

Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida

Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho

Carlos I. MASSINI-CORREAS



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

80 años

DIGNIDAD HUMANA, DERECHOS HUMANOS
Y DERECHO A LA VIDA

Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 335

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Cuidado de la edición y formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada



CARLOS I. MASSINI-CORREAS

DIGNIDAD HUMANA,
DERECHOS HUMANOS
Y DERECHO A LA VIDA

*Ensayos sobre la contemporánea
ética del derecho*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2020

Esta edición y sus características son propiedad
de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la
autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 3 de junio de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN: 978-607-30-1860-9

*A mi nieta Faustina,
y en memoria de Edgardo Díaz Araujo*

CONTENIDO

Estudio preliminar	XIII
Javier SALDAÑA SERRANO	
Introducción. Los derechos humanos y la situación con- temporánea.	XXXI
I. La índole moral del derecho.	XXXI
II. El lenguaje moral del derecho en la tardo-moderni- dad.	XXXVI
III. Las cuestiones a tratar	XLI
IV. Algunos agradecimientos necesarios	XLIII

PRIMERA PARTE

EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS

CAPÍTULO PRIMERO

DIGNIDAD HUMANA, DERECHO Y DERECHOS.	3
I. Las cuestiones a estudiar	3
II. Ser y persona	7
III. La dignidad humana y el sentido del derecho	16
IV. Dignidad humana, derecho natural y derechos hu- manos	21
V. <i>Rule of law</i> , bioderecho y deberes ambientales. . . .	25
VI. Conclusiones sobre dignidad, derecho y derechos	29

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHOS HUMANOS Y BIENES HUMANOS. CONSIDERACIONES A PARTIR DE LAS IDEAS DE JOHN FINNIS	31
I. La necesidad de un esclarecimiento	31
II. Precisiones de Finnis al concepto de derechos	32
III. La especificación de los derechos (¿derechos absolutos?)	35
IV. Derechos y deberes	39
V. Derechos humanos, bien común y dignidad humana	44
VI. Valoración de las contribuciones de Finnis (I)	48
VII. Valoración de las contribuciones de Finnis (II).	52
VIII. De nuevo sobre la gramática y el concepto de derechos humanos	56
IX. Balance conclusivo	60
X. Epílogo	62

CAPÍTULO TERCERO

SOLIDARIDAD Y BIEN COMÚN. LA TRADICIÓN CLÁSICA Y LAS PROPUESTAS LIBERALES	69
I. La cuestión a estudiar	69
II. El fundamento de la solidaridad moral	74
III. La desaparición de los deberes-derechos de solidaridad en el liberalismo	80
IV. Balance conclusivo	86

CAPÍTULO CUARTO

SOBRE DERECHOS HUMANOS, DERECHO NATURAL Y DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN	89
I. Tres cuestiones a tratar	89

II. Sobre el concepto filosófico de derechos humanos	91
III. La “humanidad” de los derechos	96
IV. Derechos humanos y derecho natural	99
V. Derecho natural y bienes humanos	101
VI. Sobre los llamados “derechos de tercera generación”	105
VII. Conclusión sobre fundamentos	112
CAPÍTULO QUINTO	
¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA? ROBERT ALEXY Y LA TRADICIÓN DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO	115
I. La cuestión planteada.	115
II. Sobre la necesidad de una justificación racional	116
III. Una justificación racional práctica	118
IV. El aporte de la metafísica y la antropología al saber práctico	121
V. Conclusión: la tesis de Alexy	122
CAPÍTULO SEXTO	
EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS: DOS MODELOS DE COMPRENSIÓN Y FUNDAMENTACIÓN	125
I. Un esclarecimiento necesario.	125
II. La matriz ilustrada	126
III. La matriz clásica.	130
IV. Balance comparativo de los diferentes modelos	133
V. Conclusión	139

CAPÍTULO SÉPTIMO

LUIGI FERRAJOLI Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS	141
I. La cuestión del fundamento de los derechos humanos	141
II. El concepto de derechos fundamentales en Ferrajoli	143
III. Un ensayo de fundamentación de los derechos	146
IV. La estrategia de fundamentación	148
V. Discusión de la estrategia argumentativa de Ferrajoli	151
VI. Relativismo y fundamentación	154
VII. El problema del sujeto de los derechos	156
VIII. De nuevo el positivismo	158
IX. Conclusiones sobre positivismo, relativismo y derechos	160

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO A LA VIDA

CAPÍTULO OCTAVO

EL DERECHO A LA VIDA EN LA SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS	165
I. Precisiones preliminares	165
II. Los derechos humanos	167
III. El contenido de los derechos	170
IV. El derecho a la inviolabilidad de la vida y la noción de persona	174
V. Un derecho absoluto	180

VI. El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos	183
VII. El menosprecio de la vida.	189
VIII. Conclusiones.	194

CAPÍTULO NOVENO

EL EMBRIÓN HUMANO Y LA CUESTIÓN DE LA PERSONEIDAD	197
I. La cuestión a resolver	197
II. Los argumentos centrales de Luigi Ferrajoli.	198
III. Cuestiones preliminares	203
IV. La personicidad meramente atribuida	207
V. Las consecuencias de la personicidad “atribuida voluntariamente”	212
VI. Conclusiones: el olvido de la humanidad.	215

CAPÍTULO DÉCIMO

ENTRE LA AUTONOMÍA Y EL BIEN HUMANO DE LA VIDA: ¿EXISTE UN “DERECHO AL ABORTO”?	217
I. La cuestión del aborto, algunos planteamientos recientes y tres tesis	217
II. ¿Existe un derecho general de autonomía?(I).	219
III. ¿Existe un derecho general de autonomía? (II)	226
IV. ¿Existe un derecho a la vida?	230
V. Consideraciones conclusivas (y un balance de la bioética liberal-autonomista)	236

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

LA EUTANASIA ACTIVA VOLUNTARIA: ¿EXISTE UN DERECHO A MORIR?	241
I. La cuestión del derecho a disponer de la propia vida.	241
II. Sobre Dworkin y otros argumentos en favor del “derecho a morir”	247
III. Recapitulación de los argumentos a favor del “de- recho a morir”	253
IV. El derecho a morir en debate: los supuestos filosó- ficos.	255
V. Los supuestos del “derecho a morir” en debate . . .	262
VI. El “derecho a morir” y los derechos humanos. . . .	268
VII. Conclusiones constatativas y valorativas	273

ESTUDIO PRELIMINAR

Aristóteles, en el libro de la *Política*, hablando sobre la sociabilidad del hombre afirmó que entre todos los animales el hombre es un ser sociable por el uso de la “palabra”, porque con ésta conoce y expresa lo que es el bien y el mal, lo justo y lo injusto.

He querido comenzar con esta breve cita aristotélica el estudio preliminar al libro del profesor argentino Carlos Ignacio Massini Correas, porque creo que resume muy bien el contenido esencial del trabajo *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho*. En mi opinión, es un libro que explica rigurosamente lo que está bien y lo que está mal, lo que es justo y lo que es injusto.

Dividido en dos grandes secciones, el trabajo se compone de once capítulos que explican con especial claridad algunos de los más actuales y candentes temas de la filosofía práctica, igual en su vertiente jurídica que ética, manteniendo todos ellos una palpable unidad que uniforman la estructura general del trabajo, ofreciendo al lector un hilo de continuidad en su argumentación como lo veremos en las líneas que siguen.

Tengo que admitir que escribir el estudio preliminar a uno de los libros del profesor Massini no es una tarea sencilla, no sólo por el reto que representa sumarse a la importante lista de autores que han prologado algún libro de la vasta obra del profesor argentino, todos ellos de renombre internacional, sino por el peso intelectual de quien sin duda es el más importante iusnaturalista vivo en Latinoamérica, y uno de los más destacados de lengua castellana. En cualquier caso, y más allá de ambos condicionamientos, las líneas que a continuación se escriben las hace quien siempre lo ha considerado un referente intelectual y un apreciado y fino amigo.

Un primer comentario que deseo hacer al libro tiene que ver con lo que alguna vez le escuché decir a uno de los discípulos más cercanos de Carlos I. Massini, al señalar que la vida intelectual del profesor argentino había discurrido por dos grandes momentos: el primero, abarcaría su rigurosa formación en la filosofía clásica, reflejada después en buena parte de sus obras; el segundo, correspondería a su amplio dominio de la filosofía contemporánea, especialmente la filosofía anglosajona, particularmente su claro conocimiento de la obra de John Finnis. No hace falta sino acercarse a la amplia bibliohemerografía que maneja en el libro para darse cuenta de que es verdad esta última afirmación.

Lo que acabo de señalar está plenamente comprobado desde la introducción del libro titulada “Los derechos humanos y la situación contemporánea”, la cual describe muy bien qué lugar ocupan hoy los derechos humanos en el contexto de la reflexión filosófica-jurídica. Lamentablemente —como mostrará Massini a lo largo de todo el libro—, mientras más se habla de estos derechos en el discurso político, menos se protegen jurídicamente.

La introducción referida comienza con el tópico que quizá más tinta haya ocupado en la reflexión de la filosofía del derecho contemporánea, a saber: ¿existe una vinculación —necesaria— entre el derecho y la moral? o ¿hemos de seguir sosteniendo la vieja tesis iuspositivista de considerarlos como dos ordenamientos separados? En este punto parece que hoy no hay duda en sostener la necesaria continuidad, en el orden práctico-moral, entre el derecho y la moral. Dicho en forma sintética: en el orden práctico, que es precisamente la base teórica desde la que parte Massini, derecho y moral no están separados, más aún, en infinidad de ocasiones sus delimitaciones no resultan ser tan precisas o tan nítidas.

Sin embargo, tal argumento suele ser objeto de diferentes críticas, entre ellas, por ejemplo, que tal posicionamiento no permite distinguir conceptualmente el derecho y la moral, o que plantear de esta manera las cosas nos obliga a responder a la pregunta de cuál de todas las morales existentes es a la que se

refiere Massini. Evidentemente, entrar pormenorizadamente a responder estos cuestionamientos excedería las pretensiones de estas líneas, baste simplemente decir que la moral a la que apela Massini no es la moral positiva que postula Kelsen, sino una moral objetiva, capaz de servir como criterio de evaluación y crítica del derecho positivo.

Son muchas las expresiones jurídicas en las que hoy se reconocen dichos cánones morales fundamentales en los que está soportado el derecho, pero el que en los últimos tiempos resalta significativamente es el de los derechos humanos, convirtiéndose estos en “el modo de expresión estándar de la ética en el derecho”.

Hablar de derechos humanos —como lo hace Massini— nos remite indefectiblemente a tratar el tema de su fundamento, el cual, como sabemos, se encuentra en la dignidad de la persona. Esta idea desgraciadamente se enfrenta a una paradoja, pues mientras hoy existe un gran despliegue en su difusión, por otra parte, hoy también presenciemos sus más fuertes violaciones, acompañadas de un marcado desinterés por profundizar en sus aspectos teóricos más significativos.

Es precisamente el punto anterior uno de los asuntos que más preocupa al profesor argentino, porque si bien la idea de dignidad es hoy ampliamente exaltada —incluso, diríamos, en forma desmedida—, pocos son los trabajos que se dedican a explicarla. De ahí que Massini aborde tan desafiante tema y lo haga desde la concepción realista clásica, es decir, desde aquella posición radicada en el reconocimiento originario del ser y en su perfección. Tal dignidad ha de abarcar principios jurídicos no positivos insertos en la propia naturaleza humana y en sus propios bienes, donde es posible fundamentar y especificar derechos subjetivos naturales llamados derechos humanos.

Como es posible apreciar, la idea de dignidad humana es constitutiva de la noción de derecho y su ausencia nos llevaría simplemente a no entender qué significa lo jurídico, y tampoco a entender nociones tan radicales como las de bien común, o la misma noción de derechos humanos. Sin un concepto fuerte de

la dignidad de la persona simplemente tales ideas carecerían de fundamento.

Una última cuestión que vale la pena señalar en este primer escrito es la de darse cuenta cómo desde las sólidas bases realistas de la dignidad de la persona que Massini explica, se pueden abordar también cuestiones que pudieran parecer distantes a esta propuesta filosófica como pueden ser los *deberes* morales que los seres humanos tenemos no solamente con la naturaleza, sino también con los seres que en ella viven. En este punto, como en otros muchos, también Massini es un autor visionario.

Uno de los aspectos más importantes cuando de dignidad y de derechos humanos hablamos es saber dónde se encuentran radicados estos. Para dar respuesta a esta pregunta Massini recurre a la argumentación que ha dado John Finnis, profesor emérito de la Universidad de Oxford, sobre los bienes humanos básicos. La postura del profesor australiano es clara: los derechos humanos encuentran su contenido en lo que se conoce como bienes humanos básicos. Así, el bien como la vida es el contenido del derecho humano a la vida; el derecho humano a la educación tiene como contenido el bien humano del conocimiento; el bien de la religión sería el contenido del derecho humano de la libertad religiosa y así sucesivamente.

Toda la argumentación anterior lleva a Massini a tratar aspectos tan relevantes para el derecho y los derechos humanos como los siguientes: ¿son los derechos humanos absolutos, o son excepcionables? ¿Es la idea de derecho anterior a la de deber, o es más bien a la inversa? ¿La idea de *Ius* —como facultad o potestad, es decir, como derecho subjetivo— fue asumida por la tradición clásica, especialmente por Tomás de Aquino, o dicho pensador careció de esta idea según la interpretación de John Finnis? ¿La autonomía de la voluntad justifica adecuadamente la necesaria contraparte de todo derecho como es la idea de deber?

Las respuestas a las anteriores preguntas son claras. Para Massini, y la tradición que representa, los derechos humanos son absolutos precisamente por el carácter absoluto de los bienes hu-

manos básicos. Las consecuencias teóricas y prácticas de tan significativa afirmación son especialmente relevantes porque si esto es verdad —como creo que lo es—, entonces no se puede hablar de jerarquía de los derechos humanos, o que hubiera algunos derechos más importantes que otros.

Sobre el permanente problema de si los derechos son anteriores a los deberes, o si estos últimos son anteriores a los primeros, Massini sostiene que este asunto es poco relevante, pues como dice el autor argentino “ambas expresiones alcanzan su sentido en la realización o concreción de la conducta humana justa y se orientan hacia ella”. Dicho de otra forma, “derechos y deberes adquieren su sentido deóntico de su ordenación constitutiva a la realización de bienes humanos básicos”.

De mayor entidad resulta cuestionarse sobre la existencia de la noción de derecho subjetivo en el pensamiento de Tomás de Aquino. Como sabemos, este tema ha sido fuertemente discutido en las filas iusnaturalistas y la polémica aún no ha terminado, tanto que autores tan relevantes como el propio John Finnis se han ocupado del asunto. Así, como señala Massini, pareciera que el profesor oxoniense en su ya clásico libro *Natural Law and Natural Rights* estaría más apegado a lo que literalmente señala Tomás de Aquino en la *Summa Theologiae*, a propósito de que *Ius* es la misma “cosa justa”, y que por tanto no podría haberlo considerado como facultad o potestad sobre la cosa. Sin embargo, en su libro *Aquinas*, Finnis parece decantarse por la concepción de Suárez sobre el *Ius*, esto es, como derecho subjetivo, tal y como lo entendemos hoy. Habiendo advertido lo anterior, Massini sostiene que inequívocamente para el Aquinate el objeto de la virtud de la justicia son siempre las acciones humanas y no la facultad del sujeto titular.

Finalmente, por lo que respecta al tema de si la autonomía de la voluntad es capaz de justificar plenamente los deberes en el derecho, Massini señala acertadamente que dicha autonomía es insuficiente dado que “no existen razones éticas conclusivas para respetar una autonomía sin sentido finalista”. Con esto concluye el segundo capítulo del libro.

Conocedor profundo de la filosofía práctica clásica, Massini aborda igualmente el tema de la solidaridad y del bien común, expresiones ambas consustanciales a la sociabilidad humana y constitutivas de la comunidad política. En este capítulo tercero, el profesor argentino realiza un importante estudio de los conceptos referidos anteriormente, comenzando por su etimología, para pasar después a una explicación más profunda y detallada de ambos.

A continuación, reseña brevemente la concepción liberal de la solidaridad y la contrapone con la visión clásica, mostrando claramente sus enormes diferencias. Así, para entender la propuesta liberal de la solidaridad se debería poner atención en una palabra que resulta clave para su comprensión, esta es la de *instrumentalización*. Para la visión liberal no existe un bien común (en esto Kelsen es especialmente claro), a menos que se entienda como aquel que posibilita el bien individual, esto es, bien común sería sólo aquel que alcanza a colmar las expectativas de un interés egoísta. En cambio, la posición clásica “es intrínsecamente participable del bien propio de la comunidad política, en el que todos participan o contribuyen a su formación, y en el que todos tienen derecho de participar en sus resultados”.

Al final, es claro que frente a la postura liberal, la apuesta por el cristianismo —especialmente el católico— es la única alternativa por una solidaridad real para todos los seres humanos, y con ello también para el entorno en el que estos crecen y se desarrollan, esto es, la naturaleza. ¿Cuál es el argumento central para sostener esta tesis? Algo relativamente sencillo y claro: la creación de Dios.

Hablando precisamente de solidaridad, el profesor Massini trata igualmente el tema en un contexto más general, ahora como parte de lo que se conoce como derechos humanos de tercera generación. ¿Qué significado tienen este tipo de derechos en la sistemática de los derechos humanos? ¿Se habla con propiedad cuando se refiere a los derechos humanos de la tercera generación? ¿Son estos derechos realmente jurídicos en el sentido técnico de la expresión?

Aunque para muchos autores las preguntas anteriores no deberían ni siquiera formularse dado que estos derechos hoy son aceptados prácticamente en forma unánime, Massini señala la necesidad de su justificación racional. En primer lugar, pasa a hacer un análisis de lo que semánticamente significa la expresión “derechos humanos”, enfatizando la idea de que ésta denota una serie de derechos que corresponden a los seres humanos y no a otras realidades distintas de lo humano.

En un segundo momento, Massini analiza la posible relación que puede existir entre los derechos de la tercera generación y el derecho natural, admitiendo —junto con Finnis— que a pesar de que esta última expresión hoy resulta poco afortunada, es necesario seguir manteniéndola porque es la única que designa el “núcleo duro de la indisponibilidad que fundamenta, guía y limita la normatividad jurídica”. Sostiene la tesis de que los derechos humanos son derechos naturales porque sus principios justificatorios son los preceptos universales de la ley natural jurídica.

¿Qué tipo de razones son estos principios? Massini no duda en señalar que son razones normativas, o razones para la acción, las cuales se constituyen en relación con ciertos bienes. Entre estos bienes es posible distinguir aquellos que son fundamentales e intrínsecos como los bienes humanos básicos.

Con las consideraciones anteriores Massini aborda la cuestión central de este capítulo cuarto: ¿son los derechos humanos de tercera generación verdaderos derechos?, es decir, ¿son derechos en el sentido técnico-jurídico? Sin duda el autor argentino reconoce la gran importancia de tales reivindicaciones, pero lo que queda claro es que esas exigencias no cumplirían los elementos esenciales de un derecho subjetivo. Para esto ocupa la clásica explicación que Gewirth ofrece para saber cuándo se está delante de un derecho, a saber: *i*) sujeto titular, *ii*) sujeto obligado, *iii*) objeto del derecho y *iv*) fundamento del mismo. Estos elementos no aparecen, o se presentan en forma difusa, cuando se trata de los derechos de la tercera generación. De este modo, el titular de estos derechos ya no es el hombre sino la colectividad

(indeterminada), su objeto es impreciso porque unas veces será el medio ambiente, otras la autodeterminación de los pueblos, otras la paz, etcétera. También se presentan problemas cuando del sujeto obligado se trata, ¿cuál es éste?, ¿es sólo el poder político, o somos todos? y, por último ¿dónde está su fundamento? Finalmente, señala que estos derechos gozan de una protección jurídica débil, y a veces son imposibles de asegurar. Todo esto no es sino la consecuencia clara de la imprecisión de su objeto y de reconocerle derechos a realidades no humanas.

El capítulo quinto lleva por título “¿Derechos humanos sin metafísica?” nombre éste con el que titula uno de sus trabajos Robert Alexy y que Massini analiza a la luz del iusnaturalismo clásico. El comentario que le merece a Massini el trabajo del profesor de la Universidad de Kiel es el de ser un escrito *ambiguo*, dado que los derechos humanos no pueden ser deducidos de argumentos metafísicos, bajo el riesgo de incurrir en la falacia naturalista. La tesis de Massini es que los derechos humanos se infieren de primeros principios prácticos autoevidentes. Sin embargo, —como el mismo profesor argentino señala— si la afirmación de Alexy significa que la justificación racional de los derechos humanos considera relevantes tesis metafísicas y antropológicas, entonces la tesis del profesor alemán es correcta, porque dichas afirmaciones son saberes necesarios para la captación de la evidencia, como sostiene Kalinowski.

Una de las principales características del profesor Massini es su enorme capacidad de síntesis al exponer sus ideas, máxime cuando se trata de resumir temas tan complejos como las características que identifican las nociones clásicas referidas a los derechos humanos y las nociones modernas referidas a estos mismos derechos (ambos temas son materia del capítulo sexto). La significativa aportación en este tema por parte de Massini es lograr identificar, con la mayor precisión posible, cuáles son los rasgos que identifican a una y otra etapa de la historia.

Sin duda, son muchas las características de estas etapas de la historia, pero serán dos las que nos ayudarían a comprender

ambos modelos de justificación racional en relación con los derechos humanos: perfeccionamiento humano de raíz clásica y autonomía de la voluntad como expresión de la visión ilustrada. La primera considera posible alcanzar la perfección humana a través del conocimiento y experimentación de los bienes humanos básicos. En cambio, la segunda, pone énfasis en la capacidad de decisión del hombre y en la exigencia de que no se obstaculice el plan de vida elegido. La primera es fuertemente objetivista, la segunda no. De ambas, ¿cuál es la que explicaría de mejor manera los derechos humanos? Evidentemente que la concepción clásica o iusnaturalista, porque como dice Massini en su conclusión, ésta se presta poco a la manipulación partidista y a la utilización de la ideología, siendo ésta la única que puede fundamentar derechos humanos inexcusables.

Uno de los temas que más polémica ha causado en el ámbito de los derechos humanos es, sin duda, el de su fundamentación. En otro tiempo este asunto hizo que los más importantes iusfilósofos aportaran al debate significativas y razonables reflexiones, sin embargo, con la implantación del positivismo jurídico y su consecuente relativismo, el tema por la justificación racional de estos derechos simplemente fue diluyéndose. Si a esto agregamos la influencia de autores que en otros ámbitos de la filosofía han tenido alguna relevancia como Vattimo o Rorty, pero no en el terreno de la filosofía del derecho, el panorama para el fundamento de los derechos humanos es bastante desolador.

Esta fue la razón por la que cuando apareció la obra de Luigi Ferrajoli titulada *Los fundamentos de los derechos fundamentales* causó gran expectación, pues se pensó que se diría la última palabra sobre este tema, ¿fue esto así? Massini se encarga de dar la respuesta.

Después de un detallado y minucioso análisis de la obra de Ferrajoli sobre los derechos fundamentales y del ejercicio analítico que el autor italiano hace de estos derechos, Massini muestra algunas de las inconsistencias de dicha propuesta. No es el caso de detallar éstas, pero sí me gustaría destacar algunas de ellas por

lo notorio que pueden resultar, sobre todo viniendo de un pensador tan reconocido como Ferrajoli.

