, de otro, su análisis reductivo, aparentemente *wertfrei*,<sup>6</sup> de la ley y de los conceptos jurídicos: "Bentham construye el orden jurídico positivo, demuestra su unidad, su formación jerárquica por grados a partir de una norma 'principal'", es decir, "el valor de la seguridad" (p. 19). Empero, la referencia de El Shakankiri a la "formación jerárquica por grados" (cf. pp. 267 y 268), que él atribuye a Bentham es discutible. Lo es también la pretensión (p. 302) de la correspondencia que, a juicio del autor se encuentra entre la "norma principal" benthamiana y las reglas "primeras" de H.L.A. Hart.

A nuestro juicio, sólo la pretensión fundamental que afirma que "la jurisprudencia analítica" se apoya implícitamente sobre la suposición de un único valor de la ley (a saber sobre el valor "seguridad") es una idea que como resultado de la meditación de este libro considero importante, defendible y sugestiva.

J. M. Finnis, University College, Oxford

---

<sup>6</sup> N. T.: En alemán, en el original. *Wertfrei*: libre de valores.

## B. SI LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO PARA SANTO TOMAS ES UNA TEORIA DE LA LEY. *Michel Villey*

Una vez más he de denunciar lo que creo es una *confusión* entre la *ley* —regla de conducta— y el *derecho* como arte del justo reparato. Confusión presente durante mucho tiempo en los viejos imperios orientales, en el mundo judío y estoico y de la cual los estudios de Aristóteles nos han liberado, pero en la que, más tarde, cayó el clericalismo medieval (mezclando el derecho heredero de Roma, con la torah bíblica de la Sagrada Escritura); luego el racionalismo moderno y, finalmente, nuestro positivismo jurídico.<sup>7</sup> Esta vez la negativa de pensar el derecho independientemente de la ley nos viene de la pluma del profesor Finnis, aureolado del prestigio del pensamiento inglés. Los ingleses, en efecto, no podrían conocer sino una *philosophy of law*<sup>8</sup> y al encontrarse la *law* —al menos después de Hobbes— unida a la noción antigua de *lex* (lo que, a pesar de todo, no impone la etimología), ellos no consentirían en ocuparse sino de *legal systems*<sup>9</sup> y el derecho (*ius*) habría desaparecido por decisión de la autoridad universitaria británica.

Un francés se encuentra inerte frente a este argumento de especie insular. Yo no responderé más que a tres críticas que me dirige directamente mi eminente colega inglés y que tocan puntos históricos relativos a la doctrina aristotélico-tomista:

1º Si habría que creer a Finnis "*the Anglo-Saxon who reads St. Thomas will have the impression... that in St. Thomas there is no 'opposition capitale... entre droit et loi'*"...

Yo, en modo alguno, pensaba que de la *Summa* existiese una interpretación específicamente británica. Pero, en verdad, británica lo es muy poco. Así, en línea con una pereza universal que nos inclina a no pensar sino con las familiares categorías *modernas*, la tesis de Finnis en el sentido de que Santo Tomás confundiría el *ius* y la *lex* tiene, dentro del ámbito neo-tomista, numerosos representantes en el continente. Esta tesis se encuentra en todas partes. Ella es, con diferencia, la más conocida. Yo no la estimo menos insostenible.

Santo Tomás ha tratado de la *lex* en un lugar de la Suma distinto y bajo una perspectiva muy diferente a cómo se ocupa del *ius*. Y la *lex*, tal y como él la presenta en la q. 90 y ss. de la I-II es defi-

---

<sup>7</sup> Cf. nuestra obra sobre la *Formation de la pensée juridique moderne*, Editions Montchrestien, Paris, 1975.

<sup>8</sup> N. T.: En inglés, en el original.