Una primera resultaría de su marcado positivismo e historicismo. El propio profesor italiano lo reconoce al establecer que su propuesta no es nada iusnaturalista (en respuesta a algunos de sus críticos), sino esencial y fundamentalmente positivista. De su historicismo también da cuanta Ferrajoli al negar que haya alguna ontología para justificar los derechos fundamentales, y reconocer que sólo hay valores y necesidades que históricamente han aparecido y se han alcanzado a través de las luchas revolucionarias.

La observación vendría dada al darse cuenta de que un autor contemporáneo como Ferrajoli sostiene sus presupuestos teóricos en tales corrientes de pensamiento, y no se hace cargo de las fuertes críticas que ambas han recibido, las cuales han llevado a muchos profesores, también contemporáneos, a proponer su superación.

Otra inconsistencia vendría dada por el mismo reconocimiento que hace Ferrajoli a propósito de que la justificación axiológica de los derechos fundamentales nada tiene que ver ni con su definición teórica ni con la concepción positivista. Sin embargo, si esto es así, como dice Massini, “no hay entonces fundamentación alguna y los derechos se reducen —como parece sostenerlo a veces Ferrajoli— al mero hecho de su inclusión en algún texto constitucional positivo”.

Otro asunto que comenta el profesor argentino es el hecho de entender que los derechos fundamentales revisten un carácter meramente hipotético-relativista, es decir, que la fundamentación de estos derechos sólo tiene valor —y podríamos decir que sólo existen— si queremos protegerlos por un acto de voluntad reflejada en una norma de derecho positivo, y si no lo queremos entonces tal fundamentación carecerá de sentido. Dice Massini: “Esto significa que la argumentación aludida sólo puede concluir rigurosamente que debemos respetar los derechos fundamentales si y sólo si queremos realizar aquellos valores, es decir, en el marco de un radical relativismo subjetivista, con lo que desapa-

rece toda la fuerza deóntica que deben revestir los derechos para constituirse en cuanto tales”.

Como lo señalé, se pensó que con la propuesta de Ferrajoli se llegaría a cerrar el tema del fundamento de los derechos fundamentales, pero seguir reconociendo que estos derechos no radican en otro lugar que no sea el de las fuentes sociales puestas por una voluntad humana —por más que haga un gran esfuerzo analítico— nos hace ver que la puerta sigue abierta y que aún estamos lejos de haber dicho la última palabra sobre esto.

En la línea de las argumentaciones anteriores, Massini aborda, en la tercera parte del libro, el tema relativo al derecho a la vida, comenzando con un trabajo que explica este derecho en la sistemática de los derechos humanos (capítulo VIII). Su argumentación inicia con una pregunta que puede resultar provocativa, a saber, ¿existe un derecho humano a la vida?, o utilizando las palabras del autor argentino: ¿existe un derecho a la inviolabilidad de la vida como derecho humano?

La respuesta ofrecida por la mentalidad de hoy es un No rotundo. Ahora, si tal respuesta fuera positiva, lo calificarían, en el mejor de los casos, como un derecho *prima facie*. Sin embargo, la propuesta del profesor Massini —y con él la tradición filosófica que representa— es que existe un derecho humano a no ser privado de la vida injustamente, y que tal derecho se encuentra radicado o fundamentado en un bien absoluto como es el bien humano básico de la vida.

Para justificar su afirmación Massini acude a la propuesta de los bienes humanos básicos ofrecida por la Nueva Escuela Anglosajona del Derecho Natural y que tiene como uno de sus más importantes representantes a John Finnis. Para esta corriente de pensamiento hay bienes humanos básicos que son absolutos, siendo estos el contenido de los derechos humanos. Las características de estos bienes humanos capaces de un perfeccionamiento humano es que son autoevidentes, inderivados y no admiten jerarquía.

Es precisamente sobre esta última nota distintiva que se presenta el problema de saber si el derecho a la inviolabilidad de la vida no tiene preeminencia respecto a otros bienes y por tanto a otros derechos. Massini establece que la no jerarquía de los bienes humanos básicos y por tanto de los derechos humanos tiene una excepción, y ésta se da cuando tratamos el derecho a la vida, porque el “valor básico de la vida hace referencia directa al modo de existir propio de los entes humanos, que es existencialmente autónomo o sustancial”. El hombre es sustancia viviente, “un ente autónomo que existe como ser vivo” y es claro que la “perfección radical y raigal de la sustancia es ontológicamente superior a cualquiera de sus determinaciones accidentales”. Así, el perfeccionamiento humano que se da en los accidentes nunca podrá lograrse si no se respeta la vida del ser humano. Esta es la condición de tal perfeccionamiento. Es posible —como de hecho se da— atentar contra el bien humano del conocimiento y en consecuencia violentar el derecho humano a la educación, pero ese atentado puede eventualmente subsanarse; sin embargo, —dice Massini— atentar contra el bien humano básico de la vida implica cercenar cualquier bien humano básico posterior, y en consecuencia cualquier derecho humano que exista. Por eso es tan radical e importante el bien humano básico de la vida y su consecuente derecho de la inviolabilidad de la vida.

Los sólidos argumentos filosóficos que Massini emplea son reforzados por un argumento aún mayor que estos: si los derechos humanos tienen como razón de justificación la dignidad de la persona y ésta nos ha sido dada, el fundamento de los derechos humanos radicaría en aquel que nos ha dado esta dignidad, en ese absoluto que sólo puede fundamentar bienes absolutos, es decir, en Dios. Justificar la dignidad en el hombre mismo es un callejón sin salida, se necesita fundamentar tal dignidad y los derechos que le son inherentes en algo superior. Sólo así podrán tomarse en serio tales derechos.

En el trabajo “El embrión humano y la cuestión de la personhood. Un argumento de Luigi Ferrajoli” (capítulo noveno),

el profesor argentino expone los razonamientos utilizados por el filósofo italiano para justificar su posición a favor del aborto, aunque bien es verdad que los mismos podrían ser perfectamente aplicados a otras prácticas liberales como la fecundación *in vitro*, la manipulación de embriones, la eutanasia, etcétera.

Es especialmente llamativo enterarse cómo Ferrajoli, que se ha destacado en el campo de la filosofía o de la teoría del derecho, estudia también temas relativos a la bioética como el del estatuto del embrión. Sin embargo, no nos debe causar sorpresa porque el no cognitivismo ético que siempre ha profesado, le sirve ahora para abordar temas tan complejos como los relativos al bio-derecho. Esta tesis, sin embargo, no es la única asumida por el profesor italiano para abordar la cuestión, a lado de ésta pueden enunciarse las siguientes: *i*) la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral; *ii*) la defensa a ultranza de la autonomía de la voluntad como valor supremo de la persona, y *iii*) la aceptación de que la calidad de persona no depende de ningún dato objetivo, sino de la decisión de otra persona, en este caso, de la madre.

El profesor Massini muestra cómo muchos de los argumentos de Ferrajoli resultan erróneos, y lo son, nada menos y nada más que desde el punto de vista de la lógica. Así, por ejemplo, que no se pueda afirmar de una proposición que sea verdadera o falsa sino razonable (como lo hace Ferrajoli) no se puede decir después que ésta es contraria o contradictoria con otra proposición. La afirmación del profesor italiano es: “No todos comparten esta concepción moral [la suya] de la persona y de la maternidad. Tal proposición no es más «verdadera» (sino a mi juicio sólo más razonable) que la que ve en el embrión una persona independientemente de la voluntad de la madre de traerlo al mundo. No es más verdadera ni tampoco más falsa. Sin embargo, las dos concepciones son incompatibles”. A esta afirmación responde Massini diciendo que si algo nos ha enseñado la lógica a través de los siglos es que si dos proposiciones son contrarias o contradictorias

es porque revisten los valores de verdad o falsedad. Esto parece que lo desconocía Ferrajoli.

Llama igualmente la atención que Ferrajoli se cuide tanto de no caer en la llamada falacia naturalista, pero como acertadamente señala Massini, este tema, si bien fue uno de los que más atención acapararon en la reflexión filosófica anterior, hoy muy pocos autores —casi nadie— le presta mayor atención.

Hay, sin embargo —en la propuesta de Ferrajoli sobre el estatuto del embrión—, un tema central que no puede dejarse pasar, es la tesis defendida por el autor italiano a propósito de que el embrión tiene derecho a la vida si la madre así lo determina, confiando el carácter de persona a la autonomía moral de la madre cuando ésta decida llegar al final de su embarazo. Esta tesis choca frontalmente con la cultura de los derechos humanos, porque como señala Massini citando a Spaemann: “La independencia de la persona depende de que a ningún hombre le corresponda juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la persona”. En definitiva, el carácter de persona no puede estar radicado en la voluntad de otra persona, por más autónoma que ésta sea, o por más que sea la madre.

A lo largo de la historia del pensamiento liberal y de la ética que lo caracteriza, uno de los argumentos más fuertemente defendidos por dicha corriente de pensamiento ha sido, sin duda, el de la autonomía de la voluntad, idea ésta que ha servido para fundamentar las más diversas exigencias personales, desde la presunta reivindicación del cambio de sexo, hasta la justificación de abortar al concebido no nacido. Igual ha servido para defender un presunto derecho a ser padre, que el de disponer de la propia vida a través de la autorización de la eutanasia. ¿Es la autonomía de la voluntad un argumento tan fuerte como para justificar éstas y otras pretensiones individualistas? ¿La autonomía de la voluntad sirve, sin más, para hacer pasar tales pretensiones como derechos? Este es el eje central del capítulo décimo.

Massini explica con especial claridad cómo el argumento de la autonomía de la voluntad no puede justificar ni las anteriores

exigencias ni ninguna otra, y que afirmar que exista un derecho general de autonomía es un sinsentido. Para ello el profesor argentino muestra cuál es el error de fondo en esta postura, a saber, que la libre elección que se haga de los planes de vida —por más autónoma que sea—, no puede ser hecha con total independencia de sus contenidos, pues esto nos llevaría a aceptar ideas tan absurdas como las de consentir el consumo desenfrenado de drogas, o el odio a los extranjeros, etcétera. En una de sus citas señala: “...la mera autonomía, la capacidad de elegir, despojada de todo sentido referencial a algún bien humano, tiene un valor normativo completamente neutro: puede ser usada para el bien o para el mal más horrendo, para el heroísmo moral o para la degradación más radical”.

Para los detractores de Massini, el respeto incondicionado al principio de la autonomía de la voluntad estaría fundamentado en Kant, específicamente en la formulación de su imperativo categórico, pero como el profesor argentino señala, en el supuesto incluso de que esto fuera cierto (cosa por demás muy dudosa), aún dicha voluntad tendría que pasar por el *test* de la universalidad (como lo impuso el propio Kant), es decir, que la misma razón práctica del sujeto obligado debería ser universal para todas las personas que se encuentren en una situación moral análoga.

Las críticas anteriores le sirven a Massini para oponerse al aborto considerando que la “eliminación física de un ser humano vivo no puede consistir en un bien humano” y en consecuencia tampoco en un derecho humano como pretenden hacerlo pasar. En todo caso, lo que sí existe es un derecho a la vida, el cual no significa que las personas tengan derecho a tener vida, sino a que nadie, absolutamente nadie, atente ilegítimamente con la vida de cualquiera.

En el último capítulo (décimo primero) Massini trata otro tema especialmente interesante e igualmente polémico, es el relativo a la eutanasia, el cual centra con otra pregunta especialmente esclarecedora: ¿existe un derecho a morir? ¿Hay un derecho a decidir sobre la propia muerte? Algunos de los argumentos de-

fendidos por los promotores de la eutanasia son el tema de la autonomía de la voluntad; la libre disposición que se tiene sobre el propio cuerpo, o el de la responsabilidad de la propia vida. Cada uno de estos razonamientos es ejemplificado con una serie de casos prácticos como el de Cruzan, Dax Cowart y Jane Adkins, los cuales demuestran claramente cómo utilizando los anteriores argumentos se justificarían las prácticas eutanásicas.

Varios han sido los autores que se han sumado a las filas de los pensadores eutanásicos, pero Massini centra su atención en tres de los más populares, los cuales han tenido especial repercusión en el ambiente académico, son el teólogo Hans Kung y los filósofos Ronald Dworkin y Martín Diego Farrell. Todos ellos defienden lo que podríamos llamar una concepción liberal de la autonomía que, como se ve, es el caballito de batalla de estos y otros pensadores que se encuentran en la misma línea. Pues bien, contra estos autores Massini muestra con especial rigurosidad intelectual algunos de sus puntos débiles.

En primer lugar, si se defiende dicha concepción liberal de la autonomía, sólo limitada por el hecho de no dañar a otro, ¿resultaría congruente imponer límites éticos a un sujeto radicalmente libre? o, dicha autonomía ¿sería compatible con la constitución de un sujeto en donde no hay nada connatural que regule su conducta? En este punto Massini es contundente al señalar: “Si el sujeto no tiene naturaleza moral, las reglas que acuerde con los demás, real o ficticiamente, para asegurar su subsistencia en el marco de la inevitable coexistencia, no serán propiamente normas morales, sino sólo normas estratégicas de autoconveniencia o provecho, diseñadas para asegurar la propia ventaja, pero nunca ordenadas a un bien humano común que, en clave liberal, no existe en absoluto”.

De ahí que los bienes humanos (constitutivos del bien común) no pueden ser indiferentes y por tanto disponibles por el sujeto, sino que es posible descubrir y elegir aquellos que le sean útiles para su perfeccionamiento. El más significativo, desde luego, el bien básico de la vida. Si se favoreciera la eutanasia resultaría

“incoherente que un bien humano sea intrínsecamente valioso, radicalmente básico e indisponible universalmente, menos para el sujeto titular de ese bien”. Es un bien básico para todos. De ahí que lleve razón Massini al explicar que no existe un bien básico de autonomía, sino que ésta es sólo un supuesto antropológico de la moralidad. Concluyendo que el ejercicio moral de la autonomía se ordena a la realización de los bienes humanos básicos.

Una última cuestión quizá convenga mencionar, y es el tantas veces citado argumento que establece que, de no permitir la práctica de la eutanasia ante una vivencia en condiciones indignas, se atentaría contra la propia dignidad humana. Sin embargo, esto es una falacia, porque utiliza una acepción secundaria (las condiciones indignas) en lugar de una acepción primaria o principal (la dignidad ontológica). La persona y su dignidad lo es aun cuando se viva en condiciones consideradas indignas.

El estudio preliminar se ha hecho muy largo, pero esto no ha sido sino la consecuencia lógica del rico y motivador contenido del magnífico libro del profesor Massini, y del cual he tratado de dar sólo algunas pinceladas. Ojalá el lector comprometido con la verdad pueda acercarse a la lectura de este trabajo con la mayor objetividad posible, seguro siempre que en éste encontrará una veta inagotable de importantes argumentos filosóficos y jurídicos que le ayudarán a corroborar quién tiene la razón y quién no, y, sobre todo, saber lo que es el bien y lo que es el mal, lo que es justo y lo que es injusto.

Javier SALDAÑA SERRANO
Ciudad de México, Primavera del trágico 2020

INTRODUCCIÓN

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA

I. LA ÍNDOLE MORAL DEL DERECHO

Una de las notas que caracterizan más radicalmente la experiencia jurídica es la estricta continuidad que existe en su ámbito con las restantes ordenaciones normativas de la conducta humana. Este fenómeno ha sido puesto de relieve, entre varios otros, por Lon Fuller quien, en las primeras páginas de su difundido libro *The Morality of Law*,¹ marca este hecho y explica que, entre los sistemas de normas que dirigen el accionar de las personas hacia su bien propio, es decir, hacia su plenitud, bienestar, logro o acabamiento, es posible distinguir ante todo entre dos dimensiones principales: (i) un orden moral que exige la realización de ciertas conductas como requisitos necesarios para la supervivencia del ser humano en cuanto tal, que puede denominarse moral del *deber*, y (ii) otro orden también moral en el cual se aconsejan y proponen aquellas conductas o actitudes que facilitan al hombre el logro de su máxi-

¹ Fuller, L., *The Morality of Law*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1969, pp. 3-32. En adelante ML. Sobre el pensamiento de Fuller, véase Summers, R. S., *Lon L. Fuller*, Stanford-California, Stanford University Press, 1984; Rundle, K., “Opening the Doors of Inquiry: Lon Fuller and the Natural Law Tradition”, en Duke, G. y George, R. P. (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge-Nueva York-Melbourne-Delhi-Singapur, Cambridge University Press, 2017, pp. 428-456, y Vidal da Silva Martins, A., *A moralidade do direito como condicao de liberdade em Lon Fuller*, Porto Alegre, Lex Magister, 2013.

ma perfección posible, de su excelencia, y que puede denominarse moral de la *aspiración*.

En este punto, escribe Fuller:

La moral de la aspiración se manifiesta más claramente en la filosofía griega. Es la moral de la vida ejemplar, de la excelencia, de la realización más completa de las facultades humanas... Mientras que la moral de la aspiración se inicia en la cumbre del logro humano, la moral del deber principia en la base. Prescribe las normas básicas sin las cuales es imposible lograr una sociedad ordenada, o sin las cuales una sociedad ordenada encaminada a ciertos fines específicos tiene que fracasar en sus intentos. Es la moral del antiguo testamento y de los diez mandamientos.²

Más adelante, el autor norteamericano compara las reglas de la moral del deber con las de la gramática, sin las cuales resulta ininteligible el discurso y la comunicación no puede tener lugar ni cumplir con su función propia, y las de la moral de la aspiración con los principios de la estilística o de la expresión literaria, “dictados por los críticos para lograr lo sublime y elegante en la composición”.³

Ahora bien, en el marco de la moral del deber, absolutamente indispensable para la supervivencia de las comunidades humanas (aquí la argumentación se aparta parcialmente de la de Fuller), existe un suborden normativo, que asegura su cumplimiento, al menos genéricamente, a través de la coerción en sus múltiples y complejas formas y al que puede reconocerse un carácter primordial o raigal. Este orden básico o más primordial es el que puede identificarse como orden jurídico o derecho, y está dirigido principalmente a la creación de un marco de convivencia y de coordinación que haga posible el desarrollo de los aspectos más elementales de la perfección humana común, así como de la vigencia y efectividad de los órdenes que le siguen en la exigen-

² ML, p. 5.

³ ML, p. 6.

cia de normatividad y que se pueden denominar órdenes propiamente morales. Por otra parte, el mismo Fuller sostiene que el orden normativo del derecho, para ser tal, debe cumplir con ciertos requisitos adicionales, concretamente ocho (generalidad, publicidad, no retroactividad, claridad, coherencia, posibilidad, estabilidad y congruencia con la actividad del gobierno), que denomina “moralidad interna del derecho” y que ponen en evidencia la existencia de un *continuum* entre el derecho y la moralidad.⁴

De aquí se sigue la existencia de una cierta —aunque indudable— continuidad o secuencia entre la normatividad moral y la jurídica, que pertenecen al mismo orden general de lo real, en especial si se parte de la existencia de los cuatro órdenes de la realidad defendidos por Tomás de Aquino en el prólogo al *Comentario a la Ética Nicomaquea*: el orden de la naturaleza, el de la lógica, el de la ética y el de la técnica.⁵ John Finnis, en un trabajo reciente, ha explicitado cómo el derecho pertenece participativamente a los cuatro órdenes distinguidos por el Aquinate, aunque propia y principalmente se inserta en el orden ético, el de la conducta libre en orden al bien humano. En este punto, expone Finnis que

El derecho... pertenece a cada uno de los cuatro dominios [u órdenes de la realidad]: pensar acerca de su naturaleza debe atender a esta complejidad y evitar describir y explicar el derecho *reductivamente*, como si perteneciera esencialmente a solo uno (o dos, o tres) de ellos. Las propiedades necesarias —necesitadas— para constituir el derecho y concretar (*instantiate*) íntegramente su naturaleza incluyen propiedades de cada uno de los cuatro dominios... [aunque] lo que explica mejor los caracteres del derecho, tomando juntos los cuatro dominios, es su (correspondiente al tercer dominio) carácter de respuesta a la necesidad significativamente

⁴ ML, pp. 33 y ss. (el apartado tiene por título “The Morality that Makes Law Possible”).

⁵ Aquino, Tomás de, *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, L. I, C. 1, núm. 1. Se cita conforme a la edición de R. M. Spiazzi, Turín, Marietti, 1964, a partir de la traducción de Guillelmo de Moerbeke (1215-1286).

moral de las comunidades del tipo de acceso a la justicia que sólo el derecho provee sistemáticamente.⁶

En otras palabras, la realidad compleja del derecho tiene dimensiones técnicas, lógicas y teóricas, que pueden denominarse analógicamente “derecho”, pero su dimensión principal, su “caso central” al que se dirige la “significación focal”⁷ de “derecho”, corresponde al orden de las conductas que se dirigen —o deben dirigirse— al bien humano común de la sociedad completa, denominado genéricamente “orden ético” u “orden moral”.

En un sentido similar, Nigel Simmonds defiende la concepción según la cual la noción de derecho ha de incluir necesariamente una referencia a la justificación —que debe ser inevitablemente moral— de su fuerza obligatoria. Para este autor, esta actitud “implica en rechazo de la idea de que un «análisis» de la naturaleza del derecho puede ser separado de nuestra comprensión moral. «Derecho» es una idea moral; y una indagación acerca de la naturaleza del derecho requiere de nosotros recurrir a nuestro conocimiento moral”. Y un poco más adelante reitera que “«derecho» es una idea intrínsecamente moral y que la investigación acerca de la naturaleza del derecho es, en definitiva, una forma de indagación moral”.⁸ Una vez más se reitera que el derecho y la moral no pertenecen a órdenes distintos, separables radicalmente entre sí, sino que pertenecen ambos a un todo analógico: el de la dirección y valoración de la conducta humana en vistas al bien o perfección humana realizable a través del obrar deliberado.

De aquí se sigue que el derecho y la moral no forman dos realidades discontinuas, diversas en cuanto a su orden de la rea-

⁶ Finnis, J., “Aquinas and Natural Law Jurisprudence”, en Duke, G. y George, R. P. (eds.), *The Cambridge Companion...*, cit., pp. 49 y 50.

⁷ Véase Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 9-11.

⁸ Simmonds, N., *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 4-6. Véase también Cianciardo, J. (coord.), *Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre la valoración ética y el derecho*, México-Buenos Aires, Porrúa-Universidad Austral, 2012, *passim*.

lidad, sino un todo analógico que se presenta como un *continuum* normativo ordenado a la regulación de diversas dimensiones del obrar humano hacia también diversas formas del bien del hombre. En otros términos, el derecho, del mismo modo que la moral —tanto la del deber como la de la aspiración—, pertenece central o primordialmente al *orden práctico*, el de la disposición de la conducta humana en relación con el bien o perfección de su índole propia en el marco de la convivencia política.⁹ Y a su vez, dentro del contexto de la actividad política, se diferencia de la política agonal o controversial por la conformación de un sistema normativo de ciertas características, como las que propone Lon Fuller y de las que se habló más arriba, a las que habría que agregar su coactividad genérica y la pretensión de objetividad de sus juicios de valor o normativos.

Pero, en cualquier caso, lo importante es que la distinción posible entre la moral y el derecho tiene lugar en el interior del orden práctico u orden ético, al cual ambas especies pertenecen y cuya línea demarcatoria es muchas veces imprecisa y variable, y determinada generalmente de modo autoritativo y dependiente de las contingencias de tiempo, lugar o de diferentes modalidades históricas y humanas. Y esto es, por otra parte, un fenómeno que se evidencia si se atiende al lenguaje y a la argumentación jurídica, que de hecho e innegablemente están plagados de juicios, expresiones, razonamientos y gestos de carácter normativo-moral.¹⁰ En especial, el análisis del contenido de los fallos judiciales pone en evidencia que el derecho no aparece como perteneciendo a un orden distinto del de la moral personal o de la ética social, sino que su lenguaje no sólo está lleno de expresiones innegablemente morales, sino que ellas son in-eliminables de su discurso, que de otro modo no tendría una adecuada forma de expresión, ni resultaría inteligible.

⁹ Sobre la temática del orden práctico y su conocimiento, véase Massini-Correas, *Filosofía del Derecho-III-El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 1-26.

¹⁰ Véase Spaemann, R., “La actualidad del derecho natural”, *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, EUNSA, 1980, pp. 315-340.

Esto ha sido evidenciado, entre otros, por Félix Lamas, cuando resalta que la experiencia jurídica reviste carácter práctico-ético, tanto en cuanto a su materia o sujeto propio, cuanto a su objeto formal. Escribe en este sentido este autor que

Los valores, las normas y los fines [bienes] son, por lo tanto, objetos de experiencia en el sentido formal de elementos de la significación empírico-concreta de la conducta jurídica, precisamente en cuanto jurídica. Sin estos factores, la conducta quedaría reducida a un mero hecho indiferenciado entre los demás que integran el mundo físico.¹¹

De aquí se sigue que la misma experiencia originaria del derecho aparece constituida intrínsecamente de una dimensión valorativa y normativa, es decir, perteneciente de modo radical e inexcusable al orden ético.

II. EL LENGUAJE MORAL DEL DERECHO EN LA TARDO-MODERNIDAD

Este carácter constitutivamente ético del derecho, que lo presenta en estricta continuidad con la ética social, ha sido reconocido por numerosos historiadores de las ideas jurídicas, entre otros, por Harold Berman y Paolo Prodi, quienes han puesto en evidencia con rigor que el fenómeno jurídico se ha presentado siempre en estricta continuidad con los valores éticos, así como que una de las actitudes más frecuentes y recurrentes en la realidad del derecho ha sido la pretensión de valorar y enjuiciar al derecho positivo vigente conforme a cánones de carácter ético.¹² Ahora bien, esta actitud permanente y recurrente de evaluación moral del derecho,

¹¹ Lamas, F. A., *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Tomás de Aquino, 1991, p. 452.

¹² Véase Berman, H., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, y Prodi, P., *Una historia de la justicia*, Buenos Aires, Katz, 2008.

no ha tenido siempre las mismas formas de expresión o manifestación. Así, por ejemplo, en la antigüedad griega, donde la ética se centraba en el bien humano y en las virtudes que disponían hacia él, la dimensión ética del derecho se resolvía en la idea de justicia, considerada principalmente como virtud, con sus múltiples dimensiones analógicas, especialmente la de su objeto: lo justo (*to dikaion*), estudiadas todas ellas magistralmente por Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*.¹³ Pero en la antigüedad también se utilizó frecuentemente la perspectiva de los deberes jurídicos, tal como ocurre en el *De officiis* de Cicerón, en el que se pone el acento en los deberes jurídicos y en los morales vinculados a los primeros; de este modo, la vinculación entre el derecho y la moral se daba a través de la continuidad entre los deberes propiamente jurídicos y los morales.¹⁴

Por su parte, en la Edad Media tuvo lugar la recepción del aporte técnico-jurídico propio del derecho romano y del pensamiento estoico que le era característico, así como del legalismo distintivo del judeo-cristianismo; estas dos aportaciones contribuyeron a acentuar la dimensión legal-normativa de la problemática jurídica, en especial de la cuestión referente al juicio crítico-moral de la legislación positiva. De este modo, apareció como central la noción de ley natural, que era a la que correspondía un influjo directivo y valorativo respecto de la legislación humana. De este modo, los autores voluntaristas medievales: Ockham, Scoto, Gabriel Biel, Pedro D'Ailly, Nicolás de Oresme, y varios otros, dejaron de lado la perspectiva de las virtudes y de los bienes para centrarse en la propia de las leyes en general.

¹³ Véase Huppés-Cluysenaer, L. y Coelho, N. (eds.), *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht-Heidelberg-Nueva York-Londres, 2013, y Kraut, R., *Aristotle. Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 98 y ss.

¹⁴ Véase Cicerón, *De officiis*, véase la edición de J. Santa Cruz, *Tratado de los deberes*, Madrid, Editora Nacional, 1975. Acerca de la reciprocidad de derechos y deberes, véase Possenti, V., *Diritti umani. L'età delle pretese*, Soveria Manelli, Rubbetino, 2017, p. 25, y Mahoney, J., *The Challenge of Human Rights. Origin, Development, and Significance*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007, pp. 85-91.

Pero también en la Edad Media, y pareciera que, por influjo principal de Guillermo de Ockham, comenzó a tomar relevancia una nueva perspectiva: la de los denominados “derechos subjetivos” o facultades jurídicas. Michel Villey¹⁵ ha realizado numerosos estudios acerca de esta perspectiva, defendiendo la tesis de que la génesis primera de la noción de derecho subjetivo o facultad jurídica está en la obra del franciscano inglés, en especial en su *Opus Nonaginta Dierum*,¹⁶ cuando efectuó la distinción entre *iura fori* (derechos con fundamento positivo) y *iura poli* (derechos con fundamento revelado). En esos textos, pareciera que la expresión latina *iura* estaría significando “derechos” o potestades de actuar o no actuar, y habría sido por lo tanto Ockham el primero en utilizar una voz derivada de *ius* en ese sentido potestativo o subjetivo.

Por su parte, el catedrático de Harvard Richard Tuck ha impugnado la tesis de Villey¹⁷ y sostiene que, en rigor, quien primero utilizó *ius* o un término derivado para designar a una facultad jurídica —al menos de un modo sistemático— no fue Ockham sino el conciliarista francés Jean Gerson, canciller de la Universidad de París, en su obra *De Vita Spirituali Animae*; allí escribió Gerson que “*ius* es una facultad disposicional, apropiada para alguien y en acuerdo con los dictados de la recta razón...”¹⁸ Pero, además, Tuck pone en evidencia que la afirmación de Villey en el sentido de que nadie, ni en la antigüedad griega y romana, ni en

¹⁵ Véase Villey, M., “Les origines de la notion de droit subjectif”, *Lecons d'histoire de la philosophie du droit*, París, Dalloz, 1962, pp. 221-250; Villey, M. *Le droit et les droits de l'homme*, París, PUF, 1983, pp. 131-154. Asimismo, véase Guzmán Brito, A., “Para la historia del derecho subjetivo”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, núm. I, 1976, pp. 51-65 y Guzmán Brito, A., “Historia de la denominación del derecho-facultad como «subjetivo»”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso-Chile, núm. XXV, 2003, pp. 107-443.

¹⁶ Ockham, W., “Opus Nonaginta Dierum”, *Opera Politica*, Mancunii (Manchester), E Typis Universitatis, vol. II, 1963.

¹⁷ Véase Tuck, R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge-Nueva York-Melbourne, Cambridge University Press, 1979, pp. 5-31.

¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

el medioevo anterior a Ockham, habría utilizado el vocablo *ius* en sentido facultativo, es en gran parte arbitraria, ya que, según Tuck, tanto en el derecho romano como en la obra del Aquinate es posible encontrar lugares en los que *ius* se usa en ese sentido.

Pero más allá de que la dimensión crítico-valorativa del derecho se expresara en el trascurso de la historia en términos de virtudes, deberes, normas o facultades, resulta indudable que en la modernidad ya avanzada comenzó a usarse cada vez más el lenguaje de los derechos subjetivos para hacer referencia a las instancias de apelación moral que se planteaban frente a las —reales o presuntas— injusticias que consagraba la legislación positiva. A partir del *De legibus* de Francisco Suárez,¹⁹ pasando por Hugo Grocio y John Locke, cada vez fueron más los autores que plantearon los reclamos morales propios del ámbito del derecho en términos de derechos-facultades de los individuos. Y esta doctrina, difundida ampliamente en el ámbito anglosajón por los discípulos de John Locke, fue la que inspiró el texto de la Declaración de Derechos de Virginia, que aparece como la primera declaración moderna de derechos humanos, si bien en su título se refería a los derechos del “Buen Pueblo de Virginia” y la difusión de la terminología “derechos humanos” se debe principalmente a la influencia del libro de Thomas Paine *The Rights of Man*.²⁰

Pero si bien es cierto que las declaraciones norteamericanas de derechos humanos son primeras en el tiempo, resulta indudable que la que tuvo mayor repercusión internacional y cuya influencia perduró más largamente, fue la Declaración Francesa

¹⁹ Suárez, F., *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, t. I, Madrid, C.S.I.C., 1971, pp. 20-33 (L. I, C. 2, núm. 5)

²⁰ Véase Carbonell, M., *Una historia de los derechos fundamentales*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2010, pp. 54-63. Véase también, para el análisis de los antecedentes ideológicos de la Declaración de Virginia y de la Declaración de la Independencia: Aparisi Miralles, A., *La revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.²¹ Sin entrar en demasiados detalles acerca de las circunstancias políticas e ideológicas de esta Declaración,²² es posible sostener que a partir de este documento la valoración crítico-moral de las reglas jurídicas y de las instituciones sociales y políticas pasó a realizarse en términos de derechos subjetivos, más precisamente de “derechos humanos”. Estos tuvieron muchos vaivenes en su ya larga historia y fueron derivando desde los derechos individuales frente al Estado hasta los denominados derechos de tercera (o cuarta) generación, pasando por los derechos sociales y los de participación política.²³

Pero en cualquiera de sus fases y modalidades y en todas sus concreciones científicas, literarias y declaraciones, es claro que los denominados “derechos humanos” aparecen actualmente como el vehículo privilegiado de los contenidos éticos que han de juzgar, valorar y censurar los contenidos jurídicos de las normas, instituciones, fallos judiciales o usos sociales que se considera que atentan —positiva o negativamente— contra las exigencias centrales de la dignidad humana.²⁴ Dicho en otras palabras: los derechos humanos son el vehículo privilegiado a través del cual se hace presente en el discurso jurídico-político contemporáneo la exigencia de conformidad del derecho a ciertos cánones morales fundamentales; son, dicho brevemente, el modo de expresión estándar de la ética del derecho.²⁵

²¹ Sobre esta declaración, véase *DROITS. Revue Française de Théorie Juridique*, París, núm. 8 (La déclaration de 1789), 1988.

²² En este punto, véase Fauré, C., *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

²³ Véase, en este punto, Ara Pinilla, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994.

²⁴ Véase, en este punto, Massini-Correas, C. I., *Filosofía del derecho-I-El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 2005, pp. 131-153.

²⁵ Véase Viola, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, Granada, Comares, 1998, pp. 380 y ss.

III. LAS CUESTIONES A TRATAR

Si aceptamos lo expuesto hasta ahora, es decir, (i) que existe una continuidad en el orden práctico-moral, que abarca, entre otros órdenes normativos, al derecho y a la moral social, y (ii) que en los tiempos que nos son contemporáneos (especialmente desde los años setenta del pasado siglo) esa ética que evalúa al derecho adquiere la forma propia de los denominados “derechos humanos”, resulta pertinente y hasta necesario el análisis, estudio y explicitación lo más rigurosa posible de esa realidad práctico-moral. En particular, resulta imprescindible concentrarse en el examen de dos temas fundamentales y vinculados: el del concepto o noción de derechos humanos y el de su justificación racional o fundamentación filosófica.

Y el estudio de estos temas —y de otros vinculados a ellos— tiene una especial relevancia en tiempos como los actuales en los que tienen lugar frecuentemente diversos modos de violentar, manipular y abusar de los derechos humanos, ya sea haciéndolos proliferar ilimitadamente hasta márgenes ridículos, ya sea limitándolos a sus textos meramente positivos y privándolos de ese modo de su función crítico-valorativa, ya sea finalmente dándoles una utilización puramente sectaria y partidista, poniéndolos al servicio exclusivo de causas innobles y hasta degradantes. Estos fenómenos lamentables hacen conveniente realizar una serie de precisiones, acotaciones y explicitaciones, que hagan al menos más difícil la proliferación y su transformación de estos fenómenos en prácticas habituales y frecuentes.²⁶

En los textos que siguen se ha pretendido —a lo largo de los últimos quince años— dar una respuesta articulada y razonable a ambas cuestiones, la del concepto y la del fundamento, estudiándolas de un modo predominantemente sistemático y dejando de lado o minimizando los aspectos históricos de la

²⁶ Véase Haatland Matlary, J., *Derechos humanos depredados*, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2008, pp. 51-81.

temática. Si bien los trabajos que se reúnen en este volumen han sido redactados en diferentes oportunidades, todos ellos forman parte de una línea de investigación unitaria y con un trasfondo teórico común, aunque con las variaciones y modalidades que son propias del paso del tiempo y del avance de los estudios.²⁷ Por ello, los capítulos que siguen guardan no sólo una vinculación temática, sino también una articulación y enlazamiento teórico-argumentativo.

Si bien en varios de los capítulos las cuestiones están entrelazadas, queda claro que los capítulos primero, cuarto, quinto y séptimo de la primera parte, se refieren a problemas vinculados con la fundamentación o justificación racional de los derechos humanos, a su relación con el derecho natural y con la idea de dignidad humana, y la necesidad —o no— de una articulación con saberes tales como la metafísica o la antropología filosófica. En cambio, los capítulos segundo, tercero y sexto de esa misma parte se centran en temáticas más vinculadas a la conceptualización y especificación de los derechos, así como a las razones y criterios de su distinción y clasificación.

Finalmente, en la segunda parte del volumen se recogen cuatro trabajos referidos a un derecho humano en particular, el denominado derecho a la vida, tanto en general como en su vinculación con el inicio de la vida y con su finalización. Estos trabajos hacen posible conocer el modo de operar de las ideas estudiadas en la primera parte en el caso de un derecho específico, que por otra parte aparece como el más básico de todos, en la medida en que resulta ser la condición necesaria para la existencia de los restantes derechos. Esta aplicación a un derecho delimitado hace visibles las virtualidades del marco teórico expuesto en la primera parte y sus posibilidades para la explicación de las exigencias y el alcance de los derechos humanos. Y también hacen patente las diversas formas que asume la manipulación y degra-

²⁷ Véase Massini-Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

dación de esos derechos, como cuando los titulares del derecho a la vida se reducen a sólo una categoría de vivientes humanos y se excluye deliberadamente a varias otras.

IV. ALGUNOS AGRADECIMIENTOS NECESARIOS

En último lugar, y antes de pasar al desarrollo del libro, resulta necesario dejar constancia brevemente de algunos agradecimientos merecidos: ante todo, a mi familia, con la que conformamos un grupo funcional y alegre, que constituye un contexto apto para la creación intelectual y la amistad hogareña; en este grupo, corresponde reconocimiento especial a María Cecilia, mi esposa, quien se ha constituido en un modelo ejemplar de cariño marital y armonía amical.

También es una exigencia hacer presente la gratitud debida a las instituciones en las cuales se expusieron o publicaron los estudios incluidos en el presente volumen, en especial las universidades Austral de Buenos Aires, Católica Argentina, de Mendoza, Católica de Chile, de Los Andes (también de Chile) y de La Coruña, así como a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho y a las editoriales Abeledo-Perrot y Librería Editrice Vaticana.

Finalmente, a los investigadores y docentes, todos ellos buenos amigos, que compartieron con el autor las reuniones, acontecimientos y publicaciones en cuyo contexto se redactaron las diferentes partes de este libro, en especial a Fernando Bermúdez, Juan Cianciardo, Ricardo Crespo, Juan Bautista Etcheverry, Joaquín García-Huidobro, Daniel Herrera, Nicolás Laferriere, Jorge Martínez Barrera, Carlos Diego Martínez Cinca, Pedro Rivas, Pedro Serna, Rodolfo Vigo y Pilar Zambrano.

PRIMERA PARTE

EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS

CAPÍTULO PRIMERO

DIGNIDAD HUMANA, DERECHO Y DERECHOS

I. LAS CUESTIONES A ESTUDIAR

Uno de los temas debatidos en la antropología y la filosofía práctica contemporánea es el referido a lo que se ha denominado la “paradoja de la dignidad”.²⁸ Ella consiste en que, a lo largo de los últimos tres siglos, se ha exaltado y glorificado como nunca en la historia al ser humano-persona, recalcando su dignidad y poniendo de relieve el respeto sin par del que debe ser objeto. Pero ha sucedido también que, no obstante este pretendido encumbramiento de la persona humana, tanto la realidad humano-práctica, como las doctrinas que intentan justificarla, han ido derivando hacia una anulación o abolición del hombre, tanto teórica como práctica. En efecto, en la dimensión de las conductas concretas, los últimos siglos —en especial el siglo XX— han sido el escenario de masacres, esclavitudes y despotismos que sacuden las conciencias y que no tienen parangón con las sucedidas en el resto de la historia humana. Y en el ámbito de las doctrinas, desde los orígenes mismos del mencionado proceso de encumbramiento se ha producido, de modo paralelo, una deriva anti-humanista y negadora en definitiva de la dignidad de la persona humana en cuanto realidad efectiva, fundada y justificada racionalmente.

Ahora bien, esta deriva anti-humanista tiene varias vertientes: existencialistas, estructuralistas, positivistas, marxistas y posmarxistas, posmoderno-nihilistas, y varias más, pero en todos los casos el resultado final es “la inexistencia del hombre como

²⁸ Melendo, T., *Dignidad humana y bioética*, Pamplona, EUNSA, 1999, pp. 51-97.

sujeto”,²⁹ o al menos su difuminación y debilitamiento decisivo en el orden teórico. Y también en todos los casos, esta fragilidad o anulación doctrinaria tiene como origen radical la negación de la dimensión intrínsecamente real de la persona humana, es decir, de su fundamento en el ser, en la realidad constitutiva de todos los entes, en el acto de existir positivamente fuera de la nada. Dicho en otras palabras, la raíz del debilitamiento y —en definitiva— la anulación del concepto de persona radica en su reducción a alguna de sus dimensiones no constitutivas: la de ser un centro de imputación normativa, un “ser para la muerte”, el miembro de una raza, de una clase o de un “pueblo”, un mero dato empírico, un elemento de ciertas relaciones de nudo poder, de algunas relaciones sociales o discursivas y así sucesivamente. De este modo, se ha llegado a sostener que un ser humano concebido no es persona hasta que no haya sido reconocido y designado por algunos —no todos— de sus congéneres, tal como lo hacen, *v. gr.* Luigi Ferrajoli³⁰ o Giselher Rüpke,³¹ o bien que sólo sería persona una entidad capaz de realizar de hecho y positivamente ciertas actividades específicas, como la autoconsciencia, el razonamiento o la libre elección y sólo mientras duren esas capacidades fácticas, tal como lo sostienen entre varios otros Peter Singer, Tristram Engelhardt y John Harris.³²

Todo esto es la consecuencia directa y la culminación de una evolución que comienza en los albores de la Edad Moderna, cuando Descartes invirtió el proceso de conocimiento y lo hizo partir no desde la realidad hacia el entendimiento, tal como se lo

²⁹ Ibáñez Langlois, J. M., *Sobre el estructuralismo*, Pamplona, EUNSA, 1985, p. 126.

³⁰ Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 153-172; Massini-Correas, C. I., “Sobre el embrión humano y la cuestión de la personificación. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión”. *Prudentia Iuris* 76, 2013, pp. 65-77.

³¹ Spaemann, R., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, EUNSA, 2003, pp. 347-352.

³² Singer, P., *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 213-214.

había pensado hasta entonces, sino desde el *cogito* del sujeto hacia una realidad previamente reducida a sus dimensiones cuantitativamente espaciales. Escribe Tomás Melendo que

lo que Descartes sostiene es que el pensamiento no exige previamente, con prioridad de naturaleza, la existencia o el ser, sino que es el propio pensar... lo que *confiere su realidad* a lo pensado. En este sentido —continúa Melendo— el pensamiento (y, en general, la subjetividad humana) se alza como *principio primero no fundamentado*, como principio sin principio, de cualquier realidad posterior...; la subjetividad —concluye— comienza a ocupar el puesto que hasta entonces correspondía al ser, tornando imposible un conocimiento y un juicio verdaderos —‘objetivos’ diríamos hoy— sobre ‘lo-que-es’, sobre ‘lo-que-tiene-ser’.³³

De este modo, y este proceso se profundizará en los siglos posteriores, se produce lo que puede llamarse una “opción por la inmanencia”, según la cual el conocimiento de la realidad y la libertad de acción tienen su raíz y fundamento sólo en la interioridad humana, que es la que les daría sentido y contenido.³⁴ Por supuesto que este proceso supone un radical “olvido del ser”, que en algunos casos se convierte en “rechazo del ser” e implica siempre una desatención sistemática de la consistencia de la realidad en sí, con independencia de la percepción y de la manipulación humanas. En definitiva, de lo que se trata aquí es de una transformación del “ser en sí” en un “ser para mí”; de la mutación de la búsqueda de la realidad del ser a través del conocimiento y del ser-bien por la acción humana, a la construcción de la realidad y la moralidad mediante la razón y la voluntad del sujeto humano.

Pero no sólo la vertiente subjetivista de la modernidad contribuye a la difuminación de la idea del ser humano-persona y de su correspondiente dignidad, sino que también las tardo-

³³ Melendo, T., *Dignidad humana y bioética*, Pamplona, EUNSA, 1999, p. 63.

³⁴ Cardona, C., *Metafísica de la opción intelectual*, Madrid, Rialp, 1973, pp. 175 y ss.

modernas visiones constructivistas y estructuralistas del sentido del universo, la historia y la vida humana, abocan a la supresión —al menos intentada— de la personificación del sujeto individual y a su dilución en el contexto de estructuras anónimas a las que se reduce la realidad completa. De este modo, el marxismo, el freudismo, el estructuralismo y sus afines, han conducido a la reducción del ser humano a un mero elemento funcional de estructuras económicas, psicológicas o lingüísticas autosuficientes. En este sentido, sostiene Jean Grondin que “son justamente esas ciencias sociales [estructurales] las que le han dado el golpe de gracia al mega-sujeto moderno. Ahora bien, ese sujeto moderno ha sido suplantado, en la «lógica» de las ciencias sociales, por la idea de un mundo construido, o mestizado, regido por estructuras más o menos ordenadas”, y más adelante concluye que

esta idea ha terminado por sacudir la autonomía de la razón humana, puesto que el sujeto humano ha sido percibido, cada vez más, como lo resultante de estructuras o de construcciones sociales, de lenguaje y culturales...; se ha ido imponiendo así la idea de la primacía de la estructura (o de la construcción) sobre el sujeto...; el individuo —finaliza— no es el dueño de su destino, pertenece a un orden social del que su conciencia no es más que un reflejo.³⁵

Ahora bien, llegado a este punto, corresponde preguntar: esta pérdida integral del ser, subjetiva o estructural, ¿no se traducirá indefectiblemente en un rechazo radical del valor ontológico, real, propiamente de ser, del sujeto humano y en general de las realidades que tienen un valor en sí y por sí, de los denominados clásicamente “bienes honestos”? “Y como entre estos [bienes] —afirma nuevamente Tomás Melendo— el lugar de preferencia corresponde a los sujetos personales, la civilización contemporánea habrá de caracterizarse por su incapacidad para advertir la valía cardinal, la dignidad, de las personas”; o en otros

³⁵ Grondin, J., *Del sentido de la vida. Un ensayo filosófico*, Barcelona, Herder, 2005, pp. 45-51.

términos: “El olvido o rechazo del ser —padre de la cultura y civilización modernas— se configura, desde una perspectiva estrictamente fundamental, como la clave de la paradoja de la dignidad conculcada”.³⁶

En lo que sigue, en el presente estudio se esbozará un ensayo de respuesta a esta paradoja y se desarrollará un breve análisis de la fundamentación de la intrínseca dignidad de las personas humanas en las claves del realismo clásico, en especial dentro de los parámetros tomistas de ese pensamiento. Pero además, como en esta oportunidad se está debatiendo acerca del cometido o lugar propio de la noción de dignidad de la persona humana en el ámbito del derecho, también se considerarán los principales aspectos de la relación entre esas dos nociones, derecho y dignidad de la persona, fundamentalmente en lo que se refiere a la necesidad de tener en cuenta esa dignidad para configurar la noción misma de derecho, para la fundación de la idea e implicaciones del derecho natural, de la subsiguiente noción de derechos naturales o “humanos”, de la concepción clásica de “gobierno del derecho”, así como de sus implicaciones en el ámbito del bioderecho y del derecho ecológico o ambiental.