<sup>9</sup> N. T.: En inglés, en el original.

nida como "dirección de la conducta humana";<sup>10</sup> imperativa, permisiva o prohibitiva;<sup>11</sup> ella tiende a "hacer a los hombres buenos"<sup>12</sup> y (el propio Finnis lo puntualiza) a dirigir los actos de los hombres hacia el "bien común", la felicidad, la beatitud.<sup>13</sup>

En cambio, Santo Tomás no dedica al *ius* (en su Tratado, no de la ley, sino de la justicia) más que una sola *quaestio* (la 57), siendo las cuatro siguientes sobre la justicia (58 a 61) indispensables para su correcta interpretación. En la *quaestio* 57, artículo primero, el *ius* en absoluto es definido como ley, sino como una cosa, *res iusta* "lo que es justo" (según la fórmula del Digesto)<sup>14</sup> o, si algún desorden sobreviene que sea necesario reparar, es una obra (*opus*) un estado de cosas a realizar por el juez. En general, el *ius* es el "objeto de la justicia" y la justicia tiene por *objeto* que cada cosa esté donde corresponda. Si se trata de la justicia en sentido estricto (o "particular") el derecho "consiste en una *proportio*"<sup>15</sup> entre las *res exteriores* repartidas entre las personas —lo que yo traduzco por buen reparto de bienes y cargas<sup>16</sup> entre los miembros de la comunidad política— (q. 58, 59, 61). El *ius* es una realidad justa, una relación conveniente.

En la parte final del artículo y respondiendo a una objeción extraída de un texto de San Isidoro que confundía el *derecho* romano con la *ley* bíblica, Santo Tomás incluso toma la precaución de denunciar expresamente esta confusión lingüística. Pero: ¿no era ello ya manifiesto? ¿No era claro que *lex* y *ius* suponen dos registros distintos? ¿Cómo diantres puede nuestro británico fundamentar su "impresión" de que Santo Tomás no distinguiría estos dos términos?

---

<sup>10</sup> I-II, q. 90, a. 1 (*regula... actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur*). Cf. Contra Gentiles, III.114 (*regula operandi*)

<sup>11</sup> Q. 92, a. 1. Cf. para la *lex humana*: q. 96, a. 3 y 4.

<sup>12</sup> Q. 92, a. 1.

<sup>13</sup> Q. 90, a. 2.

<sup>14</sup> D. I, 11. Cf. Comentario a la *Ética*, 1. V, lección XII, par. 1017. *Idem iuristae nominant ius quod Aristoteles iustum nominat*. Lo justo es un medio en las cosas: *medium rei* (q. 57, a. 2; q. 58, a. 10).

<sup>15</sup> II-II, q. 58, a. 10: *proportio unius rei ad alteram... Consistit in quadam proportionis aequalitate rei exterioris ad personam exteriorem*; q. 58, a. 4: *considerare proportionem unius ad alterum*; q. 59, a. 2: *objectum iustitiae est aliquid aequale in rebus exterioribus*; q. 59, a. 3: *proportionem*; etc. . .

<sup>16</sup> *Damna o lucra* (q. 58, a. 11).

Pero tampoco puede Finnis aludir a los textos del Tratado de las leyes donde la voz *ius* es impropriamente empleada en lugar de *ley* ya que esos textos son extraídos ya del Decreto de Graciano; ya del decadente sincretismo entre la cultura bíblica y el lenguaje de los juristas romanos practicado por San Isidoro; ya de las remisiones que a las fuentes estoicas realizara Cicerón.<sup>17</sup> En todos estos supuestos Santo Tomás respeta la lengua de sus autoridades pero es de resaltar que en casi todos los casos, él indica las correcciones que corresponden conforme a su sistema lingüístico.<sup>18</sup>

2º De allí han de proceder nuestras restantes divergencias. Finnis no puede admitir que el derecho natural clásico (es decir, ese de Aristóteles, de Santo Tomás y de la mayoría de los juristas romanos) se extraiga del espectáculo de la naturaleza, de la "observation": "The claim that classical natural law is found 'dans les choses' 'par l'observation'... this claim leaves the reader puzzled"...