II. SER Y PERSONA

Como se expuso más arriba, la gran mayoría de las concepciones modernas y contemporáneas de la persona revisten carácter relacional, fenoménico o bien reductivo; esto significa que, al conceptualizar a la persona, se tiene principalmente en cuenta —y a veces exclusivamente— su vinculación con otro elemento diverso de la personeadad misma, como la aceptación o estructuración social, o sus principales manifestaciones, como la autoconciencia, o bien alguno de sus elementos constitutivos, como su libertad-autonomía, considerado como el elemento decisivo y único de su

³⁶ Melendo, T., *Dignidad humana y bioética*, Pamplona, EUNSA, 1999, pp. 91-93.

configuración esencial.³⁷ Se tratará aquí, por lo tanto, de exponer la concepción de la dignidad de la persona propia de la denominada “tradicción central de occidente”,³⁸ que critica y supera la noción moderna y tardo-moderna y propone una visión de esa dignidad arraigada en la realidad constitutiva de la persona.

Por supuesto que para exponer esta perspectiva clásica en un espacio razonablemente reducido, será necesario dar por conocidas ciertas afirmaciones acerca de las realidades personales: (i) todo lo referido a la *etimología* de las palabras “persona” y “dignidad”, que es un punto de partida inexcusable para la dilucidación de las correspondientes nociones; (ii) lo vinculado con la *definición* clásica de persona, conceptualizada por Boecio como “sustancia individual de naturaleza racional”, y comentada por varios pensadores eminentes, en especial por Tomás de Aquino, y (iii) todo lo que hace a la *noción* misma de dignidad, tanto en su dimensión ontológica, como en la ética y la estética, donde se concreta en las subnociones de eminencia y de valor intrínseco.³⁹ Se tratará entonces, solamente del fundamento constitutivo de esa dignidad de la persona humana, analizado y explicado desde una perspectiva estrictamente filosófica, aunque eventualmente se efectuará una mención a su raíz teológica.

Hechas estas aclaraciones, y comenzando con lo que respecta a ese punto, corresponde iniciar afirmando que la etimología de la palabra “fundamento” proviene de la expresión latina *fundamentum*, que significó originariamente la noción de “cimiento” o “soporte” de una construcción cualquiera. Posteriormente, y del mismo modo que aconteció con varias otras palabras, se fue trasladando su sentido físico o material para pasar a significar, en el

³⁷ Véase Torralba Roselló, F., *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*, Barcelona, Herder, 2005, pp. 97-316.

³⁸ George, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 19.

³⁹ Millán-Puelles, A., *Léxico Filosófico*, Madrid, Rialp, 1984, pp. 457-466; Trigeaud, J. M., *Personne ou la justice au double visage*, Génova, Studio Editoriale di Cultura, 1990, pp. 57 y ss.

orden epistémico o ético, aquellos principios que otorgan justificación racional a una afirmación, un razonamiento, una norma, un valor o una institución. Es decir, que, por el recurso retórico de la metáfora, se pasó de significar lo que sostenía físicamente a una construcción, a connotar las razones primeras que sostienen intelectualmente a una proposición o grupo de proposiciones.⁴⁰

De lo que se trata, por lo tanto, al hablar de fundamentación de la dignidad personal, es de encontrar ciertos principios que, en razón de aparecer como primeros y directamente cognoscibles, justifiquen racionalmente, por la vinculación o ilatividad lógica que habrá de existir entre ellos, la existencia y extensión de la dignidad personal. Dicho de otro modo, y volviendo a la analogía originaria con los cimientos y la construcción que en ellos se sostiene, el proceso de fundamentación consiste en establecer la realidad y carácter de aquellos fundamentos que revisten aptitud para soportar —en este caso racionalmente— el edificio conceptual de la dignidad humana. Se trata, por lo tanto, de inferir correctamente, a partir de ciertas verdades primeras y más conocidas, la justificación racional de las proposiciones que explican el carácter de la personificación humana y las razones de su dignidad.⁴¹

Ahora bien, estas verdades primeras a partir de las cuales es posible desarrollar una argumentación que fundamente la dignidad humana no pueden tener carácter convencional, tal como pueden serlo los principios de ciertas ciencias formales, sino que han de tener estricto carácter cognitivo, dado el mismo carácter cognitivo de las afirmaciones que se pretende justificar a partir de ellas.⁴² Y si lo que se busca es justificar la existencia y alcance de una especial perfección —la dignidad consiste en una cierta elevación, prelación o excelencia, es decir, en una perfección— es

⁴⁰ Cfr. Massini-Correas, C. I., *Filosofía del Derecho-I-El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2005, pp. 131-141.

⁴¹ Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pp. 77 y ss.

⁴² Kalinowski, G., “La justification de la morale naturelle”, en varios autores, *La morale: sagesse et salut*, ed. de C. Bruaire, Paris, Fayard, 1981, pp. 209-220.

preciso remitirse, como punto de partida de la fundamentación, a la perfección originaria y radical, a aquella a partir de la cual todo el resto de las perfecciones adquieren sentido y explicación. Y esta perfección primigenia y por antonomasia es la que corresponde al *ser*; más precisamente al acto de ser o *esse*, por el que toda realidad —todo *ente*— existe en cuanto tal.

La esencia de los entes espirituales —ha escrito Cornelio Fabro—... en el orden entitativo, en cuanto el espíritu creado es en sí finito, está compuesta de esencia (como potencia) y de ser (*esse*) participado (como acto último); por lo cual, todo lo que existe en el mundo, sea material o espiritual, se dice ente como aquello que tiene el ser (*esse*) por participación.⁴³

Por su parte y con su precisión habitual, y refiriéndose específicamente a las perfecciones humanas, Tomás de Aquino ha escrito que

Toda la nobleza de cualquier cosa le pertenece en razón de su ser (*esse*): pues ninguna nobleza derivaría para el hombre de su sabiduría si por ella no fuese sabio; y lo mismo cabe decir de las restantes perfecciones. En consecuencia, a tenor de la forma como una realidad posee el ser (*esse*), se determina el grado y la calidad de su nobleza: pues cada cosa es más o menos noble conforme su ser (*esse*) es contraído a un cierto y especial modo de nobleza, mayor o menor.⁴⁴

Por lo tanto, cualquier perfección que corresponda al ser humano-persona, como es el caso de la alegada dignidad, habrá de tener su raíz o fundamento originario en el ser (*esse*) del que el hombre participa dentro de los límites de su esencia. Pero además, al ser la forma-alma del ente humano-persona de carácter radicalmente *espiritual*, es decir, que trasciende de modo eminente las condiciones empobrecedoras de la materia y que puede

⁴³ Fabro, C., *Introduzione a San Tommaso. La metafisica tomista e il pensiero moderno*, Milán, Ares, 1983, p. 204.

⁴⁴ Aquino, Tomás de, *Summa contra gentiles*, Madrid, BAC, 1968, vol. I, cap. 27.

abrirse por ello a toda la naturaleza por su conocimiento y a todo bien por el querer de su voluntad, el ser (*esse*) que le otorga la existencia reviste un carácter también eminente, y es posible sostener que “el hombre... constituye la máxima y suprema encarnación de la substancialidad (y así, del ente participado)”⁴⁵

Y en lo que respecta al origen o inicio o fundamento de todo conocimiento, Cornelio Fabro ha expuesto con claridad que

El ente es el primer plexo noético originario (*primum cognitum*) constitutivo del conocer en sentido fuerte, es decir, opera y se presenta a la confluencia de todas las funciones de conciencia, sean cognitivas o sean tendenciales, sean sensibles o espirituales: por lo tanto trasciende tanto la intuición (sensible) como la abstracción (íntelectiva), porque las sustenta a ambas... Es con la aprehensión del *ente* como *primum cognitum*... que el pensamiento hace su inicio y puede avanzar en su camino, proyectando las diversas formas ya sea del conocer o del obrar.⁴⁶

Por lo tanto, con todo esto queda en claro que la justificación racional-*fundamentum* de la dignidad de la persona humana ha de buscarse entonces en el acto de ser (*esse*) que, debido al carácter espiritual del alma humana, ha de tener una elevación y una perfección especiales, que hacen posible al hombre conocer verdades universales y amar al bien completo. Ese acto de ser (*esse*), que es la raíz entitativa de la dignidad personal, es participado —como es participado el ser de todos los entes finitos— en una “naturaleza racional” y por lo tanto de carácter espiritual, que trasciende plenamente los condicionamientos limitativos de la materia.

En este punto cabría realizar una precisión adicional; ella se refiere a que la persona humana reviste efectivamente —tal como lo precisa la definición boeciana— el carácter de sustancia indivi-

⁴⁵ Melendo, T., *Dignidad humana y bioética*, Pamplona, EUNSA, 1999, p. 151.

⁴⁶ Fabro, C., *Introduzione a San Tommaso. La metafisica tomista e il pensiero moderno*, Milán, Ares, 1983, pp. 206-207; véase Fabro, C., *La nozione metafisica di partecipazione, secondo San Tommaso d'Aquino*, Opere Complete, vol. 3, Roma, EDIVI, 2005, *passim*.

dual. Pero en este caso, al tratarse de una sustancia espiritual, recibe el ser (*esse*) de un modo especial, diverso del que corresponde a los seres infra-espirituales y por lo tanto infra-personales.

Mientras que en las sustancias no personales —escribe Tomás Melendo— es el compuesto sustancial, el todo, quien recibe el ser *por* la forma *en* la materia, la realidad personal del hombre es tal porque —como demuestran el conocimiento intelectual y el obrar libre...— *su alma* resulta capaz de recibir el ser *en sí misma* (y, en este sentido, por sí); *de ahí que afirmemos su índole espiritual*. Y ese ser que el alma recibe en propiedad privada, lo comunica, lo da a participar al cuerpo, tornándolo un cuerpo personal, humano. Nos encontramos ante la clave metafísica de la dignidad del hombre: *la espiritualidad del alma que le pertenece*. Pues en verdad —concluye— y hablando con rigor, el hecho de que ésta pueda recibir al ser *en sí* y, en cierto modo, lo exija, da razón de la nobleza ontológica de la persona humana, de la peculiar intensidad y grandeza de su acto de ser.⁴⁷

Expresado en otros términos, es posible sostener que, en cuanto espiritual, el alma humana recibe el ser de un modo superior al de las formas no espirituales, a saber, recibe en sí completamente al ser del compuesto personal y comunica ese mismo ser al cuerpo material. Pero se trata siempre de un único ser personal y por ende espiritual, que no depende entonces del cuerpo para existir y puede existir sin ese cuerpo. En este sentido, afirma Tomás de Aquino que

Como el alma no puede tener ser individuado sino en la medida en que se une al cuerpo como forma suya..., es preciso que no comience a ser sino en el cuerpo. Sin embargo, adquiere en el cuerpo un ser absoluto, no abatido o forzado al cuerpo. Y por eso —concluye— incluso tras la destrucción del cuerpo permanece, según su ser, individuada y distinta de toda otra alma.⁴⁸

⁴⁷ Melendo, T., *Dignidad humana y bioética*, Pamplona, EUNSA, 1999, p. 150.

⁴⁸ Aquino, Tomás de, *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*, Pamplona, EUNSA, 2005, II, D. 17, q. 2, a. 2, ad 4.

De este modo se explica consistentemente la raíz de la inmortalidad del alma humana,⁴⁹ ya que, al recaer completamente el acto de ser en el alma espiritual, y sólo a través de ella en el cuerpo material, la sustancialidad del alma trasciende infinitamente la materia, y es susceptible de subsistir aun cuando el cuerpo se haya extinguido. En este sentido, sostiene Carlos Cardona que

Aunque la naturaleza humana completa incluya el cuerpo, el alma es directamente creada por Dios como subsistente en sí misma, y participando al cuerpo su propio acto de ser. Sabemos que [el alma] subsiste en sí porque tiene operaciones (el entender y el amar) que no son corpóreas, al suponer la posesión intencional de la forma ajena en su alteridad, abstracta y universal, no determinada ni individuada por materia alguna; y el obrar sigue al ser: una operación espiritual —inmaterial— supone una substancia espiritual... Por eso —concluye— y teniendo en cuenta las connotaciones actuales del término persona (consciencia y libertad), no hay inconveniente alguno en decir que, después de la muerte del hombre, el alma separada sigue siendo persona... el mismo sujeto individual y singular de su ser y de su obrar...⁵⁰

Finalmente, corresponde precisar y sintetizar algunas ideas acerca del carácter participado del acto de ser (*esse*) de la persona humana, y esto es necesario porque todo lo sostenido acerca del carácter eminente del ser (*esse*) propio del ente humano no puede hacer olvidar que se trata de un ser participado en los límites de una naturaleza. En efecto, tal como lo precisa Fabro:

La esencia como principio de distinción de los entes implica por doquiera [*ovunque*] una limitación de la perfección del ente; no es el *esse ipsum* sino que participa del ser, acto primero, acto de todos los actos. Ser en acto (*esse actu*) es encontrarse en la realidad, ser rea-

⁴⁹ Véase Millán-Puelles, A., *La inmortalidad del alma humana*, Madrid, Rialp, 2008, *passim*.

⁵⁰ Cardona, C., *Metafísica del bien y del mal*, Pamplona, EUNSA, 19873, p. 75.

lizado: pero primero es ser *tal o cual naturaleza* (es decir, perfección) y así toda determinación de lo real, es una participación del ser.⁵¹

Esto significa que, en cualquier caso, la perfección personal es una perfección participada dentro de los límites de una naturaleza, que aun cuando sea espiritual tiene el *esse* como recibido y constreñido a existir en los confines de una forma de ser. Y esa naturaleza es, además, la que le marca las líneas de la actividad propia de la persona humana en el camino del completamiento de su perfección propia.

Por eso, cuando Tomás de Aquino habla de la persona humana diciendo que tiene “un ser (*esse*) absoluto”, esta locución no ha de interpretarse en el sentido de un absoluto pura y simplemente, sino de un absoluto en cierto sentido, es decir, de un absoluto participado, de una absolutidad sólo con referencia a la condición propia de los seres infra-personales y en el orden del valor, pero nunca en el orden ontológico en el cual el único absoluto es el absoluto subsistente, el *ipsum esse subsistens*. “El hombre —escribe Mondin— es un valor absoluto, pero no posee en sí mismo la razón última de la propia absolutidad: de esta última el único fundamento adecuado es el valor absoluto subsistente, Dios, el cual es absoluto sea como valor sea como ser”.⁵² Y es por este carácter participado de su ser y su dignidad, que el hombre está limitado en sus atributos más personales: en su conocimiento y en su libertad; en efecto, tanto el conocimiento como la libertad humanas tienen una naturaleza propia, que limita constitutivamente el alcance de sus operaciones, ordenándolas respectivamente a la verdad y al bien.⁵³

Intentando sintetizar lo sostenido hasta ahora, tarea espínosa en razón de la complejidad de los temas abordados, puede

⁵¹ Fabro, C., *Introduzione a San Tommaso. La metafisica tomista e il pensiero moderno*, Milán, Ares, 1983, p. 212.

⁵² Mondin, B., *Il valore uomo*, Roma, Dino Editore, 1983, pp. 181 y ss.

⁵³ Alvira, T., *Naturaleza y libertad. Estudio sobre los conceptos tomistas de voluntas ut natura y de voluntas ut ratio*, Pamplona, EUNSA, 1985, *passim*.

decirse que: (i) a pesar de la aceptación difundida de la idea de dignidad de la persona humana, las explicaciones modernas y contemporáneas más habituales de esa dignidad resultan radicalmente insuficientes, ya que radican en los niveles lingüístico, social, fenoménico o dialógico, y presentan formulaciones reductivas de la personabilidad humana;⁵⁴ (ii) una fundamentación adecuada de esa dignidad, que en cuanto tal es una perfección entitativa, ha de radicar en el principio de toda perfección posible, es decir, en el acto de ser (*esse*), principio constitutivo de todo cuanto existe, en especial de las realizaciones más plenas de los entes; (iii) el acto de ser de cada ente (lo que tiene ser) es una participación trascendental⁵⁵ del ser en sí, del *ipsum esse subsistens*, que los entes reciben dentro de los límites estrictos de su naturaleza propia, es decir, restringidamente; (iv) en el caso del ser humano, éste es persona porque tiene una naturaleza racional, es decir, espiritual: abierta por la razón al conocimiento universal y por la voluntad al amor de todo bien, y por esto se trata de una naturaleza intrínsecamente valiosa y eminentemente superior al resto de los entes no-humanos, por lo que corresponde reconocer una especial dignidad de la persona humana; (v) esta naturaleza espiritual, que recibe el ser (*esse*) de modo excelente y por lo tanto superior, lo recibe, no obstante, como participación del ser en sí (*ipsum esse*) y por esta razón su conocimiento y su voluntad no son absolutas pura y simplemente, sino sólo en referencia al resto de los entes naturales; (vi) de este modo, la justificación racional de la dignidad de la persona humana adquiere un carácter ontológico, referido a la realidad misma del hombre, a su valor intrínseco, y no sólo a las manifestaciones, cualidades accidentales u operaciones que le son propias; en otras palabras, el hombre no es persona con dignidad porque conozca universalmente y actúe con libertad, sino que conoce y actúa de ese modo estrictamente

⁵⁴ Massini-Correas, C. I., “Filosofía y «antifilosofía» de los derechos humanos”, en Alvira, R. (ed.), *Razón y libertad*, Madrid, Rialp, 1990, pp. 378-400.

⁵⁵ Fabro, C., *Introduzione a San Tommaso. La metafisica tomista e il pensiero moderno*, Milán, Ares, 1983, pp. 213-217.

porque es persona, y en cuanto tal revestido de una especial dignidad o eminencia.

Todo lo anterior ha sido desarrollado en el nivel de la estricta filosofía, pero es posible explicitarlo en un nivel estrictamente teológico, es decir, de la *sacra doctrina*, elaborada a partir de las fuentes de la revelación divina: la escritura y la tradición de la Iglesia. En especial, a partir del conocido texto del Génesis 1, 26-27, según el cual Dios dice: “Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza”, semejanza que tiene su fundamento radical en la causalidad y la participación y su expresión lingüística y conceptual en la analogía.⁵⁶ No obstante la enorme riqueza de la meditación teológica de la Iglesia acerca de la dignidad personal del hombre, en este lugar prescindiremos de estos aportes, remitiéndonos a los textos de algunos teólogos acreditados, que son muchos y de especial relevancia.⁵⁷

III. LA DIGNIDAD HUMANA Y EL SENTIDO DEL DERECHO

Una vez que se ha expuesto brevemente el fundamento realista de la dignidad de la persona humana y dando también por supuesto el conocimiento del concepto mismo de persona y el de dignidad, corresponde indagar acerca de la relevancia que tienen estas nociones en el ámbito del derecho, que es el objeto de estudio en el marco de estas Jornadas de Derecho Natural. A esos efectos, se realizará ante todo un breve excursus acerca del lugar de la noción de dignidad humana en el ámbito del conocimiento práctico, para luego pasar a ensayar sucintamente las respuestas a las siguientes preguntas: (i) en el desarrollo del *concepto de derecho*, ¿juega algún papel la noción de dignidad de la persona, en especial en el sentido que se ha explicitado en las páginas anteriores?; (ii) en la tradición

⁵⁶ Fabro, C., *Esegesi Tomistica*, Roma, Libreria Editrice Lateranense, 1969, pp. 407-448.

⁵⁷ Reinhardt, E., *La dignidad del hombre en cuanto imagen de Dios. Tomás de Aquino ante sus fuentes*. Pamplona, EUNSA, 2005, *pássim*; Koninck, T. de, *De la dignidad humana*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 151-186.

doctrinal del *derecho natural*, ¿tiene un lugar central esa dignidad para la explicación del concepto y alcances del derecho natural?; (iii) en una noción rigurosa —tributaria de la anterior— de *derechos humanos*, ¿reviste alguna relevancia positiva la idea de dignidad de la persona humana, tal como pareciera desprenderse del discurso habitual acerca de esos derechos, o se trata meramente en ese discurso de una invocación retórica?; (iv) en cuanto a la idea de *gobierno del derecho*, ¿tiene alguna vinculación con la idea de dignidad humana o bien se trata de nociones independientes?, y finalmente (v) ¿qué repercusión tiene esa idea de dignidad humana con la conformación y soluciones correspondientes al *bioderecho* y al derecho ambiental?

Con respecto al tema preliminar, el del ámbito propio de la idea de dignidad humana en el contexto del pensamiento práctico-ético, conviene recurrir a las oportunas consideraciones efectuadas en este punto por Alfonso Gómez-Lobo en su interesante libro *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*. Allí, el filósofo chileno pone de relieve la referencia del término “dignidad” al valor intrínseco que tiene el hombre en virtud de lo que es en sí mismo, es decir, ontológicamente y no principalmente en virtud de sus acciones. Por ello, sostiene Gómez-Lobo:

Los bienes humanos sin duda nos ofrecen razones para actuar. ¿Qué razones para la acción ofrece la idea de dignidad? Ciertamente no ofrece razones ‘positivas’. No podemos hacer nada para obtenerla pues todos los seres humanos ya la poseemos. Pero sabemos también que la dignidad puede ser menoscabada por cierto tipo de acciones. En este sentido es una propiedad de los seres humanos que nos da razones ‘negativas’ para la acción, es decir, nos llama a omitir determinadas acciones.⁵⁸

Pero aclara también que, no obstante lo anterior, resulta obvio que la protección general de la dignidad humana —su respe-

⁵⁸ Gómez-Lobo, A., *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile-Buenos Aires, Mediterráneo, 2006, p. 61.

to— puede requerir muchas veces la realización de acciones que aparecen como eminentemente positivas.

Y más adelante precisa que “en el actuar concreto, el respeto por la dignidad consistirá fundamentalmente en respetar y proteger los bienes de una persona...; el respeto por las personas debe ser entendido como respeto por los bienes básicos de esas personas en razón de lo que ellas mismas son”.⁵⁹ Esto significa que los bienes que constituyen la perfección ética del ser humano y que proveen las razones para el obrar moral, revisten propiamente ese carácter ético en razón de ser bienes para una persona, es decir, un ente espiritual y en consecuencia racional y libre, que puede alcanzar esa perfección —siempre limitada aunque la muerte— a través de su acción libre y dirigida por la razón práctica. En otras palabras, el hombre es un ser ético porque es un ser personal-espiritual, cuya realización propia sólo se alcanza a través de una praxis o conducta conocida y dirigida por la razón y elegida por la voluntad libre. Por esto, resulta indudable que la realidad del ser humano en cuanto persona dotada de dignidad y su correspondiente noción cognitiva juegan un papel de especial relevancia en la constitución de la praxis ética y en la conformación de la filosofía práctica.

Ahora bien: ¿qué sucede con la dignidad humana y el derecho? La respuesta debe partir del hecho de que la realización humana, es decir, el logro de su bien propio, es una tarea mancomunada o colectiva, que se alcanza a través de la interacción humana y se disfruta por la participación en un bien común.⁶⁰ Esto significa que la empresa de realización social del bien completo del ser humano, supone una labor de coordinación o dirección conjunta de las conductas humanas para hacer posible la obtención comunitaria de los bienes que integran el bien común, así como ordenar y disponer el disfrute de los beneficios de

⁵⁹ *Ibidem*, p. 62.

⁶⁰ Massini-Correas, C. I., “Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”, *Anuario Filosófico*, 27/2, 1994, pp. 817-828.

esa acción colectiva.⁶¹ Por otra parte, esta realización común del bien humano requiere para su máxima realización del tipo de comunidades que se denominan *políticas*, y que pueden llamarse también completas o integrales, ya que en ellas es posible alcanzar un nivel y variedad de bienes que no es posible lograr en las restantes comunidades infra-políticas.

Pero este mismo carácter completo de la comunidad política, hace que el bien común que en ella se persigue revista un carácter especialmente complejo; en referencia a la comunidad política, escribe Finnis que:

Aquí tenemos el bien común más complejo, el cual (sujeto al principio de subsidiaridad) no excluye ningún aspecto del bienestar individual y se ve afectado potencialmente por cualquier aspecto de cualquier plan de vida...; esta preocupación de las personas y grupos particulares por bienes individuales, por bienes comunes específicos y por aspectos particulares del bien común omnicomprendido, promoverá ese bien común omnicomprendido solamente si las opciones particulares resultantes se sujetan a algún grado de coordinación.⁶²

Por otra parte, esta coordinación de las acciones humanas exigida por el bien común político sólo puede alcanzarse de dos modos: por la unanimidad o por la autoridad, y es bien sabido que la unanimidad, en comunidades humanas extensas y complejas, resulta prácticamente inasequible. Es por eso que todas las comunidades políticas que la historia registra han optado por la segunda alternativa, la autoridad.⁶³ Y puede decirse que en una comunidad existe autoridad cuando, en la búsqueda del bien común del todo social, existe un órgano (individual o colectivo) que coordina las acciones de los integrantes a través de directi-

⁶¹ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 231-233 y *passim*.

⁶² *Ibidem*, p. 233.

⁶³ Véase Anscombe, G. E. M., "On the Source of the Authority of the State", en Raz, J. (ed.), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, pp.142-173.

vas que se presentan como razones excluyentes para la acción, es decir, razones que sobrepasan a cualquier otra razón particular para actuar que puedan tener los miembros del todo social.⁶⁴ De cualquier forma, lo importante aquí es que la autoridad, en especial la autoridad política, se expresa a través de razones para la acción. Y es casualmente en el caso de la autoridad política en el que sus directivas revisten carácter jurídico, es decir, son derecho normativo, normas decisivas —y a veces coactivas— que han de dirigir la conducta humana en alteridad hacia el bien común de la comunidad completa.⁶⁵

Esto coincide con lo sostenido varias veces por Tomás de Aquino, para quien las leyes son dictámenes de la razón práctica, orientados a la consecución del bien común y sancionados por la autoridad de la comunidad.⁶⁶

La idea de Tomás de Aquino —afirma en este punto Mark Murphy— es que, no importa lo que pensemos acerca de otros aspectos de la ley, estamos de acuerdo en que consiste en normas, es decir, estándares imperativos por los cuales nuestra conducta es evaluada. Más aun, el tipo de evaluación de que se trata es esencialmente práctico: el estándar que la ley establece es un estándar por el cual cada uno es ‘inducido a actuar o disuadido de ello’. Pero los únicos estándares que pueden inducir a los seres racionales a actuar son estándares racionales. Por lo tanto, la ley es necesariamente un estándar racional de conducta.⁶⁷

Esta última idea resulta especialmente relevante para la argumentación que estamos desarrollando, toda vez que evidencia

⁶⁴ Véase Raz, J., “Authority and Justification”, en Raz, J. (ed.), *Authority*. Oxford, Basil Blackwell, 1990, pp. 115-141, y Raz, J., “Reasons for Action, Decisions and Norms”, en Raz, J. (ed.), *Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 128-143.

⁶⁵ Massini-Correas, C. I., *Filosofía del Derecho-I-El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2005, pp. 35-38.

⁶⁶ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, Madrid, BAC, 1956, I-II, q. 90, a. 1.

⁶⁷ Murphy, M. C., *Philosophy of Law. The Fundamentals*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007, p. 39.

que el derecho normativo, que consiste en un tipo de directivas racionales para la acción, es el modo propio de dirigir la conducta de las personas humanas, es decir, de los entes racionales y libres. Esto supone que, si por una hipótesis retórica, el hombre no fuera racional y libre, no sería el derecho la directiva propia de su obrar, sino que sería objeto de algún tipo de adiestramiento o entrenamiento como el que se utiliza para condicionar la actividad de los animales. Por lo tanto, resulta irrefutable que la dignidad de la persona humana forma parte —de modo explícito o implícito— de la noción misma del derecho, y que su ausencia de entre los elementos de esa noción lo privaría de su sentido radical: el de ser la directiva de los actos de la persona humana en la comunidad política, para la realización del bien común de las personas en esas comunidades máximas en el orden temporal.⁶⁸

IV. DIGNIDAD HUMANA, DERECHO NATURAL Y DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, el derecho proporciona razones decisivas para el obrar humano, razones que se fundan en las distintas dimensiones del bien humano y que se formalizan en normas jurídicas. Pero sucede que esas normas jurídicas son fundamentalmente de dos tipos: (i) aquellas cuya adecuación directiva con los bienes humanos y su realización común resulta directamente cognoscible, y que se denominan principios de derecho natural: *principios* porque son primeros en el orden práctico-jurídico, y de derecho *natural* porque son cognoscibles por la razón natural y porque ordenan la conducta a bienes que responden a las dimensiones perfectivas de la naturaleza humana,⁶⁹ y (ii) las llamadas normas de derecho positivo, es decir, aquellas que surgen inmediatamente de la razón

⁶⁸ Soaje Ramos, G., “Sobre la politicidad del derecho. El bien común político”, en Castaño, S. y Soto Kloss, E. (eds.), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 15-45.

⁶⁹ Reiner, H., *Fundamentos, principios y normas particulares del derecho natural*, Madrid, Encuentro, 2015, p. 24.

práctica de las autoridades políticas y concretan o determinan el contenido de los principios de derecho natural.⁷⁰

En ambos casos, el criterio para determinar la pertenencia de una directiva pública tanto al derecho natural cuanto al positivo, reviste carácter tético o finalista y radica en la ordenación de la norma-proposición de la razón práctica, a la realización, promoción o respeto de algún bien humano en su dimensión comunitaria. En el primer caso —el del derecho natural— se trata, ya lo dijimos, de principios normativos o normas primeras desde el punto de vista deóntico, es decir, que revisten una prelación o superioridad en cuanto directivas de la conducta humana. En el segundo caso —el de las normas de derecho positivo— se trata de las normas que regulan inmediatamente el obrar humano, concretando lo que en universal prescriben los principios del derecho natural. De hecho, las normas positivas tienen, en la enorme mayoría de los casos, un contenido en parte natural y en parte propiamente positivo, pero en todos los casos ha de tratarse de una regulación racional, de razón práctica, ordenada a la mejor realización de una o varias dimensiones del bien humano en su realización común.⁷¹

Y con respecto a la dignidad de la persona humana, está claro que toda regulación racional-jurídica de la conducta humana, sea de derecho natural o positivo, está ordenada a la dirección de la operación, racional y libre, de personas humanas. Pero no sólo esto es importante, sino que también la dignidad de la persona opera como criterio, mayormente negativo, de los contenidos del derecho natural. Dicho en otras palabras, esa dignidad opera como un límite deónticamente infranqueable respecto de lo que puede hacerse con el hombre, es decir, opera como lo que se denomina un absoluto moral, fijando aquello que no debe hacerse nunca con el ser humano.⁷² Esto significa que jamás, es decir, de

⁷⁰ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, Madrid, BAC, 1956, I-II, q. 90-97.

⁷¹ Porter, J., *Nature as Reason. A Thomistic Theory of the Natural Law*, Grand Rapids-Michigan-Cambridge, Eerdmans Publishing, 2005, pp. 231-324.

⁷² Finnis, J., “Moral Absolutes in Aristotle and Aquinas”, *Collected Essays-*

modo inexcusable, es legítimo realizar acciones que atenten directa y deliberadamente contra las dimensiones centrales de la dignidad humana: contra la libertad, como, por ejemplo, a través de la esclavitud, o contra el conocimiento de la realidad, como en el caso de la mentira, y así sucesivamente.

De este modo, la dignidad de la persona humana opera como criterio fundamental de lo que no debe hacerse nunca al hombre⁷³ y constituye de este modo una exigencia negativa de la ley natural. Y cuando se está frente a conductas en alteridad realizadas en el marco de la comunidad política, se tratará de normas inexcusables de derecho natural, como en el caso de las que proscriben la muerte de quien se sabe inocente, aun cuando puedan alegarse en ese caso razones de utilidad de las consecuencias de esa acción. En definitiva, de lo que se trata es de que los principios y normas de derecho natural no sólo están destinados a regular la conducta de personas humanas, sino que también la dignidad de esas personas impide tratarlas como si no lo fueran, es decir, como meras cosas materiales y servirse de seres humanos —manipularlos— como si fueran simples instrumentos al servicio de los intereses de los poderosos.

Algo similar es lo que sucede en el caso de los derechos subjetivos naturales, denominados comúnmente “derechos humanos”; en este caso, se trata de facultades jurídicas cuyo título radical se encuentra en la condición de persona dotada de una especial dignidad que corresponde a los sujetos titulares de esos derechos-facultades. En rigor, sólo un sujeto dotado de personidad y su correspondiente dignidad es capaz de ser titular de estas facultades jurídicas, que no se tienen principalmente por haber sido otorgadas por las autoridades políticas, sino que se poseen raigalmente por el sólo valor intrínseco de ese mismo sujeto. Ha

Vol. I-Reason in Action, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 187-198; *McInerney*, 1997, pp. 88 y 89.

⁷³ Pinkaers, S., *Ce qu'on ne peut jamais faire. La question des actes intrinsèquement mauvais. Histoire et discussion*, Paris-Friburgo, Éditions Universitaires Fribourg-Éditions du Cerf, 1986, pp. 67-110.

escrito en este sentido Robert Spaemann que “este concepto [de dignidad humana] no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general. Lo que con él se nombra —concluye— es algo más originario de lo que se expresa por medio del término «derecho humano»”.⁷⁴ En otras palabras, es la razón formal por la que un ente puede ser considerado por sí mismo como titular de derechos.

En un sentido similar, John Finnis ha escrito que

cada miembro de la especie humana tiene títulos de justicia. Por lo tanto, desde que el objeto de la justicia es siempre el derecho de alguien {*ius*}, existen ciertos derechos a los que tiene título cada miembro de nuestra especie: los derechos humanos... Mejor aún, cada uno de nosotros tiene ese título porque cada miembro individual de la especie tiene la dignidad de ser una persona. Y esto no es un ‘status’ a ser conferido o retirado, sino una realidad a ser reconocida.⁷⁵

Por supuesto que el contenido de esos derechos surge de los principios del derecho natural, en especial de los principios que prescriben la realización de las dimensiones centrales del bien humano y prohíben los atentados en su contra, pero la razón última por la cual los seres humanos tienen derechos intrínsecos es que son personas dotadas de una dignidad eminente. Y es por eso también por la que las plantas, las rocas o los animales no son titulares de derechos, aunque —tal como se verá en seguida— existan deberes morales de los hombres hacia los seres de la naturaleza infra-personal.⁷⁶

⁷⁴ Spaemann, R., *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, Madrid, Rialp, 1989, p. 93.

⁷⁵ Finnis, J., *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 176.

⁷⁶ Massini-Correas, C. I., *Filosofía del Derecho-I-El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2005, pp. 184-188.

V. *RULE OF LAW*, BIODERECHO Y DEBERES AMBIENTALES

Corresponde desarrollar ahora lo referente al papel que juega la dignidad humana en la noción y vigencia del denominado gobierno del derecho, es decir, la idea de que la conducta humana jurídica debe ser dirigida y regulada por un derecho normativo que reúna ciertas características inexcusables: sanción previa, claridad, independencia de los jueces, etcétera. Esto es así porque, para que un conjunto de normas sea propiamente derecho, al menos en su significado focal, es preciso que ellas dirijan la acción humana social de tal modo que se tenga en cuenta y se respete el carácter de persona espiritual que caracteriza radicalmente a cada ser humano.⁷⁷

Y esto es así, porque unas reglas que condicionaran la conducta humana y fueran completamente oscuras e incomprensibles, se sancionaran después de los hechos que deben regular, fueran contradictorias entre sí, permanecieran secretas para sus sujetos, cambiaran constantemente de contenido, exigieran conductas imposibles de realizar, fueran aplicadas inconsistentemente con lo que establecen sus textos, y se sancionaran *ad hoc* para cada caso particular, no tratarían a sus sujetos como a seres humanos personales y dignos, sino como peones de ajedrez o títeres de feria.⁷⁸ Está claro que normas de ese tipo no estarían respetando el carácter personal y digno de sus sujetos, que para cumplir con el derecho y participar de sus imperativos necesitan conocer con anterioridad el tenor preciso de sus mandatos, que su contenido sea posible de realizar y así sucesivamente.

Algo similar ocurre en el ámbito de regulación propio de la bioética y del bioderecho. En efecto, de las muy diferentes orientaciones que ha tomado la bioética en los últimos cincuenta años, la que centra su argumentación en la dignidad de la persona hu-

⁷⁷ Allan, T.R.S., 2013, pp. 88-132.

⁷⁸ Fuller, L., *The Morality of Law*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1969, pp. 33-94.

mana, denominada generalmente bioética personalista, es la que con mayor rigor y fundamento defiende la integridad del ser humano, promueve el respeto de su vida y actividades propias, y provee soluciones más realistas a los complejos problemas que plantean la terapéutica médica y las biotecnologías. Mientras que una buena cantidad de orientaciones bioéticas actuales se centran en el intento de degradar, circunscribir y, en definitiva, abolir los límites que la tradición central de la ética ha elaborado a lo largo de los siglos para hacer posible el completo despliegue del ser humano, en especial del ser humano enfermo, la bioética personalista marca una barrera infranqueable a cualquier manipulación o instrumentalización del ser humano-persona.⁷⁹

En este sentido, y con especial profundidad, Robert Spaemann ha escrito:

Persona no es el concepto de una especie sino más bien el modo en el cual son o existen los individuos de la especie. Ellos *son* de un modo tal que cada uno de los existentes en esa comunidad de personas que llamamos ‘humanidad’ tiene un lugar único, irreproducible e incapaz de sustitución... Hacer que el reconocimiento de ese lugar dependa de la realización previa de ciertas condiciones cualitativas sería como haber destruido el carácter incondicional de esa exigencia [de personeidad] en su misma raíz... Los derechos personales *son* derechos incondicionales sólo si ellos no dependen de la realización de ciertas condiciones cualitativas, acerca de las cuales otros deciden quiénes serán reconocidos como miembros de la comunidad de derecho y derechos... Sólo puede haber, y ha de haber, un único criterio de la personeidad: el de la pertenencia biológica a la raza humana.⁸⁰

Se trata de lo que puede llamarse “principio de la incondicionalidad de la persona”: no existen condicionamientos accidentales de ningún tipo que puedan determinar el acceso de al-

⁷⁹ Andorno, R., *La bioéthique et la dignité de la personne*, París, PUF, 1997, *passim*.

⁸⁰ Spaemann, R., “Is Every Human Being a Person?”, *The Thomist* 60, 1996, pp. 463-474.

gún sujeto a la categoría de persona; todos los seres humanos, que tienen el ser personal participado por su constitución en una naturaleza espiritual, revisten el carácter de persona. Y las funciones primordiales de la bioética y del bioderecho son las de promover el máximo respeto del ser personal, hacer posible su realización más plena y defender su integridad del modo más asequible.

Y finalmente, en lo que hace a los deberes de las personas humanas respecto de los demás seres de la naturaleza infrapersonal, es decir, a la cuestión del derecho ecológico y ambiental, conviene recordar que el agravamiento de la cuestión ecológica tiene como origen la degradación sistemática de la naturaleza que es el resultado de las afirmaciones centrales de la filosofía moderna, comenzado por la reducción cartesiana del mundo natural a una mera *res extensa*, de la que el sujeto humano debía ser “dueño y señor”. Esta idea de la naturaleza como mero objeto de la manipulación humana atraviesa toda la modernidad y la tardo-modernidad positivista, y de la cual es una clara expresión la posición de Immanuel Kant, quien negaba expresamente la existencia de deberes del hombre para con la naturaleza.⁸¹

Pero también aquí reaparece el “olvido del ser” como causa radical de esta actitud moderna. En efecto, si lo único que se percibe e importa son los fenómenos en cuanto percibidos o los estados subjetivos de la conciencia, está claro que la realidad de la naturaleza quedará destituida de toda entidad real e intrínseca y reducida o bien a una mera materia medible y cuantificable o a un simple caos de sensaciones incognoscibles en sí mismas y privadas de sentido propio. A este respecto, ha sostenido Tomás Melendo que

Tanto la posibilidad de conferir existencia al universo mediante el pensamiento o la conciencia —la re-presentación—, cuanto el convencimiento de que el mundo no conquista su ser resolutivo hasta que ha sido puesto sin reservas al servicio del hombre a

⁸¹ Ballesteros, J., *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 16-20.

través de una elaboración técnica, deriva, en su raíz, del mismo y único presupuesto inmediato: la supresión teórico-práctica del ser de lo existente...; la puesta entre paréntesis de la condición de ‘real’ —autónomo y consistente— de cuanto existe, constituye la clave metafísica del imperialismo tecnológico.⁸²

Y habría que agregar: y del subsiguiente problema ecológico-ambiental, que es su consecuencia necesaria.

Ahora bien, queda en claro que un universo natural desprovisto de ser y de sentido propio no puede ser objeto o deudor de respeto y observancia, de sometimiento a sus leyes y ritmos propios y de tratamiento deferente; lo más, será una mera pieza o componente apto para la manipulación sin fin ni sentido propio por parte de los tecnócratas a cargo. Esto significa que la destitución de la persona de su lugar propio en el universo significa también —y consistentemente— una destitución de la naturaleza no humana de su estatuto entitativo propio, de su valor proporcionado y, en definitiva, de su dignidad propia. La “abolición del hombre” de que hablaba C. S. Lewis implica al mismo tiempo la abolición de la naturaleza toda, su destitución del universo de las realidades intrínsecas y su sometimiento irrestricto a la voluntad arbitraria y sin límites de las inmanencias humanas.⁸³ Por lo tanto, si se pretende sostener algo consistente acerca de la crisis ecológica y de los modos de superarla, es necesario comenzar por el mismo lugar, hay que iniciar el rescate de la dignidad de la persona humana: por la revalorización de la perspectiva del ser (*esse*) como punto de partida del conocimiento y operación sobre la realidad integral.

Sólo desde esta perspectiva será posible explicar y justificar la existencia de deberes éticos respecto de la naturaleza, que en general serán de respeto, cuidado o reparación, debido a la perfección entitativa propia del mundo animal, vegetal o mineral. Pero

⁸² Melendo, T., *Dignidad humana y bioética*, Pamplona, EUNSA, 1999, pp. 66 y 67.

⁸³ Lewis, C. S., *The Abolition of Man*, Londres, Harper-Collins, 1978, *passim*.

estos deberes, debidos por el valor propio de los seres naturales, no suponen necesariamente la existencia de derechos de los que estos seres serían titulares, fundamentalmente por dos razones: (i) porque en el amplio ámbito de la ética existen numerosos deberes de los hombres que no suponen un derecho correlativo, como es el referido a eludir o apartarse de toda envidia o resentimiento, que carece de un sujeto contraparte que pueda exigir la realización de esa conducta, y (ii) porque en el caso de los denominados “derechos ambientales”, la contraparte titular del derecho correlativo son los seres humanos considerados en cuanto actuales o posibles damnificados de las acciones humanas depredadoras de la naturaleza.⁸⁴

VI. CONCLUSIONES SOBRE DIGNIDAD, DERECHO Y DERECHOS

Luego de estas ya extensas disquisiciones, resulta posible resumir las conclusiones centrales de las afirmaciones sostenidas, así como también de las impugnadas; ellas pueden reducirse a tres principales:

- a) La problemática referida a la dignidad propia de la persona humana y a las consecuencias teóricas y prácticas que se siguen de ella, ha tenido en los últimos siglos un despliegue inusitado; pero este despliegue y difusión no es paralelo a una mayor profundidad y rigor en el tratamiento de las cuestiones centrales de esa problemática, ya que se ha reducido —desde los inicios de la modernidad— la noción de persona a dimensiones o aspectos colaterales o accidentales, adoptándose puntos de vista reductivos de esa realidad, radicalmente inapropiados para explicar la dignidad intrínseca de los seres personales y haciendo posible, como consecuencia de lo anterior, la más extrema de la manipu-

⁸⁴ Mahoney, J., *The Challenge of Human Rights. Origin, Development, and Significance*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007, pp. 175-177.

- laciones, y hasta degradaciones o supresiones lisas y llanas, de los seres humanos que pueblan la Tierra.
- b) La fundamentación más sólida y consistente del estatus propio de la persona humana es la que proviene del reconocimiento originario del ser (*esse*) de los entes y de su carácter constitutivo de toda realidad y perfección; a partir de este reconocimiento, es posible alcanzar una explicación suficiente de la realidad humana y de su naturaleza espiritual, que hace posible la recepción del ser (*esse*) participado de un modo infinitamente más rico y eminente que el de los restantes seres del universo; de este modo, resulta posible justificar racionalmente la especial dignidad que compete al hombre en cuanto titular de una perfección constitutiva prominente y por lo tanto sujeto de una actividad cognitiva universal y de una voluntad libre en la búsqueda del bien integral.
- c) El resultado de ese reconocimiento entitativo en el ámbito de lo práctico-jurídico radica en la necesidad de pensar al derecho en sí mismo —en su realidad analógica— en estrecha relación con la dignidad de la persona; en la exigencia de considerar al derecho como irreductible a sus dimensiones meramente autoritativas y de abrirse a una visión más amplia, que abarque principios jurídicos no positivos, vinculados a las dimensiones centrales de la naturaleza humana y a sus bienes propios; en la posibilidad de fundamentar y especificar derechos subjetivos naturales, también llamados “derechos humanos” y reconocer su titularidad en el carácter personal de sus sujetos, y finalmente, en la exigencia de pensar tanto a la idea del gobierno del derecho, como a la bioética-bioderecho y al derecho ambiental en términos de la recuperación de las ideas de ser (*esse*), participación, naturaleza espiritual y, en definitiva, de dignidad de la persona humana, que aparece como el centro nuclear de cualquier explicación de lo jurídico que tenga a la realidad en sí —al ser— como punto de partida inexcusable.