A esta proposición central de las doctrinas del derecho natural, que en el ser se puede encontrar el derecho, Finnis se contenta con oponer, dogmáticamente, su filosofía personal: la separación absoluta, de tipo kantiano en modo alguno tomista,<sup>19</sup> entre la razón especulativa y la pura razón práctica y la pretendida ley de Hume, la cual, según Finnis, habría "impressed... the whole modern anglo-saxon world"... Muy llamativo... Lo lamento, pero Santo Tomás no se encontraba afectado por la ley de Hume, tan criticable y criticada, al menos en el continente.<sup>20</sup>

Por tanto, nuestro autor, siempre fiel a su punto de partida legalista, quiere que el derecho, necesariamente derive de la ley (lo que es una manera de reducir el derecho a la ley). El llegará incluso hasta a hacerme el honor de citar en su apoyo un pasaje de mi

---

<sup>17</sup> I-II, 91, 3; 94, 4; 94, 5; 95, 4. La fuente de Santo Tomás parece ser el Decreto de Graciano (D. I ss.), al cual Isidoro ha transmitido sus consabidas confusiones. En buena lógica, los textos que extrae del *Comentario de las Sentencias* no deben tenerse en consideración ya que Santo Tomás aún no había descubierto la doctrina del derecho de Aristóteles.

<sup>18</sup> Cf. por ejemplo q. 94, a. 4; q. 95, a. 4. En esas respuestas, Tomás corrige a Isidoro, reestableciendo la voz *lex*, salvo en uno de los textos de la q. 95, a. 4.

<sup>19</sup> I, q. 79, a. 11 (*intellectus speculativus per extensionem fit practicus*), etc.

<sup>20</sup> Cf. especialmente las obras de Carcaterra, sobre la pretendida *Falacia naturalística* y el capítulo preliminar del libro de Gardies.

artículo sobre Hobbes donde el término ley está tomado en una acepción diferente: porque es verdad que si entendemos por esta palabra el plan divino gobernando el orden del cosmos (y, por tanto, el orden de las sociedades), el derecho natural será el efecto de esa suerte de ley no escrita, sin que, sin embargo, podamos, en modo alguno, *deducirlo* de ésta, ya que esta ley nos es desconocida.

Por otra parte existen soluciones de derecho *positivo* que proceden de reglas escritas: en ese sentido, Santo Tomás observaba que la *constitutio scripta* puede ser una de las "razones" del derecho: *aliqualis ratio iuris* (q. 57, 1).<sup>21</sup>

Pero tomemos el término de ley en el sentido de regla de conducta, tal como la presenta Santo Tomás en el *Tratado de las Leyes* (I-IIae.): ¿Cómo es la *ley natural*, regla moral racional, que él describe en el Tratado de las Leyes? Aquí, no existe más relación de dependencia entre la ley y el derecho. Desde luego, Santo Tomás reconoce que pueden existir interferencias —que él nombra "*comunidades*"—<sup>22</sup> entre estas dos realidades. Así, en su estudio de la Torah judía (I-II, q. 99, 4; 104; 108, 3) él ha demostrado que un cierto contenido jurídico se encontraba inconscientemente incluido en los "preceptos" llamados "judiciales" (*iudicialia*) de esa ley antigua.

Pero, precisamente, la novedad de la doctrina de Aristóteles y de la ciencia jurídica romana es que el *derecho* (*dikaion-ius*) que el análisis del estagirita ha sabido ubicar en un lugar distinto, se ha apartado de la regla de conducta moral. Yo reenvío aquí al análisis aritotélico-tomista de la "justicia particular" en el sentido estricto de la palabra. Mientras que la "justicia legal",<sup>23</sup> era de parte del individuo, cumplimiento de la ley moral, la "justicia particular" es, de parte del juez, búsqueda de la *igualdad*, igualdad proporcional. Es claro que la ley moral, que dicta la conducta del individuo, no tiene, en absoluto, por función medir esta *proporción* que busca el juez *entre* los individuos. Para las "determinaciones"<sup>24</sup> del derecho, es necesario buscar no la ley moral sino otra fuente.