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHOS HUMANOS Y BIENES HUMANOS. CONSIDERACIONES A PARTIR DE LAS IDEAS DE JOHN FINNIS

I. LA NECESIDAD DE UN ESCLARECIMIENTO

Una de las características más salientes del discurso habitual acerca de los derechos humanos radica en la decisiva influencia que tiene en todo su ámbito la retórica político-agonal e ideológico-sectaria. En efecto, si bien existe un intenso debate intelectual y académico acerca de la noción, alcance, límites y contenido de los derechos humanos⁸⁵ —también denominados morales o naturales—, la realidad es que el discurso y el lenguaje acerca de esos derechos que llegan al gran público y se difunden a través de los medios de comunicación de masas, adolecen de una superficialidad, falta de rigor y parcialismo ideológico, que llegan a confundir y desorientar a los no especializados, que pueden llegar a creer —y a veces fundadamente— que se trata en ese caso de una *mera* propaganda partidista o sectaria. Finnis habla en este sentido del abuso del lenguaje moderno de los derechos por parte de “fanáticos, aventureros y personas interesadas”⁸⁶ y Mary Ann Glendon achaca a ese lenguaje —al que denomina “cháchara”— la corrupción del lenguaje político habitual, así como la legitimación de los egoísmos personales y grupales.⁸⁷

⁸⁵ Un libro reciente sobre estos debates es el de Cruz Parceró, J. A., *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

⁸⁶ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Se citará según la traducción castellana de Cristóbal Orrego: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 249.

⁸⁷ Glendon, M. A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Nueva York, The Free Press, 1991, p. 171.

Frente a esa situación, negativa desde cualquier punto de vista razonable, pareciera que la actitud más sensata y positiva radica en intentar un esclarecimiento de ese lenguaje y alcanzar una precisión de sus términos y enunciados que haga difícil, si no imposible, su manipulación y mediatización al servicio de causas meramente parcialistas, a la vez que facilite la certeza acerca de qué cosas se está realmente hablando y qué se quiere decir concretamente con cada término, enunciado o razonamiento. A los fines de llevar a cabo una contribución a ese esclarecimiento y precisión, se tomarán como punto de partida las ideas formuladas por John Finnis acerca de los derechos, su concepto, su fundamento y su alcance. La claridad de miras y la profundidad de ideas de este jurista y filósofo australiano⁸⁸ constituyen un importante punto de partida en el intento de alcanzar una visión completa, consistente y realista del omnipresente —e inquietante— fenómeno de los derechos naturales o humanos.

II. PRECISIONES DE FINNIS AL CONCEPTO DE DERECHOS

En el primero de los libros citados, *Natural Law and Natural Rights*, y luego de aclarar que “nuestro interés se refiere principalmente a los derechos humanos o naturales a los que se puede apelar, estén o no incorporados al derecho [positivo] de alguna comunidad”,⁸⁹ Finnis dedica varias páginas —tal como lo hacen casi todos los autores anglosajones— a reproducir y corregir parcialmente el análisis de los derechos efectuado por W. N. Hohfeld en su conocido libro *Fundamental Legal Conceptions*. Y luego de este análisis, el autor

⁸⁸ En lo que sigue se seguirán principalmente las ideas expuestas por Finnis en dos de sus libros: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984 (en adelante NLNR) y *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998 (en adelante *Aquinas*). Sobre el pensamiento ético-jurídico de John Finnis, véase Massini Correas, C. I., “Justicia y derecho en *Ley natural y derechos naturales de John Finnis*”, *Sapientia*, Buenos Aires, núm. 207, 2000, pp. 557-568.

⁸⁹ NLNR, p. 227.

propone referirse a un debate acerca de la adecuada *explicación* de los derechos, debate que —según su opinión— ha sido provocado por dos problemas diferentes: uno de carácter técnico y otro de carácter filosófico.

El primero —el *técnico*— se refiere a cuándo puede decirse que se está en presencia de un derecho-exigencia correlativo del deber de actuar de una determinada manera, y sostiene que existen dos respuestas principales. Según la primera, “hay un derecho-exigencia correlativo al deber de B si y sólo si hay una persona determinable A en cuyo beneficio ha sido impuesto el deber”.⁹⁰ Y según la segunda respuesta, una persona tiene un derecho-exigencia “si y sólo si hay alguna persona A que tiene el poder de entablar una apropiada acción jurídica de reparación en el caso de que B deje de cumplir con su deber”. Finnis sostiene que este debate se soluciona simplemente estipulando en qué sentido concreto se usará en un determinado contexto la expresión “derecho-exigencia”.⁹¹

El segundo de los problemas, que es el que principalmente interesa aquí, es el *filosófico*, que no puede resolverse mediante una simple estipulación, y que debe responder a la pregunta “¿cuál es, si lo hay, el principio subyacente que unifica los diversos tipos de relaciones respecto de las cuales razonablemente se dice que tienen que ver con los derechos? O más sencillamente: ¿hay alguna explicación general sobre lo que es tener un derecho?”.⁹² Finnis sostiene que existen tres respuestas principales a esta cuestión: la primera de ellas es la teoría “del beneficio” o “del interés”, según la cual los derechos de las personas son consecuencias beneficiosas garantizadas a sus titulares por reglas que imponen deberes a otras personas. La segunda de las respuestas es la que provee la llamada teoría “de la elección”, según la cual “todo el sentido y la característica unificadora de las reglas que implican o crean derechos estriba en que tales reglas reconocen específicamente y

⁹⁰ NLNR, p. 231.

⁹¹ NLNR, pp. 231 y 232.

⁹² NLNR, p. 232.

respetan la elección propia de una persona, ya negativamente no impidiéndola u obstruyéndola..., ya afirmativamente otorgando efecto jurídico o moral a esa elección”.⁹³

Esta última teoría es la sostenida principalmente por Herbert Hart⁹⁴ y —en la Argentina— por Carlos Nino,⁹⁵ y su núcleo central es la idea de que los derechos —y en especial los derechos naturales o humanos— son esencialmente instrumentos —“perímetros defensivos” sostiene Hart— para la protección de la autonomía personal de sus titulares.

La *teoría electiva* de los derechos —escribe sobre este tema Alon Harel— concibe a los derechos como protegiendo el ejercicio de las elecciones... Los titulares de los derechos son agentes a quienes les es dado un control sobre los deberes de otra persona y por lo tanto pueden ser considerados análogamente como ‘soberanos en pequeña escala’... Los derechos, desde esta perspectiva, pueden ser identificados con elecciones protegidas —protección que conduce a la autonomía y auto-realización de los titulares de derechos.⁹⁶

Por esto, es posible denominar también a este conjunto de doctrinas como teorías “autonomistas” de los derechos, o bien teorías “de la autonomía”.

La tercera respuesta a la cuestión filosófica sobre la explicación general acerca de la naturaleza de los derechos es la que proporciona el mismo Finnis, para quien la noción central de

⁹³ NLNR, p. 233.

⁹⁴ Véase Hart, H. L. A., “Are there any Natural Rights?”, en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 77-90.

⁹⁵ Véase Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1983. Sobre este libro, véase Massini Correas, C. I., “Filosofía analítica y derechos humanos. Consideraciones sobre la obra de Carlos S. Nino *Ética y derechos humanos*”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 12-13, 1985, pp. 337-352.

⁹⁶ Harel, A., “Theories of Rights”, en Golding, M. P. y Edmundson, W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford-Malden-Carlton, Blackwell Publishing, 2005, p. 194.

“derechos” hace referencia, no a la mera elección o autonomía personal, ni tampoco al simple beneficio o interés individual, sino a la ordenación de los derechos a un conjunto de bienes humanos básicos, que constituyen los aspectos centrales de la plena realización humana. Esta respuesta, que puede denominarse provisoriamente teoría “de los bienes”, o bien teoría “basada-en-bienes”, conduce a sostener que se puede hablar de

derechos siempre que una exigencia o principio básico de la razonabilidad práctica, o una regla de allí derivada, da a [l sujeto] A y a todos y cada uno de los otros miembros de una clase a la que A pertenece, el beneficio de (i) una exigencia (obligación) positiva o negativa impuesta a B... o de (ii) la capacidad de determinar que B quede sujeto a tal requerimiento, o de (iii) la inmunidad de verse sometido él mismo por B a cualquier exigencia de ese tipo.⁹⁷

En otras palabras, y según la que se ha denominado más arriba teoría “de los bienes”, un sujeto resulta titular de un derecho cada vez que una exigencia básica de razonabilidad práctica otorga a ese sujeto la facultad de exigir de otro —u otros— sujeto(s) una actividad (acción, dación u omisión) que resulta necesaria —deónticamente necesaria— para el respeto, promoción, facilitación o realización de alguna dimensión de un bien humano básico —o de un conjunto de bienes humanos básicos— en el marco de la convivencia social.⁹⁸ Se volverá más adelante *in extenso* sobre este punto.

III. LA ESPECIFICACIÓN DE LOS DERECHOS (¿DERECHOS ABSOLUTOS?)

De aquí se sigue que la especificación del contenido de los derechos, que constituye una de las cuestiones centrales —y de las más

⁹⁷ NLNR, p. 234.

⁹⁸ Véase Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 143-167.

controvertidas— de la filosofía de los derechos, viene dada por los bienes que son su objeto, concebidos como integrando un todo armónico de dimensiones del perfeccionamiento humano.

No hay más alternativa —escribe Finnis al referirse a esta especificación— que tener en mente algún modelo, o conjunto de modelos, del carácter, la conducta y la interacción del hombre en la comunidad, y elegir luego una especificación de los derechos que tienda a favorecer ese modelo o conjunto de modelos. Con otras palabras —concluye— uno necesita una concepción del bien humano, de la realización individual, según una forma (o conjunto de formas) de vida en común que promueva, en lugar de obstaculizar, tal realización.⁹⁹

Por lo tanto, esa especificación de los derechos ha de llevarse a cabo mediante la determinación de aquellos derechos-reclamo o derechos-libertades que en cada circunstancia —o clase de circunstancias— aparecen como estrictamente necesarios para el respeto, concreción o realización de los bienes humanos básicos que constituyen las dimensiones centrales de la perfección humana. De este modo, el denominado “derecho a la vida” o “derecho a la inviolabilidad de la vida”, tiene por objeto el bien básico de la vida humana, el derecho a la procreación se ordena a resguardar y promover el bien del matrimonio y la vida familiar, el derecho a la educación tiene por fundamento el bien humano del conocimiento y así sucesivamente.¹⁰⁰ Y esos derechos son necesarios y exigidos déonticamente por estos bienes humanos en razón de que su concreción y realización sólo es posible en el marco de la convivencia social; en efecto, esos bienes sólo pueden alcanzarse mediante la colaboración social y a través de una obra de mancomún, razón por la cual aparecen como necesarios el derecho y los derechos, para ordenar, especificar, delimitar y coordinar la acción destinada a su concreción.¹⁰¹

⁹⁹ NLNR, pp. 247-248.

¹⁰⁰ NLNR, pp. 248 ss., y *Aquinas*, pp. 138 y ss.

¹⁰¹ Véase NLNR, pp. 177 y ss., y *Aquinas*, pp. 255 y ss.

Por otra parte, y consecuentemente con lo expuesto acerca de la relación entre bienes humanos y derechos, en aquellos casos en que una determinada acción o tipo de acciones atenten directamente contra la posibilidad de realización de algún o algunos de los bienes humanos básicos, existirá un derecho absoluto a no ser objeto de esa acción o tipo de acción.

Nosotros —escribe Finnis— tampoco tenemos que dudar en decir que, a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque la séptima de las exigencias de la razonabilidad práctica... es ésta: que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor [bien humano] básico, ya para uno mismo, ya para los demás seres humanos... De manera correlativa a los deberes sin excepciones que esta exigencia implica hay, por lo tanto, derechos-exigencias sin excepciones o absolutos —el más obvio, el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para algún fin ulterior.¹⁰²

En otras palabras, los derechos inexcusables o absolutos no son sino la contracara de los deberes absolutos establecidos por los denominados *absolutos morales*, es decir, aquellas normas negativas o prohibitivas que proscriben aquellas conductas que atentan directa e intencionadamente en contra de un bien humano básico.

Algunas normas morales —afirma Finnis— son negativas, y nos dirigen a *no* realizar actos de un tipo específico... Pero las normas negativas pueden ser, y un número de ellas verdaderamente son, vinculantes y directivas siempre y en toda ocasión {*semper et ad semper*}. Las normas negativas de este tipo son, brevemente, tanto específicas... cuanto inexcusables... Y son estas normas, relativamente pocas en número, las que dan a la vida social y al derecho justo su columna vertebral. Ellas hacen a algunos de nuestros derechos inalienables y, en un sentido importante, absolutos.¹⁰³

¹⁰² NLNR, pp. 252 y 253.

¹⁰³ *Aquinas*, pp. 164-165. En este punto, véase Finnis, J., *Moral Absolutes*.

Esto significa que existen ciertos derechos, que son la contracara de los deberes negativos establecidos por las normas morales absolutas —o “absolutos morales”— que tienen carácter inexcusable,¹⁰⁴ y, por lo tanto, en sentido práctico, revisten carácter absoluto. Por otra parte, al ser la contracara de deberes negativos o de respeto, consisten en libertades e inmunidades, es decir, en derechos “defensivos”, como *v. gr.* a no ser muerto injustamente, a que no se le oculte la verdad, a no ser torturado, a no ser desposeído de la propia capacidad procreadora, a no ser privado de los amigos a través de la maledicencia, a no ser despojado injustificadamente de la propia libertad, y así sucesivamente.

Finnis reafirma esta doctrina oponiéndola a la tesis consecuencialista según la cual todo acto —y todo derecho— debe ser evaluado sólo con relación a sus consecuencias previstas o previsibles, no existiendo nunca acciones éticamente incorrectas por sí mismas con independencia de sus efectos ulteriores.¹⁰⁵ Según Finnis, en la afirmación de derechos absolutos,

se llega a tales juicios por una firme determinación de respetar el bien humano en la propia existencia y en la equivalente humanidad o derechos humanos de los otros, cuando ese bien humano y esos derechos humanos caen directamente bajo el propio cuidado y poder de disposición —en lugar de sacrificar ese bien y esos derechos por una visión de futuras ‘consecuencias netas mejores’, consecuencias que en su totalidad uno no puede conocer —ni lógica ni prácticamente—, no puede controlar o disponer sobre ellas, y no puede evaluar.¹⁰⁶

Tradition, Revision and Truth, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1991, *passim*.

¹⁰⁴ Sobre el tema de la relación entre los bienes humanos y las normas morales, véase Gómez Lobo, A., *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile, Mediterráneo, 2006, pp. 83-109.

¹⁰⁵ Sobre el utilitarismo y el consecuencialismo en general, véase Graham, G., *Eight Theories of Ethics*, Londres-Nueva York, Routledge, 2004, pp. 128-161, y Abbà, G., *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1995, pp. 141-203.

¹⁰⁶ NLNR, p. 253.

En rigor, la misma noción de derechos humanos o naturales es contraria a la lógica del consecuencialismo, según la cual el único criterio moral válido radica en las consecuencias más útiles para el mayor número de los miembros de la comunidad. En esta lógica no puede haber reductos intangibles, como los derechos humanos, que planteen límites infranqueables a las exigencias de ciertos objetivos comunitarios. Por esta razón, aquellos pensadores utilitaristas que aceptan —abandonando las ideas de su inspirador Bentham—¹⁰⁷ hablar de derechos morales,¹⁰⁸ los consideran siempre como derechos *prima facie*, es decir, siempre sobrepasables por las exigencias de la utilidad del mayor número. “Un derecho *prima facie* —escribe Martín Diego Farrell— no tiene, obviamente, carácter absoluto; puede, por lo tanto, ser desplazado. ¿Desplazado por qué? En este caso, no por otros derechos de rango superior. Puede ser desplazado por consideraciones de utilidad, por el cálculo de consecuencias”.¹⁰⁹ Está claro que no es posible pensar, en este contexto, en la existencia de derechos inexceptionables o absolutos.

IV. DERECHOS Y DEBERES

Uno de los puntos más extensamente debatidos en la filosofía de los derechos es el que se refiere a la existencia, o no, de una cierta

¹⁰⁷ Sobre Bentham y los derechos humanos, véase El Shakankiri, M., “J. Bentham: critique des droits de l’homme”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, núm. IX, 1964, pp. 132 y ss.

¹⁰⁸ Véase, entre varios otros, Scanlon, T. M., “Rights, Goals and Fairness”, en varios autores, *Theories of Rights*, cit., pp. 137-152; Lyons, D., “Utility and Rights”, en varios autores, *Theories of Rights*, cit., pp. 110-136; Lyons, D., *Rights, Welfare and Mill’s Moral Theory*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1994; Frey, R. G., “Act-utilitarianism, Consequentialism and Moral Rights”, en Frey, R. G. (ed.), *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 61-85 y, de un modo más matizado, Griffin, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 176 y ss.

¹⁰⁹ Farrell, M. D., *Utilitarismo: ética y política*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 336.

“prioridad” lógica de los derechos respecto de los deberes o viceversa. Como ocurre casi siempre, existen dos posiciones principales: la primera es la que corresponde a las llamadas “morales-basadas-en-derechos” (“right-based-moralities”),¹¹⁰ según las cuales en las relaciones jurídicas y ético-sociales el elemento primordial y primero, lógica y ontológicamente, serían los derechos, que aparecerían como el origen y fundamento de las obligaciones o deberes correlativos. En este sentido, escribe John Mackie que “cuando lo pensamos... vemos que no sólo puede haber una teoría moral *basada en derechos*, sino que no puede haber una teoría moral aceptable que no sea *basada en derechos*...”, ya que “los derechos tienen obvias ventajas sobre los deberes como bases de la moralidad. Los derechos son algo que uno puede muy bien desear tener; los deberes son fastidiosos”.¹¹¹

La segunda de las posiciones es aquella para la cual la realidad central y principal en las relaciones jurídicas y ético-sociales es la de los deberes; desde esta perspectiva, el orden jurídico y ético-social consistiría principalmente en un conjunto de normas que establecen deberes; los derechos serían sólo una realidad secundaria y derivada de los deberes, algo así como su necesaria contracara. El principal exponente en el siglo pasado de esta posición fue Hans Kelsen, para quien

esta situación de hecho designada como “derecho” o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una. La situación objetiva en

¹¹⁰ Sobre las éticas basadas-en-derechos, véase Mangini, M., “Dal diritto alle virtù”, en Mangini, M. y Viola, F., *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Turín, Giappichelli, 2009, pp. 100 y ss.

¹¹¹ Mackie, J., “Can There be a Right-based-morality”, en *Theories of Rights*, cit., p. 176. En un sentido similar, véase Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1982, pp. 171 y 172.

cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de una determinada manera frente a otro.¹¹²

Dicho de otro modo, para este autor, lo que se denomina habitualmente como “derecho subjetivo”, no sería sino la *mera* contracara o la derivación de la obligación jurídica y dependería conceptualmente de ella.

Finnis aborda esta cuestión desde una perspectiva histórica, poniendo en evidencia, ante todo, que el vocablo antecedente a “derecho”, es decir, *ius* comenzó su historia en el derecho romano, en el cual revestía una pluralidad de significaciones, que iban desde una carga impuesta al propietario de un fundo (*ius non altius tollendi*), hasta el conjunto de normas y principios que se aplicaban a todos los habitantes del imperio romano (*ius gentium*), pero que adquiriría escasamente el significado de la facultad jurídica de realizar o apropiarse de algo. “En el pensamiento jurídico romano —escribe Finnis— «*ius*» indica frecuentemente la asignación entre las partes de lo que les corresponde en justicia según la ley; y la «porción» de una parte en tal asignación puede ser una carga, no un beneficio —ni menos aún un poder o una libertad de elección”.¹¹³

Continúa Finnis este recorrido histórico estudiando la debatida cuestión del significado de *ius* en Tomás de Aquino, quien elabora expresa y detalladamente una lista de las diferentes significaciones de *ius*, lista que comienza con el “significado primario”, que hace referencia a “la misma cosa justa”. Y Finnis aclara que “con «cosa» (*res*), como deja claro el contexto, él quiere decir actos, objetos y estados de cosas, considerados como materia de relaciones de justicia. Se podría decir —continúa— que para Tomás de Aquino «*ius*» significa primariamente «lo justo» (*fair*) o bien «aquello que es justo»”.¹¹⁴

¹¹² Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1995, p. 140.

¹¹³ NLNR, p. 238.

¹¹⁴ NLNR, p. 235.

Ahora bien, en el correspondiente texto de *Aquinas*, Finnis da una interpretación parcialmente diferente de los pasajes del Aquinate.

La palabra *ius* [escribe en este libro]... tiene una variedad de significados bastante distintos, aunque relacionados. Cuando el Aquinate dice que *ius* es el objeto de la justicia, quiere decir: aquello a lo que se refiere la justicia, y lo que realizando la justicia se asegura, es el derecho (*right*) de alguna o algunas otras personas —lo que les es debido, a lo que ellos tienen título, lo que es rectamente suyo... Lo que es suyo, o su derecho, es aquello, como materia de igualdad, a lo que tienen título... Porque la definición es dada con dos fórmulas que el Aquinate usa de modo completamente intercambiable: “lo que es suyo” {*quod suum est*} y “lo que es su derecho” {*ius suum*}. Casi siempre este algo debido (owed) {*debetur*} es para la ventaja de la persona que tiene el derecho {*ius*} a ello.¹¹⁵

Pero dos páginas más adelante, Finnis estampa una fórmula especialmente precisa acerca de la significación de *ius*: “El mismo resultado —afirma— se sigue de la definición primaria del Aquinate de *ius*: ese acto, abstención u otra cosa que es justa. Porque lo que es justo es lo que la virtud de justicia requiere a la persona relevante entregar a, o hacer para, o abstenerse de, en relación con algún otro”.¹¹⁶ Pareciera, por lo tanto, que hay en Finnis una cierta indecisión acerca de lo que considera que es primordialmente el *ius* para Tomás de Aquino: algunas veces se remite a la acción, dación u omisión debida en justicia, y otras veces se refiere a la facultad del otro sujeto de reclamar la realización de esas prestaciones. Según esta última versión, Tomás de Aquino consideraría primordiales a los derechos subjetivos del otro; según la primera, la realidad jurídica central resultaría ser la conducta debida, aunque no propiamente el deber, que no es una realidad central en la ética del Aquinate.

¹¹⁵ *Aquinas*, p. 133.

¹¹⁶ *Aquinas*, p. 135.

Pero lo importante de este desarrollo histórico de la idea de *ius* en occidente, es que Finnis marca una clara línea de ruptura en “algún lugar” ubicado entre Tomás de Aquino y Francisco Suárez.¹¹⁷ Para este último, *ius* ya es expresamente la “facultad que todo hombre tiene, ya sobre sus propios bienes, ya sobre aquello que le es debido”¹¹⁸ y ha desaparecido en su pensamiento toda referencia a *lo justo*, en relación con el concepto de *ius*. Para Finnis, escribe Charles Covell:

Esta transformación en el concepto de derecho culmina en la distinción esbozada por Hobbes entre la idea de *ius* o derecho— que se relaciona con la libertad disfrutada por el individuo en virtud de la ausencia de toda constricción legal externa —y la idea de *lex* o ley— la cual, según Hobbes, se vincula a las obligaciones impuestas por la ley positiva de la comunidad política.¹¹⁹

Y un poco más adelante, Finnis precisa que “es saludable tener en mente que el énfasis moderno en los poderes del titu-

¹¹⁷ Este “lugar” es situado por Michel Villey en el pensamiento de Guillermo de Ockham (1295 ?-1350 ?); véase Villey, M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, París, Dalloz, 1962, pp. 45 y ss., 221 y ss., y del mismo autor: *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Montchrestien, 1968, pp. 225 y ss. Véase, en un sentido similar, Bastit, M., *Naissance de la loi moderne*, París, PUF, 1990, pp. 171 y ss. Por su parte, Alejandro Guzmán Brito sostiene que ese “lugar” se encuentra más propiamente en el pensamiento de un discípulo de Ockham, Iohannes Charlier de Gerson (1363-1429); véase Guzmán Brito, A., “«In quaelibet re, tantumdem est de iure quantum de entitate». La concepción ontológica del derecho-facultad a fines de la Edad Media y en la época moderna”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso-Chile, núm. XXIX, 2007, pp. 271-331. Del mismo autor, véase *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 17-22. Coincide en general con Guzmán Brito la tesis desarrollada en el libro de Tuck, R., *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge-Mass., Cambridge University Press, 1998, pp. 25 y *passim*.

¹¹⁸ *De Legibus*, I, 2, 5.

¹¹⁹ Covell, C., *The Defence of Natural Law. A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshott, F.A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, Londres, MacMillan, 1999, p. 213.

lar del derecho, con la consiguiente bifurcación sistemática entre «derecho» (incluyendo «libertad») y deber, es algo que unos juristas refinados no echaron de menos durante toda la vigencia del derecho romano clásico”.¹²⁰ Esto significa que, para Finnis —al menos en principio—, la alternativa acerca de la prioridad del derecho-facultad o del derecho-deber es propia del pensamiento jurídico y moral moderno, es decir, posterior a la “línea divisoria” que corre entre el Aquinate y Francisco Suárez y por lo tanto resulta extraña al pensamiento clásico, al menos en la versión de Tomás de Aquino.

V. DERECHOS HUMANOS, BIEN COMÚN Y DIGNIDAD HUMANA

El último de los puntos a tratar en esta primera parte expositiva es el que corresponde —siempre según la descripción de Finnis— a las relaciones entre los derechos, en especial los derechos humanos, y el bien común político.¹²¹ El primer aspecto que señala el profesor australiano es que, en las declaraciones de derechos más difundidas, en especial en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se hace mención siempre a ciertas limitaciones que afectan al ejercicio de estos derechos, en especial en referencia a “las exigencias... del bienestar general”.¹²² Es decir, de la lectura de los textos de estas declaraciones parece seguirse que, por una parte, los individuos humanos tendrían, o serían titulares de, derechos humanos “fundamentales” e “inalienables”, mientras que, por la otra, existirían ciertos límites externos, es decir, de una índole distinta, al ejercicio de esos derechos, límites que serían exigencias del bien común o del “bienestar general”.

¹²⁰ NLNR, p. 237.

¹²¹ Sobre esta problemática, véase Poole, D., “Bien común y derechos humanos”, *Persona & Derecho*, Pamplona, núm. 59, 2008, pp. 97-133.

¹²² Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 29.

Pero, además, Finnis sostiene claramente que estas declaraciones o manifiestos de derechos humanos, no son sino

una forma de esbozar los contornos del bien común, los distintos aspectos del bienestar individual en la comunidad. Lo que la referencia a los derechos aporta en ese esbozo es simplemente una expresión enfática de lo que está implícito en el término ‘bien común’, a saber, que el bienestar de todos y *de cada uno*, en cada uno de sus aspectos básicos, debe ser considerado y favorecido en *todo* momento por los responsables de coordinar la vida en común. De este modo —concluye—... no tiene ninguna cabida una apelación al ‘bienestar general’ *contra* el ‘ejercicio’ de estos derechos.¹²³

Y un poco más adelante, este autor resume todo lo dicho acerca de las relaciones entre derechos y bien común, afirmando que

por un lado, no deberíamos decir que los derechos humanos, o su ejercicio, están sometidos al bien común, porque la efectividad de los derechos humanos es un elemento fundamental del bien común. Por otro lado, —continúa Finnis— podemos decir con propiedad que la mayoría de los derechos humanos están sometidos o limitados entre sí y por otros *aspectos* del bien común, aspectos que probablemente podrían subsumirse en una concepción muy amplia de los derechos humanos, pero que son convenientemente indicados... mediante expresiones tales como ‘moral pública’, ‘salud pública’, u ‘orden público’.¹²⁴

De estos textos, así como de otros similares o vinculados a ellos, surge con bastante claridad que, para Finnis, no existe una oposición normativa entre dos realidades diversas: *derechos individuales*, por una parte, y *bien común*, por la otra. Esta separación es propia del pensamiento jurídico y político moderno, heredero de Hobbes,¹²⁵ que opone el individuo al Estado y la autonomía de las

¹²³ NLNR, pp. 242 y 243.

¹²⁴ NLNR, p. 246.

¹²⁵ Sobre el pensamiento político de Hobbes, véase Strauss, L., *The Political*

personas a los intereses públicos. De este modo, el “orden público” o el “interés general” se contraponen con —y limitan— las áreas de autonomía del individuo, para cuya defensa han sido pensados los derechos “del hombre y del ciudadano”. Por supuesto que, al haber desaparecido en el pensamiento político moderno la noción de bien común,¹²⁶ se plantean oposiciones entre esos dos extremos, radicalmente irresolubles dentro de las categorías de ese pensamiento.

Por el contrario, dentro de las coordenadas de la filosofía práctica clásica, y en especial en la versión que de ella propone Finnis, esta oposición desaparece, ya que el bien humano es en definitiva un bien común, que se procura y se alcanza —nunca integralmente— en el marco de una comunidad completa o política. Pero este bien es propiamente *común*, en la medida en que se participa realmente por quienes integran esa comunidad; dicho de otro modo, un bien es común en cuanto es el bien *de todos*, no individual sino participativamente. “El bien común —escribe Tomás de Aquino— es el fin de las personas singulares que existen en comunidad, como el bien del todo es el fin de cualquiera de sus partes”.¹²⁷ De este modo, los derechos humanos no son —desde esta perspectiva— sino facultades de exigir la participación que corresponde a cada uno en los bienes comunes que son el resultado de la acción de la comunidad.

Dicho de otro modo, fuera de las comunidades de vida humana, no existen derechos, ni humanos ni meramente positivos. Lo único que agrega en este punto la noción de derechos, es la

Philosophy of Hobbes, Chicago, The University of Chicago Press, 1952; del mismo autor, *What's Political Philosophy*; véase, asimismo, Voegelin, E., *The New Science of Politics*, Chicago, The University of Chicago Press, 1952, caps. V y VI.

¹²⁶ Véase MacIntyre, A., “The Privatization of Good. An Inaugural Lecture”, *The Review of Politics*, Notre Dame, núm. 52-3, 1990, pp. 346 y ss. Asimismo, véase Massini Correas, C. I., “Privatización y comunidad del bien humano”, *Anuario Filosófico*, Pamplona, núm. XXVII/2, 1994, pp. 817-828.

¹²⁷ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae* (en adelante ST), II-II, q. 58, a. 9, ad 3. Sobre la noción de bien común en el Aquinate, véase Cardona, C., *Metafísica del bien común*, Madrid, Rialp, 1966.

referencia al bien común, pero desde la perspectiva de quienes en él participan.

El lenguaje moderno de los derechos —escribe Finnis— amplía la referencia indiferenciada al “bien común”, al proporcionar un listado provechosamente detallado de los diversos aspectos de la plena realización humana y de los elementos fundamentales de la forma de vida en comunidad que tiende a favorecer esa plena realización en todos.¹²⁸

Finalmente, corresponde decir unas palabras acerca de la relación, muchas veces aludida por diferentes autores, que existe entre la noción de derechos humanos y el concepto de dignidad humana. Según Finnis,

cada miembro de la especie humana tiene títulos de justicia. Por lo tanto, desde que el objeto de la justicia es siempre el derecho de alguien {*ius*}, existen derechos a los que tiene título cada miembro de nuestra especie: los derechos humanos... Mejor aún, cada uno de nosotros tiene ese título porque cada miembro individual de la especie tiene la dignidad de ser una persona. Y esto no es un ‘status’ a ser conferido o retirado, sino una realidad a ser reconocida.¹²⁹

Y con referencia al fundamento de esa dignidad, Finnis recalca que “la esencia de los poderes del alma están otorgados a cada individuo completamente (como capacidades radicales, no desarrolladas del todo) desde el comienzo de su existencia en cuanto tal. Esta es la raíz de la dignidad que todos tenemos como seres humanos”.¹³⁰ Y explicita más adelante que la noción de dignidad connota, tanto *superioridad* (*v.gr.* en poderes, excelencia, estatus), cuanto *valor intrínseco* y no dependiente. Esto debido a que

¹²⁸ NLNR, p. 249.

¹²⁹ *Aquinas*, p. 176.

¹³⁰ *Aquinas*, p. 179.

la radical capacidad y actualidad que cada ser humano tiene en virtud de su alma racional individual, hace a cada uno de nosotros superior en el simple sentido de que, de ese modo, nosotros tenemos y concretamos todos los niveles del ser..., y *más aún*: la capacidad de entender todas estas otras realidades, de razonar acerca de ellas y sobre el razonamiento en sí mismo, de reproducir y transformar otros seres de todos esos niveles de la realidad y, con autodominio y libertad, elegir cómo vivir.¹³¹

En oposición a esto, el positivismo materialista, con su escepticismo acerca del alma y de las especies, es incapaz de comprender nuestra experiencia como seres que optan o eligen, la igualdad radical de todos los seres humanos y la existencia de derechos humanos como requerimientos de justicia que no discriminan entre ellos.¹³²

VI. VALORACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES DE FINNIS (I)

Luego de la exposición sucinta de las principales tesis desarrolladas por Finnis acerca de la cuestión de los derechos humanos, corresponde precisar su alcance, explicitar sus consecuencias y valorar su contribución a la filosofía de los derechos humanos. En esta tarea, el primer punto a abordar será el de la noción misma de derechos humanos, con especial referencia a la interpretación que el filósofo australiano efectúa de los textos pertinentes de Tomás de Aquino. Esto en razón, principalmente, de que Finnis no mantiene en este punto una doctrina invariable: unas veces afirma tajantemente que —para el Aquinate— el significado primario de *ius* es “la misma cosa justa”: actos, objetos o estados de cosas;¹³³ pero otras veces sostiene que “el objeto de la justicia particular (en

¹³¹ *Aquinas*, p. 179.

¹³² Véase *Aquinas*, p. 180.

¹³³ NLNR, p. 235.

lo sucesivo, simplemente «justicia») son los derecho(s) de otra persona {*ius*}”,¹³⁴ haciendo referencia inequívoca al derecho-facultad.

En rigor, la respuesta inequívoca de Tomás de Aquino es la primera, tal como surge de los textos consignados principalmente en la II-II, q. 58, donde escribe que “es necesario que la virtud se defina por el acto bueno (*actum bonum*) que tenga por objeto la materia propia de la virtud... [y] por tanto, se designa el acto de justicia cuando se expresa dar a cada uno su derecho” (a. 1). Y más adelante afirma que “a la justicia pertenece rectificar los actos humanos” (a. 2) y que “la materia de la justicia es la operación exterior (*exterior operatio*)” (a. 10). Y en la cuestión 57, *De iure*, escribe que “según lo expuesto, derecho (*ius*) o lo justo (*iustum*) es una cierta obra (*opus*) adecuada a otro, según cierto modo de igualdad” (a. 2), doctrina que reitera en la cuestión 60, donde afirma que “la justicia y la injusticia tienen por objeto las operaciones exteriores (*exterior operationes*), tal como se ha dicho” (a. 3, ad. 1). Pero, además, existen varios otros textos inequívocos del Aquinate en el mismo sentido, textos que ya han sido analizados en otro lugar, al que corresponde remitirse.¹³⁵

Pero todo esto no impide que, si bien el significado primero de *ius* es, para el Aquinate, el que designa una acción humana justa, esa misma palabra no pueda designar, aunque de modo derivado, la facultad del sujeto beneficiario de la mencionada acción. Y esto es así fundamentalmente porque el Aquinate hablaba casi siempre *analógicamente*, es decir, designando con un mismo término realidades diferentes —pero relacionadas— con significaciones semejantes.¹³⁶ De este modo, resulta razonable que —hablando analógicamente— el Aquinate designe con el térmi-

¹³⁴ Aquinas, p. 133.

¹³⁵ Massini Correas, C. I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 15-28.

¹³⁶ La bibliografía sobre la doctrina de la analogía en el Aquinate es de una vastedad casi exagerada; pero en ella, uno de los textos más claros y sintéticos es el de Mondin, B., *Il sistema filosofico di Tommaso d'Aquino*, Milán, Massimo, 1985, pp. 120-160. Véase, asimismo, Montagnes, B., *La doctrine de l'analogie d'après Saint*

no *ius* a las facultades de los sujetos beneficiarios o destinatarios de los actos “derechos”. Y en este sentido, Finnis tiene claramente razón, aunque hubiera sido preferible distinguir más precisamente entre la acción humana justa (significado principal o focal) y la facultad del destinatario de esa acción (significado analógico o periférico).¹³⁷

Por otra parte, de esta afirmación se sigue que, en rigor, la mencionada cuestión de la prioridad de derechos sobre deberes, así como la inversa, carecen de relevancia especulativa. Ambos, derecho y deber, alcanzan su sentido en la realización o concreción de la conducta humana justa y se orientan hacia ella; son en definitiva realidades dependientes de, o relacionadas con, las praxis humanas que son su objeto. Y a su vez, estas praxis se ordenan constitutivamente a la concreción, promoción o respeto de algún bien humano básico en el marco de la convivencia social, lo que en definitiva les otorga significación práctica, que es la que real y principalmente interesa en este contexto.¹³⁸

En un sentido similar, tiene especial relevancia una observación realizada por Juan Antonio Cruz Parceró, en un libro ya citado, cuando afirma que

La confusión que parece existir... consiste en dejar de ver que los derechos y los deberes protegen o implican algún bien o valor, de forma que lo que es ‘lógicamente’ anterior tanto a los deberes como a los derechos son los valores o los bienes que se intenta proteger... Estos valores son los que *justifican* que se impongan deberes o se postulen derechos para protegerlos... Por lo tanto

Thomas d’Aquin, Louvain-París, Publications Universitaires-Béatrice/Nauwelaerts, 1963, *passim*.

¹³⁷ Sobre esta distinción, *vide: Aquinas*, pp. 42 y ss., y Massini Correas, C. I., *Filosofía del Derecho – III – El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 73 y ss.

¹³⁸ Véase Soaje Ramos, G., “Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 6/7, 1979, pp. 99-107.

—concluye— podemos afirmar que no existe una prioridad justificativa ni de los derechos ni de los deberes, sino de los valores.¹³⁹

En definitiva, en la sistemática elaborada por Finnis, no existe propiamente prioridad alguna de los derechos sobre los deberes, o de estos últimos sobre los primeros, sino sólo una ordenación de las realidades práctico-jurídicas a la realización (concreción, promoción o respeto) de alguna de las dimensiones del perfeccionamiento humano. Pero como sucede que este perfeccionamiento sólo puede alcanzarse en el marco de la convivencia, aparece como necesaria la existencia de deberes y derechos que hagan posible la realización social de los bienes que integran la perfección humana, que, como se vio más arriba, es una perfección o bien constitutivamente común.

En última instancia, queda claro que la oposición entre derechos y deberes, así como la planteada entre bien individual y bien público, entre estado de naturaleza y estado de sociedad, o entre dominación y emancipación,¹⁴⁰ no son sino algunas de las tantas dualidades y antítesis propias del pensamiento moderno, olvidado de la analogía y del sentido tético o finalista de las realidades humanas, que es el que les otorga significado unitario, aunque no unívoco y homogéneo.¹⁴¹ Es entonces la ruptura moderna con la teleología y la analogía la que conduce a la oposición excluyente entre derechos y deberes, oposición que carece de significado razonable y de justificación teórica en el marco de la tradición clásica del pensamiento práctico, en especial práctico-jurídico.¹⁴²

¹³⁹ Cruz Parceró, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, cit., pp. 40 y 41.

¹⁴⁰ Véase Rodríguez Duplá, L., *Ética de la vida buena*, Bilbao, Beslée De Brower, 2006, pp. 124-141.

¹⁴¹ Véase, en este punto, Spaemann, R., “Téléologie de la nature et l'action humaine”, *Études Phénoménologiques*, París-Bruselas-Leuven, núm. 23-24, 1996, pp. 43-63.

¹⁴² Véase Massini Correas, C. I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, *passim*.

VII. VALORACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES DE FINNIS (II)

Por otra parte, también resulta necesario ponderar las virtualidades de la concepción de los derechos *basada-en-bienes* desarrollada por Finnis, en especial, en cuanto se destaca por su mayor riqueza y fuerza explicativa frente a sus principales alternativas teóricas, las concepciones autonomista y utilitarista de los derechos.¹⁴³ Y esto se pone en evidencia, tanto cuando se pretende justificar racionalmente la fuerza deóntica de los derechos, como cuando se intenta especificar sus objetos o contenidos. En efecto, en lo que concierne a su fuerza normativa o deóntica, la perspectiva autonomista, según la cual el sentido único o casi excluyente de los derechos es el resguardo de ámbitos de autonomía o autonomización individual,¹⁴⁴ propone una argumentación que resulta de una debilidad notable, no exenta de contradicciones y perplejidades.

En primer lugar, porque la *mera* autonomía, insuficiente para fundamentar deberes y normas morales individuales,¹⁴⁵ resulta especialmente irrelevante a la hora de justificar racionalmente deberes y derechos en relaciones de alteridad, ya que no existen razones éticas conclusivas para respetar una autonomía sin sentido finalista, sin referencia alguna a un bien o bienes comunes que perfeccionen a todos y justifiquen la exigencia de respeto y promoción de los bienes ajenos. “La autonomía —escribe Joseph Raz— es valiosa sólo si es ejercida en prosecución del bien. El ideal de la autonomía requiere la disponibilidad sólo de opciones

¹⁴³ Sobre estas concepciones de los derechos, véase George, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 83 y ss.

¹⁴⁴ Véase, en este punto, Nino, C., *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 133 y ss., así como Lomasky, L., “Liberty and Welfare Goods: Reflections on Clashing Liberalisms”, *The Journal of Ethics*, Dordrecht-Netherlands, vol. 4, núm. 1-2, 2000, pp. 99 y ss.

¹⁴⁵ Véase Tugendhat, E., “El problema de una moral autónoma”, *Antropología en vez de metafísica*, Barcelona, Gedisa, 2008, pp. 95-114.

moralmente aceptables”.¹⁴⁶ Dicho en otras palabras, de no existir un bien común al titular del derecho y al obligado a respetarlos, no se alcanza a ver por qué razón este último habrá de sacrificar sus intereses: tiempo, dinero u otros bienes, para resguardar la autonomía de quien le es completamente ajeno y cuyo bien está íntegramente desvinculado del suyo.

En rigor, la autonomía, considerada en sí misma y sin relación con determinados bienes o perfecciones humanas, no tiene ningún valor ético positivo; constituye no un valor en sí, sino la condición o el supuesto antropológico de toda conducta moral.

El camino —escribe Robert P. George— para explicar la naturaleza condicional del valor de la autonomía, y obviar al mismo tiempo el problema de tratar algo cuyo valor es condicional como si fuera algo bueno en sí mismo, es advertir los aspectos en los que la autonomía es una condición de la razonabilidad práctica. Alguien que carece de autonomía, entendida como la libertad efectiva... para proporcionar razones realizando opciones auto-constitutivas, simplemente no puede ser razonable prácticamente. La adquisición de la autonomía por una persona... la habilita para realizar el tipo de elecciones con las cuales puede realizar, entre otros bienes humanos, los bienes de integridad y autenticidad... La autonomía —concluye— no puede proveer [en sí misma] una razón última para la acción.¹⁴⁷

Y consecuentemente, es incapaz de proporcionar fundamento razonable a la exigibilidad de los derechos, en especial de los derechos humanos.¹⁴⁸

Por el contrario, la fundamentación de los derechos propuesta por John Finnis, basada en la necesidad de la realización social

¹⁴⁶ Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 381.

¹⁴⁷ George, R. P., *The Morality...*, *cit.*, pp. 176-179.

¹⁴⁸ En este punto, véase Massini Correas, C. I., “¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la bioética contemporánea”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade Da Coruña*, La Coruña, núm. 8, 2003, pp. 487-504.

de los bienes humanos básicos, considerados éstos como razones concluyentes para el obrar,¹⁴⁹ proporciona una justificación racional adecuada y suficiente de la exigibilidad de los derechos. En primer lugar, porque se trata de una fundamentación *objetiva* de estos derechos, ya que se estructura a partir de bienes *conocidos* como las dimensiones centrales del perfeccionamiento humano y no construidas o inventadas a partir de preferencias subjetivas.¹⁵⁰ Estos bienes son el fundamento de los derechos, ya que cuando un determinado tipo de conducta aparece como necesaria —deónticamente— para la realización o preservación de esos bienes, aparecen los deberes —para quien debe cumplir esa conducta— y los derechos, especialmente los “humanos” —para quien es su beneficiario y consiguiente titular.¹⁵¹

Hay que recordar, por otra parte, que Finnis defiende la existencia de ciertos principios éticos “secundarios”, derivados del primer principio práctico: “el bien ha de hacerse y procurarse y el mal evitarse”,¹⁵² y que él denomina “exigencias básicas de la razonabilidad práctica”, en especial del siguiente: “no se debe elegir realizar ningún acto que de suyo no hace más que dañar o impedir la realización de o la participación en una o más de las formas básicas del bien humano”.¹⁵³ O bien, en una fórmula más breve, “no elijas directamente en contra de cualquier bien humano

¹⁴⁹ Sobre los bienes como razones para obrar en el pensamiento de Finnis, véase Pereira, C., *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, A Coruña, 2007 (pro manuscrito), pp. 108 y ss.

¹⁵⁰ Véase Massini Correas, C. I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004, pp. 10-19.

¹⁵¹ Véase, para esta explicación de los deberes y los derechos: Fagothey, A., *Right and Reason*, Saint Louis-Missouri, The C.V. Mosby Company, 1972, pp. 120 y ss.

¹⁵² Sobre estos principios “secundarios”, véase May, W. E., “Germain Grisez on Moral Principles and Moral Norms”, en George, R. P. (ed.), *Natural Law & Moral Inquiry*, Washington D.C., Georgetown U.P., pp. 3-35.