---

<sup>21</sup> Lo que no es posible con el derecho natural: *Legis scriptura ius naturale continet sed non instituit... lex scripta non dat robur iuri naturali* (II-II, q. 60, 5). Y el derecho natural no puede tampoco ser una "conclusión" de los principios de la ley natural sino una determinación que procede de fuentes propias (comm. Eth. V par. 1023; I-II, 95, 2; 99, 4; etc...)

<sup>22</sup> I-II, q. 99, a. 4: *praecepta iudicialia communicant in aliquo cum moralibus*.

<sup>23</sup> II-II, q. 58, 5; 59, 7; etc.

<sup>24</sup> I-II, 95, 2; 99, 4; 104, 1. Este concepto de *determinatio* sirve,

Si Santo Tomás ha escrito, en el *Tratado de las Leyes*, que la ley humana (ella misma ley de moralidad) es en parte una conclusión de la ley natural moral (I-II, q. 95, 2), Finnis debe tenerlo en cuenta puesto que el aquinate nunca ha dicho algo semejante del derecho. En el *De iure* (II-IIae, q. 57 ss), el único camino que él nos indica para el descubrimiento del derecho natural o del *ius gentium* es el de considerar las cosas, la naturaleza de las cosas: *consideratio rei*.<sup>25</sup> ¿nos equivocamos, entonces, al traducir eso por observación de lo real?

3º Tercera y última objeción: Finnis considera que si tomamos la palabra derecho (*ius* o *dikaion*) en este sentido estricto, encontraremos muy poca filosofía del derecho en Aristóteles y en Santo Tomás: *The anglo-saxon reader... will be inclined to ask: Is there, in reality, a "philosophie juridique aristotelicienne-thomiste", if "juridique" is understood in M. Villey's sense?*

La observación de Finnis resulta en buena medida justificada por razones muy evidentes: al menos en un tratado de moral, como es la *Ética a Nicómaco* —a fortiori, en una Suma Teológica— no se puede esperar un gran desarrollo de la noción de derecho. Lo sé: Santo Tomás se ocupa mil veces más de la virtud interna de la justicia, o del actuar justo, de las *operationes justae*<sup>26</sup> que del derecho (*de iure*). En la visión global del mundo que busca el filósofo, el derecho en sentido estricto es poca cosa. El filósofo o el teólogo no le consagra sino pocas páginas.

Sólo que esas pocas páginas son definitivas: esas de Aristóteles en el libro V de su *Ética a Nicómaco*; ese golpe de genio, ese admirable análisis del lenguaje vulgar gracias al que, de la justicia legal distingue lo justo en sentido específico —lo justo como virtud subjetiva, la conducta justa— y de la conducta justa, del "actuar

---

en Santo Tomás, para marcar, a la vez, la relación y la distinción entre ley general y derecho.

<sup>25</sup> *Considerare rem-consideratio*; términos insistentemente repetidos: Cf. II-II, q. 57, 3; 57, 4; 58, 4; 60, 1: (*rectum iudicium in hoc consistit quod vis cognoscitiva apprehendit rem aliquam secundum quod in se est. Sicut in speculo...*). El derecho natural debe extraerse, en efecto, *ex ipsa natura rei* (57, 2). N. del T.: La cita que acompaña a la q. 60, a. 1 no se corresponde con el texto original de Santo Tomás transcrito en la clásica edición bilingüe de la B.A.C., T. VIII, Madrid, 1956, que hemos consultado al efecto.

<sup>26</sup> La materia de la justicia puede ser, en efecto, situada ya en las *operationes exteriores* (punto de vista de la moral), ya en las "*res exteriores*" (punto de vista del jurista: II-II, q. 58, 8; 61, 3).

justo", la *cosa*, el derecho, *dikaion*. Todo lo cual fue admirablemente transmitido por Santo Tomás al *De iure*. He ahí lo que, a nuestro juicio, es el fundamento de una filosofía del derecho.

El derecho de ésta se encuentra en otros lugares: en la *Política* de Aristóteles o en su *Retórica*. Y más todavía en el *Digesto*; en la doctrina de los juristas romanos, medievales o contemporáneos y aún en los juristas anglo-sajones, que han conservado el *Common Law*. Y en tal sentido, los ingleses no se ocuparon, por preterición, de la gran tradición romano-clásica del derecho natural. Por mi parte, yo tendría la "impresión" que pocos juristas han guardado tan fielmente el espíritu de Aristóteles y de Santo Tomás como algunos ingleses: *Coke* contra *Hobbes*; *Burke* contra *Bentham*. Creo, pues, que el lugar no debe tenerse en cuenta: estos problemas son universales.

Uno de los méritos capitales de la obra de El Shakankiri fue el de mostrarnos que Bentham, antiguo abogado, alumno del aristotélico obispo Sanderson, tuvo que medirse durante mucho tiempo con esa tradición clásica aun viva en su país. Por supuesto, Bentham fue legalista; él optó por el positivismo jurídico. Pero él todavía debía *debatir*, lo que, a nuestro juicio, hace al interés filosófico de su doctrina. Nuestro distinguido colega de Oxford se abstiene de toda incursión fuera de su propia costumbre lingüística. Yo sospecharía, en consecuencia, que no ha encontrado el verdadero interés del libro que comenta.

### C. PUNTOS DE DESENCUENTRO. *Mohamed El Shakankiri*

Resulta difícil satisfacer (del mismo modo que lo ha hecho Villey en relación a Santo Tomás) la invitación que me formula la redacción de los *Archives* a fin de discutir las opiniones de nuestro eminente contradictor sobre la filosofía de Bentham. Y en tal sentido, pensamos que lamentablemente, Finnis nos obliga, más que a dialogar, a defendernos; este autor, en efecto, pese a concordar con los principios y las grandes divisiones de nuestro libro, condena los detalles y, a menudo, de forma muy dura.

Así, brevemente, señalemos que no comprendemos cómo si casi todos los detalles de una obra son falsos e incorrectos, el conjunto de la obra es *fundamentally correct*. Pero dejemos eso de lado. Lo único que podemos hacer es afrontar la discusión que Finnis nos sugiere —sin haberla asumido más que por preterición— al menos con algunos de la veintena de textos mencionados. Escogeremos, entonces, por cada rúbrica incriminada, dos ejemplos al azar, de mo-

do que la confrontación de los pasajes de Bentham con nuestra interpretación permitirán tener al lector una idea objetiva. Responderemos, finalmente, a algunas otras objeciones realizadas al texto.

### I. Ejemplos de traducciones "manifiestamente incorrectas"

#### a) Página 65, nota 45

Aquí se trata de explicar la actitud crítica de Bentham en relación a la teoría clásica de las "cuatro causas".

*Texto de Bentham:* "Material, formal, efficient, final: by these terms in the language of the Aristotelician schools... so many different species of causes are considered as designates. Neither incapable of being applied to practices, nor of being ever applied with advantage, these distinctions present, in this place, a just claim to notice".

*Nuestra traducción:* "Material, formal, eficiente y final: en las escuelas aristotélicas se designa por esos términos diferentes especies de causas. Pero debemos señalar que es imposible aplicarlas en la práctica o aun de extraer de ellas ventaja alguna".<sup>27</sup>

#### b) Página 94, nota 67

En este lugar nosotros queríamos mostrar que Bentham asimila las sensaciones o las percepciones sensibles de las penas y de los placeres a las "entidades reales". Por su pertenencia a lo real (en el sentido benthamiano del término), a nuestro entender las percepciones siguen el mismo mecanismo que lo "real".

*Texto de Bentham:* "Substance being a real physical entity-perceptions are real phsyical entities..."

*Nuestra traducción:* Siendo la sustancia una entidad real física, las percepciones son entidades reales físicas".

Confesamos no comprender por qué estas traducciones son

---

<sup>27</sup> N. T.: Dado que la traducción de El Shakankiri es ciertamente libre (aunque a nuestro juicio, no incorrecta), optamos por introducirla a continuación: "Matérielle, formelle, efficiente et finale, on désigne par ces termes dans les écoles aristotéliciennes différentes espèces de causes. Mais nous devons remarquer ici qu'il est impossible de les appliquer dans la pratique ou même de tirer de leur application aucun avantage".

“manifiestamente incorrectas” y en qué ellas parecen alterar el sentido de los escritos de Bentham.

## II. Ejemplos de “ideas atribuidas a Bentham a raíz de citas mal comprendidas, mal citadas o seguramente fuera de contexto”

### a) Página 93

Nosotros habíamos escrito a propósito de una discusión sobre el sentido de la voz espíritu o razón que en el sistema de Bentham “el espíritu es una propiedad de la materia” (cf. igualmente, pp. 89-91).

El contexto del pasaje debe buscarse en el *Essay on Language* de Bentham, cap. VI, intitulado “Analytical view of the matter of thought and internal action; correspondant view of the matter of language”. Allí se estudian las relaciones del pensamiento con los signos del lenguaje. Los signos son convencionales, arbitrarios y no explican, por ellos mismos, la realidad del mundo. Las ideas, por el contrario, siempre reflejan lo real, tal y como es al exterior. Bentham justifica la similitud de ideas simples de todos los hombres por el hecho de que “el espíritu es una propiedad del cuerpo” y que los cuerpos siempre son más o menos parecidos.

*Texto de Bentham* (Browning, VIII, p. 323): “As to the signs, they have been for the most part arbitrary. . . In a very different case are the ideas themselves. These being the furniture of the mind, and *mind being, in fact a property of the body.* . . , the differences between minds, that is to say, the furniture of mind, are not greater than the differences between bodies, etc. . .”<sup>28</sup>

*Nuestra interpretación:* Nosotros interpretamos los textos de Bentham en un sentido materialista. El “cuerpo” al que nos referimos no puede sino ser material porque la metodología de Bentham excluye del dominio del conocimiento científico todo lo que es espiritual (ver pp. 54 ss. de nuestro libro). Esto supuesto, nosotros creemos explicar el pasaje sin sacarlo de contexto y sin abstraerlo —al mismo tiempo— del conjunto del pensamiento benthamiano. Es verdad que Bentham habla del espíritu humano (*of the mind*) pero, a

---

<sup>28</sup> N. T.: En inglés, en el original. Traducimos así: “Así como los signos, en la mayor parte de los casos han sido arbitrarios. . . En un caso diferente se encuentran las ideas mismas. Ellas, siendo los accesorios de la mente, y siendo la mente, *en rigor propiedad del cuerpo*, las diferencias entre mentes, esto es, entre los accesorios de la mente, no son mayores que las diferencias entre cuerpos, etc. . .”.

nuestro entender, Bentham, influido por toda la tradición materialista del siglo XVIII y de Holbach en particular niega en el hombre la existencia de una sustancia incorporeal que tendría un origen distinto al de la materia corporal. "La materia puede pensar", decía Holbach (texto citado por nosotros en la p. 81). "The mind" no era considerada por Bentham como una potencia del alma humana o como un chispazo divino concedido a las creaturas mortales. Ella es, por el contrario, una simple facultad que de alguna manera emerge de la materia y que se forma progresivamente bajo el imperio del deseo y de su saciedad: una "materia sensible" que bajo el efecto de la evolución se transforma en "materia pensante". A nuestro juicio, Bentham es un precursor del evolucionismo de Darwin y de Spencer.

En apoyo de esta interpretación agregamos nosotros muchos textos a los que Finnis parece no contestar.

b) *Páginas 197, 101 y 176: teoría de la cuantificación de todas las cualidades*

Esta teoría es, sin dudas, uno de los pilares de la filosofía de Bentham, por lo que nosotros la hemos estudiado en diversos lugares del libro.

*Nuestra interpretación:* Nosotros sostenemos que, en Bentham, no existe la noción de calidad, en tanto atributo o propiedad sustancial del ser, esto es, en tanto que pertenece a la esencia del sujeto. Según este filósofo las cosas espirituales o inmateriales, tales como la esencia, la forma, el alma, etc. . . , no pueden ser objeto de ningún conocimiento científico, remitiéndose en esto a la ciencia moderna y adoptando como la mayoría de los estudiosos de su tiempo, una visión cuantitativa de la existencia; de la naturaleza de las cosas y de la naturaleza del hombre. Para él existe una suerte de reciprocidad entre las nociones de calidad y de cantidad. Es así que, por ejemplo, Bentham reduce todos los sentimientos humanos (aun los que denotan cualidades espirituales como el amor, la amistad, el patriotismo, la justicia. . . ) a simples sensaciones cuantificables de placeres y de penas: el contenido de la justicia se reduce a los *pleasures of the body seen at distance*,<sup>29</sup> cf., p. 429-430. Toda calidad según Bentham, es reductible a las cantidades, positivas o negativas de las sensaciones.

---

<sup>29</sup> N. T.: En inglés, en el original: "placeres del cuerpo vistos a distancia".

*El texto de Bentham y su contexto:* Los pasajes que justifican la interpretación que nosotros sugerimos abundan. Mencionemos solamente la citación incriminada por Finnis: ella se encuentra en *A Fragment on Ontology*, capítulo II (Browning, VIII, p. 202). Bentham estudia en este lugar las "entidades ficticias de segundo grado", es decir los términos del lenguaje cuyo conocimiento exige un análisis en términos más simples, que se encuentren en relación directa con la realidad sensible (cf., pp. 154 ss, de nuestro libro). Bentham argumenta sobre los dos términos de "calidad" y de "modificación": "Between quantity and quality, a sort of reciprocation, a sort of reciprocal intercommunism may be observed to have place. As we have the quality of a quantity... so has a quantity its quantities (...) Of modification it seems scarcely proper to speak, as constituting or being a fictitious entity different and distinct from quality: the difference between them is rather of a grammatical than of a logical nature". Bentham agrega: "Goodness and badness, of all qualities experienced or imaginable, these are the very first that would obtain names. Interest, desire of pleasure and exemption from pain, being in some shape or other, the source of every thought, as well as the cause of every action"<sup>30</sup>

¿Hemos nosotros, por tanto, llevado al lector a error a causa de citas inexactas o fuera de contexto? La cuestión es de saber si Bentham era o no materialista; y si lo era —como Finnis parece conceder al principio— ¿cuál sino el materialismo filosófico ha de ser la consecuencia de su filosofía materialista?

### III. *Sobre otras críticas*

a) "*El Shakankiri*, escribe todavía Finnis, piensa que '*Bentham da al derecho dos definiciones*' (p. 275), *but it is necessary to recall*

---

<sup>30</sup> N. T.: En inglés, en el original. Podría traducirse así: "Entre cantidad y cualidad, es dable observar un tipo de reciprocidad, de intercomunidad recíproca. Así como poseemos la calidad de una cantidad, ... así, tiene también la calidad sus cantidades. (...) No sería correcto hablar de modificación (esto es) como constituyendo o siendo una entidad ficticia diferente y distinta de la cualidad: la diferencia entre ambas categorías es más bien gramatical que lógica... Lo primero que hemos de notar y que ha de recibir un nombre son las distintas cualidades experimentadas e imaginadas de la bondad y maldad. La utilidad, los deseos de placer y de huir del dolor son de una u otra manera tanto la fuente de todo pensamiento cuanto la causa de toda acción".

*that Bentham does not ever define the word 'droit': he is an Anglo-Saxon, and speaks in the passage discussed by El Shakankiri of 'law'".*

La objeción psicológica sería interesante si Finnis no hubiera leído tan rápidamente nuestro comentario ya que, en la página que él cita, nosotros no estudiábamos un texto de Bentham relativo a una definición del derecho sino que deseábamos encadenar desarrollos anteriores: "Bentham donne *donc* au mot droit deux définitions" de suerte que la continuación concierne a la división benthamiana de la jurisprudencia en dos ramas: "*to ascertain what the law is, to ascertain what it ought to be*". Nosotros habíamos traducido pues, "law" por "droit" en sentido amplio, lo que resulta más familiar a un lector francés.<sup>31</sup>

Esto supuesto, Bentham sabe perfectamente que *ius* no es *lex*: que el derecho no es la ley (cf. *The Limits of Jurisprudence Defined*, ad. Everett, 1945, p. 244, donde él lo escribe en términos propios). Nosotros, además, hemos consagrado todo un capítulo a las definiciones benthamianas del derecho y de la ley (p. 241) de las que esperamos que Finnis pueda convencerse, textos en mano, que Bentham ha definido correctamente el derecho.<sup>32</sup>

b) Por lo demás, Finnis nos imputa ideas que no hemos escrito: de ahí que si bien a nosotros nos parece manifiesta la filiación entre Bentham y Hart,<sup>33</sup> no pretendemos que exista completa identidad entre estos dos autores y que las normas del segundo corres-

---

<sup>31</sup> N. T.: La palabra "*donc*" (por tanto) no aparece en el comentario que Finnis realiza a este texto, omisión que El Shakankiri resalta subrayando esa ausencia en el texto original, lo que nosotros igualmente recogemos ("Bentham da a la palabra derecho, *por tanto*, dos definiciones). La omisión, a juicio de El Shakankiri, es importante porque sirve para conectar esa expresión con los dos modos en que Bentham distingue la jurisprudencia: "lo que el derecho '*es*' y lo que el derecho '*debe ser*'".

<sup>32</sup> Hart, de quien nadie discute que sea un buen conocedor de Bentham, ha discutido en un famoso artículo estas dos definiciones de derecho aludidas: cf. *Proceedings of the British Academy*, vol. XLVIII, 1962, *Bentham: Lecture on a master mind British Academy...* Agregamos también que el estudioso podría remitirse al volumen XI de la edición Browning, pp. CCCXXVIII ss. donde a pesar de la opinión contraria de Finnis, el lector encontrará tres columnas con reenvíos de la palabra "right"...

<sup>33</sup> En tal sentido, vide nuestro artículo *Analyse du langage et droit chez quelques auteurs anglo-saxons de Bentham a Hart*, en *APD*, XV, 1970, en donde procuramos ilustrar este punto de vista.

pondan, en cuanto a su contenido, al primero. Asimismo, Finnis exagera nuestro pensamiento cuando él quiere hacernos atribuir a Bentham la *Stufentheorie*:<sup>34</sup> nosotros, después de Kelsen, solamente repetimos, que "*the orientation of the pure theory of law is in principle the same as that of so-called Analytical Jurisprudence*"<sup>35</sup> (*General Theory of the Law and State*, Cambridge, 1945, p. XV). Opinión tal vez discutible, pero que, entonces, habría que discutir.

Concluamos, pues, esta réplica ya demasiado extensa y que nos deja la amargura de la inexistencia de un verdadero diálogo. Toda crítica enriquece siempre que sea constructiva y justa. Ahora bien: a nosotros nos ha parecido que el comentario de Finnis se equivocaba en lo tocante al sentido de nuestra búsqueda. El libro que él ha leído no es un ejercicio de traducciones literales o literarias de las obras de Bentham sino una tesis de filosofía del derecho. El apuntaba a situar a Bentham en relación a otros; a juzgar su valor en comparación con otros. En lo que respecta a nuestra lectura de Bentham, no pretendemos que sea infalible y admitimos que Finnis tenga otra. Pero nosotros hubiéramos preferido que él la confrontara con nuestra propia interpretación más que reputarla completamente equivocada, lo que no corrobora su visión de las cosas.

---

<sup>34</sup> N. T.: En alemán, en el original: "teoría de los niveles".

<sup>35</sup> N. T.: En inglés, en el original: "la orientación de la teoría pura del derecho es, en principio, la misma que la de la llamada jurisprudencia analítica".