¹⁵³ NLNR, p. 148. En p. 151, Finnis escribe que esta exigencia de razonabilidad práctica es “el principio sobre el que se apoya de manera exclusiva... la estricta inviolabilidad de los derechos humanos”.

básico”.¹⁵⁴ Este principio, armonizado con otros que también desarrolla Finnis, conduce a la afirmación de que, en el marco de la convivencia humana, se deben respetar las oportunidades ajenas de concretar algún bien humano básico y que, consecuentemente, no debe actuarse nunca directamente, en ese marco, en contra de la posibilidad de realizar alguna instancia de esos bienes. Expresado en otros términos, se deben respetar y promover las posibilidades de realizar instancias o concreciones de los bienes básicos en el contexto de la convivencia social, es decir, respetar los derechos humanos, morales o naturales de los demás seres humanos.

Por lo tanto, los derechos, conviene reiterarlo, tienen por función propia y constitutiva el resguardo y la promoción necesarios para la concreción de alguna instancia de un bien humano básico en el ámbito de la convivencia social. Estos bienes plantean exigencias de realización a la praxis humana que, al ser esta realización posible sólo en el contexto de la existencia colectiva, necesitan de facultades jurídicas de exigir de los demás convivientes la prestación de determinadas acciones, daciones y omisiones. Estos otros seres humanos, a su vez, están afectados por deberes de realizar aquellos actos necesarios para posibilitar la realización, concreción o resguardo de alguna instancia de aquellos bienes. De este modo, derechos y deberes adquieren su sentido deóntico de su ordenación constitutiva a la realización de los bienes humanos básicos en la convivencia social, que es, por otra parte, el único medio en el que pueden alcanzar —aunque de modo siempre incompleto— una concreción efectiva.

Pero, además, con esta explicación se superan las aporías que plantean las propuestas utilitaristas de los derechos, que no sólo los fundamentan únicamente en objetivos utilitarios —no en bienes intrínsecos— quitándoles de este modo toda fuerza deóntica razonable, sino que los consideran como exigencias sociales que se plantean *prima facie*,¹⁵⁵ es decir, de modo meramente condicio-

¹⁵⁴ Finnis, J., *Fundamentals of Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 75.

¹⁵⁵ Véase Lyons, D., “Utility and Rights”, *Theories of Rights*, *cit.*, pp. 110-136.

nal y superable, siempre que un objetivo agregativo haga conveniente dejarlos de lado. Por supuesto que los utilitaristas desconocen la noción de dignidad humana que, como se vio más arriba, es la que justifica la titularidad humana y la inviolabilidad de los derechos humanos, al mismo tiempo que inhabilita cualquier concepción basada meramente en objetivos. La concepción finisiana, estructurada sobre la noción de dignidad humana, de derechos inexceptionables y justificados por su ordenación a los bienes humanos, no sólo supera estas propuestas, sino que provee una explicación de los derechos que aparece como realista, coherente y completa.

VIII. DE NUEVO SOBRE LA GRAMÁTICA Y EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Una vez terminada la redacción del presente texto, apareció un artículo del profesor chileno Cristóbal Orrego,¹⁵⁶ en el que se aborda un tópico similar al de estas páginas, centrado en dos temas principales del pensamiento de John Finnis: (i) el de la *gramática* o terminología de los derechos humanos y (ii) el del *concepto* mismo de esos derechos, para terminar con una extensa (iii) *evaluación conclusiva*. Orrego comienza su trabajo insertando acertadamente la cuestión de los derechos humanos “en la tradición jurídica que, desde hace milenios, ha reconocido la existencia de límites racionales a la voluntad humana, especialmente a la de quienes ejercen la potestad para establecer lo debido en la convivencia social...”.

John Finnis —afirma más adelante Orrego— ofrece elementos valiosos para una defensa racional de los derechos humanos. El pensamiento de Finnis permite encuadrar esta empresa en una filosofía práctica que, remontándose hasta Platón, reconoce algo debido al hombre *por naturaleza*, esto es, por una *exigencia racional*

¹⁵⁶ Orrego, C., “La «gramática de los derechos» y el concepto de derechos humanos en John Finnis”, *Persona & Derecho*, Pamplona, núm. 59, 2008, pp. 135-157 (en adelante GDCD).

—no física o biológica— fundada en la prioridad ontológica del hombre respecto del resto del universo y en la estructura inmutable de sus fines o bienes básicos.¹⁵⁷

Y en lo referente a la “gramática” de los derechos humanos, Orrego sostiene que la tradición iusnaturalista se ha dividido entre quienes aceptan el lenguaje de los “derechos subjetivos” y de los “derechos humanos” y quienes lo rechazan, por considerarlo un elemento moderno incompatible con las afirmaciones centrales de esa tradición. El profesor chileno pone de relieve que, en el pensamiento de Finnis, el lenguaje de los derechos —subjetivos— es un instrumento útil para expresar las exigencias de la razonabilidad práctica de un modo más flexible, específico y diferenciado. Y con respecto a la expresión “derechos humanos”, afirma que

la expresión *derechos humanos* es un ‘modismo contemporáneo’ que Finnis usa como sinónimo de *derechos naturales*, pues considera que el uso lingüístico actual, aunque no muy firme, refiere las dos expresiones a ‘los derechos morales fundamentales y generales’, es decir, a ‘los derechos respecto de los que uno tiene un título simplemente en virtud de ser persona’.¹⁵⁸

Pero sucede que varios autores iusnaturalistas de estricta observancia tomista, como Villey, Bastit, Guzmán Brito y otros, impugnan el uso de la locución “derechos humanos”, sosteniendo que esta expresión sólo puede usarse correctamente en el contexto de la ideología ilustrada e individualista. Orrego recuerda en este punto que Finnis acepta el uso de esa terminología fuera de ese contexto, por las siguientes razones: (i) porque esa terminología forma parte del lenguaje ordinario consolidado y ofrece, además, un instrumento más flexible para referirse a lo que es justo desde la perspectiva del “otro” a quien algo le es debido, y en este

¹⁵⁷ GDCD, pp. 135 y 136.

¹⁵⁸ GDCD, p. 141.

punto cita a Finnis, quien sostiene que “no se trata de querer hacer retroceder el reloj en el tiempo. El lenguaje moderno de los derechos es más flexible y, al ser más específico en su punto de vista o perspectiva, es susceptible de ser usado de un modo más diferenciado y con mayor precisión que el uso premoderno de «el derecho (*ius*)»”¹⁵⁹; (ii) porque ese lenguaje es apto para poner en primer plano a la virtud de la justicia y la verdad de que todo ser humano es sede de la plena realización humana; (iii) porque disminuye el atractivo del cálculo consecuencialista y expresa mejor el contenido específico del bien común, proporcionando un listado detallado de los aspectos de la plena realización humana.¹⁶⁰

Ahora bien, en lo referente no ya al *nombre*, sino al *concepto* mismo de derechos humanos, Orrego marca una evolución en el pensamiento de Finnis, quien, en *Natural Law and Natural Rights*, sostiene claramente que en Tomás de Aquino no se encuentra el concepto de derecho subjetivo ni, por consiguiente, el de derechos humanos, tal como se conciben hoy en día esos conceptos. Por el contrario —sostiene Orrego— en *Aquinas*, Finnis, “reduce la diferencia entre el concepto del Aquinate sobre el o los derechos y el concepto de derechos humanos como derechos naturales subjetivos a una cuestión terminológica”, concluyendo que

A mi modo de ver, una cosa es constatar la distancia que existe entre las concepciones de ciertos autores modernos sobre los derechos subjetivos... y la concepción del derecho y de los derechos naturales anclada en la teoría clásica de la ley natural, y otra cosa muy distinta es deducir de esa distancia una incompatibilidad entre el concepto mismo de derecho subjetivo y la tradición representada por Tomás de Aquino.¹⁶¹

En definitiva, según la interpretación de Orrego, Finnis defiende que “la explicación del *ius* como objeto de la justicia en

¹⁵⁹ GDCD, p. 143.

¹⁶⁰ GDCD, p. 144.

¹⁶¹ GDCD, pp. 146 y 147.

Tomás de Aquino ha de incluir implícitamente el concepto de derecho subjetivo”,¹⁶² para agregar de inmediato que “esta tesis sobre la noción de derechos subjetivos es trasladada enseguida a la cuestión de los derechos humanos. John Finnis afirma: “aunque él nunca usa *un término* traducible como «derechos humanos», Tomás de Aquino claramente tiene el *concepto*”.¹⁶³ En otras palabras, si bien el Aquinate habría conocido la *noción* de derechos humanos, le habría faltado las *palabras* exactas para referirse a ellos y lo habría hecho sólo implícitamente.

Pero al realizar su evaluación conclusiva, Orrego matiza bastante las afirmaciones de Finnis, sosteniendo que la convención utilizada por este autor, según la cual es legítimo llamar “derechos humanos” a los “derechos naturales”, es decir, derivados de la ley natural, no reviste utilidad. Esto debido a que Orrego conviene en denominar “derechos humanos” sólo a los incluidos en las declaraciones, tratados internacionales o Constituciones escritas,¹⁶⁴ es decir, positivados, y que, por otra parte, sean “exigibles en justicia”.¹⁶⁵ Y es evidente que, si se estipula denominar derechos humanos sólo a los positivados y exigibles ante los tribunales, no corresponderá aplicar ese término a los derechos naturales, cuyo único fundamento radica en su derivación de la ley natural.

Pareciera que esta tesis de Orrego se basa en una estipulación o convención lingüística acerca de la significación del término “derechos humanos”, que por otra parte no es aceptada por numerosos autores¹⁶⁶ y que, como el mismo Orrego lo reconoce, no puede ser objeto de argumentos conceptuales, sino sólo de discrepancias acerca de su conveniencia.¹⁶⁷ Y pareciera que esta estipulación no resulta conveniente, al menos en clave iusnaturalista, toda vez que es la que aceptan los autores positivistas que,

¹⁶² GDCD, p. 148.

¹⁶³ GDCD, p. 148.

¹⁶⁴ GDCD, p. 152.

¹⁶⁵ GDCD, p. 153.

¹⁶⁶ Véase Cruz Parceró, J. A., *op. cit.*, pp. 28-70.

¹⁶⁷ GDCD, pp. 141 y 142.

en razón de estrategias argumentativas en gran medida cuestionables, se han visto obligados a incluir en su sistemática —que los rechaza constitutivamente— el concepto de derechos humanos.¹⁶⁸ Pareciera por lo tanto más adecuado el uso propuesto por Finnis, que vincula raigalmente esos derechos con la ley natural y los libera de los avatares de la discrecionalidad legislativa, aunque esta sea constitucional o internacional.

Pero no obstante la observación anterior, resultan especialmente relevantes las consideraciones efectuadas por Orrego acerca de la legitimidad y hasta conveniencia de incluir o adicionar a las tesis centrales del iusnaturalismo clásico las correspondientes a las nociones de derecho subjetivo y de derechos humanos. Y esto en razón de que

Es razonable perfeccionar el pensamiento de Tomás de Aquino mediante las precisiones conceptuales y los puntos de vista ulteriores que el desarrollo homogéneo del pensamiento jurídico de raigambre clásica hace posible, de la misma manera que es razonable perfeccionar el conocimiento de la verdad revelada mediante el desarrollo homogéneo del dogma. Oponerse a este progreso en la filosofía del derecho inspirada en santo Tomás es conservar sus fórmulas a costa de negar su modo integrador de proceder en teología, que en su época fue revolucionario.¹⁶⁹

IX. BALANCE CONCLUSIVO

De todo lo expuesto hasta ahora es posible concluir que la explicación y sistematización de la cuestión de los derechos naturales o humanos desarrollada por John Finnis, retomando y reformulando la tradición clásica de la filosofía práctico-jurídica, no sólo aparece como sólida y rigurosa en sí misma, sino que supera en casi todos los puntos relevantes a sus alternativas tardomodernas, en

¹⁶⁸ Véase, en ese sentido, Ferrajoli, L. *et al.*, *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 19-56.

¹⁶⁹ GDCD, p. 157.

especial a las que se centran en la autonomía del individuo y a las que colocan en las consecuencias utilitarias su único fundamento. Y esto ocurre en varias de las dimensiones estudiadas, en especial en lo que se refiere a su fundamento justificatorio y a la especificación de sus contenidos.

En efecto, es en lo que se refiere a la fundamentación de los derechos donde la presentación finnisiana alcanza su mayor fuerza explicativa y su mejor justificación racional, en razón principalmente de su integración de los derechos —en especial los derechos humanos— en la sinergia práctica de la perfección o el bien humano en sociedad. Desde esta perspectiva, que supera la reducción moderna del bien al bien individual y el estrechamiento de la realidad ética a la autonomía o a las consecuencias útiles o provechosas, es posible fundar de modo deónticamente objetivo a los derechos y dotarlos de un contenido valioso susceptible de determinación y concreción. La explicación de los derechos a partir de los bienes a cuya realización se ordenan, así como del principio que manda no obrar nunca en contra de alguno de ellos, proporciona una justificación a la vez racional y práctica de su existencia y exigencia, a la vez que pone límites conceptuales precisos a los frecuentes desvaríos y desmesuras que suelen enarbolarse bajo el título de los derechos humanos.¹⁷⁰

Por otra parte, la vinculación de los derechos humanos, entendidos como derechos naturales, con los principios —primarios y secundarios— de la ley natural, efectuada por Finnis en varios lugares,¹⁷¹ debilita y en definitiva invalida las explicaciones positivistas de los derechos humanos, entre las que se destaca por su difusión la ensayada por Luigi Ferrajoli.¹⁷² Además, hace posi-

¹⁷⁰ Véase Sumner, L. W., “Rights Denaturalized”, en Frey, R. G. (ed.), *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 33-40, y Glendon, M. A., “Rights in Twentieth Century Constitutions”, en Etzioni, A. (ed.), *Rights and the Common Good. The Communitarian Perspective*, Nueva York, St. Martin’s Press, 1995, pp. 27-57.

¹⁷¹ *V. gr.* Aquinas, p. 135.

¹⁷² Véase Ferrajoli, L. *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 287-381.

ble la inclusión de la temática de esos derechos en la sistemática del iusnaturalismo de raíz clásica, dándole a éste una renovada vigencia en los debates iusfilosóficos que tienen lugar en estos tiempos, a la vez que enriqueciendo sus doctrinas con nuevas aportaciones e inéditas perspectivas.

En definitiva, la propuesta elaborada por el profesor de Oxford tiene un rigor, una sistematicidad y una fuerza explicativa que la coloca como una de las alternativas relevantes en el ámbito de la filosofía contemporánea de los derechos. En especial porque, dejando de lado los mitos modernos y los prejuicios posmodernos, se reinserta en una tradición de pensamiento e investigación práctico-jurídica que, por su realismo, comprensividad y coherencia, proporciona explicaciones completas y consistentes a los principales temas y problemas que la praxis humana social plantea insistentemente a la inteligencia humana. Y la versión que da Finnis de los derechos en el marco de esa perspectiva clásica, no hace sino confirmar el rigor intelectual, la amplitud de miras, la capacidad de desarrollo y la fuerza explicativa de esta tradición más de dos veces milenaria, a la vez que la penetración y la sistematicidad del pensador australiano para desarrollarla, reformularla y darle nueva vida en referencia a una problemática tan demandante y compleja como la de los derechos humanos o naturales.

X. EPÍLOGO

1. Consideraciones preliminares

Poco después de finalizado el presente trabajo, y ya publicado en la revista virtual *Metafísica y Persona*,¹⁷³ apareció la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*, en el que se contiene un extenso (65 pp.) *Postscript*, donde el autor realiza una serie de precisio-

¹⁷³ Núm. 3, enero de 2010, disponible en: www.metyper.com/magazine/11/.

nes, extensiones y aclaraciones respecto a casi todos los puntos contenidos en el libro. Por ello, y antes de proceder a incluir este estudio en un volumen colectivo, resulta conveniente consignar y comentar aquellos puntos del citado *Postscript* que se vinculan con los temas tratados aquí, en especial en aquello en lo que pueden ratificar, modificar o matizar las afirmaciones efectuadas en el texto original.

El mencionado *Postscript* comienza con una perspectiva general acerca de los temas tratados en NLNR, en la que el autor confiesa el desconcierto que le produjo, en los años de sus estudios universitarios, la inhabilidad de los representantes actuales de la tradición de la ley natural para:

Tratar con los modernos estudiantes seculares tal y como son en realidad, es decir, provistos por sus profesores del colegio y por los periodistas con ideas derivadas de Hume y Russell u otras variantes del escepticismo moderno acerca de lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto en las acciones humanas, y con el cientismo determinista, el materialismo y otras concepciones (*e.g.* el positivismo lógico) de las limitaciones de la razón.¹⁷⁴

En un sentido similar, reconoce su sorpresa frente a la mala voluntad e incomprensión de que fue objeto la obra por parte de ciertos críticos más o menos tomistas o aspirantes a tomistas, entre los que incluye a Ralph McInerny, Henry Veatch y Alasdair MacIntyre. Pero también reconoce su propia inhabilidad para desarrollar *in extenso* el primer principio epistemológico de Aristóteles y Tomás de Aquino, a saber, aquel según el cual no es posible conocer la *naturaleza* de las cosas sin conocer sus *capacidades*, las que no podemos entender a su vez sin conocer las *actividades* que las actualizan, las que por su parte no *pueden* conocerse sin la comprensión de los *objetos* de esas actividades.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 415 (en adelante: NLNR2).

¹⁷⁵ NLNR2, p. 416.

2. Sobre *ius* y derecho subjetivo

Luego de estas consideraciones preliminares, Finnis pasa a referirse a algunos de los problemas abordados en el libro, siempre de modo general; en especial analiza el tema de la justicia, los derechos y el sentido de la locución *ius*. En este punto, el autor reconoce que debería haber prestado mayor atención a la definición de justicia inserta en el *Digesto* de Justiniano, según la cual ella consiste en “la firme y duradera voluntad de dar a cada uno lo que es suyo, es decir, su(s) derecho(s) (*ius*)”.¹⁷⁶ Para Finnis,

decir que *ius* es algo que la gente, de cada uno de ellos o ellas, *tiene*, es lo mismo que decir que es algo ‘subjetivo’, en el sentido de que pertenece a los sujetos (personas). Y este *tener* (al cual otros tienen la obligación activa de responder) no resulta ni mucho menos agotado, ni centralmente ejemplificado, tal como lo piensa Grocio, por el poder o libertad de actuar de su poseedor, sino que también se extiende, y también centralmente, al ser beneficiario de las obligaciones (negativas o positivas) de otro u otros.¹⁷⁷

Como consecuencia de esta afirmación, el autor reconoce que la divisoria de aguas en la historia de *ius* y “derecho” defendida en el libro, “debe ser considerada mucho menos sustancial y significativa que la aún limitada significación acordada a ella en esa sección [del libro]”.¹⁷⁸

Y en la parte específica del *Postscript*, el autor abunda en esta interpretación, sosteniendo que

La definición de justicia de Tomás de Aquino, y su previa identificación del *ius* como el objeto propio (objetivo próximo y razón) de la justicia, supone que —a pesar de que ello no surge claramente de su explicación formal de los sentidos de ‘*ius*’— desde su punto

¹⁷⁶ NLNR2, p. 423.

¹⁷⁷ *Idem*.

¹⁷⁸ NLNR2, p. 424.

de vista, *ius* (un derecho) es algo que pertenece a los sujetos del derecho o de las relaciones morales, y por lo tanto tiene la característica esencial de un derecho subjetivo.¹⁷⁹

Todo esto significa claramente que, en la alternativa que se presenta en la interpretación de sus textos de *Aquinas*, Finnis se decanta de modo definitivo por la opción que podría llamarse “subjetivista”, es decir, la que sostiene que el objeto propio de la justicia (*ius*) es la facultad del sujeto jurídico de reclamar lo que es suyo o lo que le es debido, en el sentido aceptado por Francisco Suárez en el *De Legibus*¹⁸⁰ y, más cerca de nosotros, por Teófilo Urdániz en su comentario al *Tratado de la Justicia* de la *Summa Theologiae* en su versión castellana de la BAC.¹⁸¹ Más arriba, en la valoración del pensamiento de Finnis en este punto, se ha sostenido una tesis diferente, por las razones allí apuntadas, a las que corresponde remitirse en esta oportunidad.

No obstante esta remisión, conviene recordar que esta interpretación no se corresponde —ni resulta consistente— con la realidad innegable de la pertenencia de lo jurídico al orden de la *praxis* u orden práctico, que, como sostiene Tomás de Aquino y Finnis desarrolla, es el que “la razón, reflexivamente, realiza en las operaciones de la voluntad” o “acciones voluntarias”.¹⁸² Ahora bien, si —consecuentemente— el orden jurídico es el que la razón, de modo reflexivo, introduce en las acciones o actividades jurídicas, es razonable sostener que esas acciones son el objeto de la virtud propia del ámbito jurídico: la justicia, y el referente

¹⁷⁹ NLNR2, p. 465.

¹⁸⁰ Suárez, F., *De Legibus (Tractatus de legibus ac Deo legislatore)*, t. I (*De natura legis*), ed. bilingüe a cargo de Luciano Pereña *et al.*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1971, p. 24. Véase Massini Correas, C. I., *La desintegración del pensar jurídico clásico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pp. 90-99.

¹⁸¹ Urdániz, T., “Introducción a la Cuestión 57”, en Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, Madrid, BAC, 1956, t. VIII, pp. 188-190, 196 y ss.

¹⁸² Aquino, Tomás de, *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis Expositio*, L. I, Lc. 1, 1-2. Véase *Aquinas*, p. 20-29.

primario —la significación focal— de la palabra —*ius*— que designa a ese objeto.

Pero, además, el mismo Tomás de Aquino ha sostenido inequívocamente que los objetos de las virtudes —como lo es la justicia— o son acciones o bien pasiones: “Todas las cosas que pueden ser rectificadas por la razón —escribe— son materia de la virtud moral...; pueden, por lo tanto, ser rectificadas por la razón tanto las *pasiones* del alma, como las *acciones* y las cosas exteriores en cuanto *usadas* por el hombre”.¹⁸³ Por lo tanto, el objeto de la justicia (*ius*) habrá de ser o bien un tipo de acciones o bien alguna pasión; pero como la justicia no tiene por objeto las pasiones,¹⁸⁴ necesariamente habrán de ser su objeto las acciones, al menos las de un cierto tipo: voluntarias, exteriores, referidas a otro, etcétera.¹⁸⁵ Por todo esto, parece indudable que, para el Aquinate, el objeto de la virtud de la justicia (*ius*) es siempre —en su significación focal— alguna o algunas acciones humanas (entre ellas, el uso de cosas exteriores) y no la facultad del sujeto titular de exigir la realización de esas mismas acciones o de ese uso. El derecho subjetivo queda entonces como una realidad o caso periférico, y puede denominarse “derecho” (*ius*) sólo de modo derivativo o diluido (*watered-down*), como le gusta decir a Finnis,¹⁸⁶ y limitado a ser una capacidad del otro sujeto de la relación jurídica de exigir la realización de las actividades que constituyen propiamente el *ius*.

Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, sería necesario corregir las afirmaciones a las que se arribó en el punto séptimo del texto principal, toda vez que la concepción del significado focal de *ius* como referida al derecho subjetivo o derecho-facultad, necesariamente otorgará una cierta prioridad a los de-

¹⁸³ Aquino, Tomás de, ST, II-II, q. 50, a. 8 (énfasis añadido).

¹⁸⁴ Aquino, Tomás de, ST, I-II, q. 61, a. 2.

¹⁸⁵ Véase Massini Correas, C. I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 15-28.

¹⁸⁶ *Aquinas*, p. 43.

rechos (facultades) por sobre los deberes jurídicos, así como sobre la conducta jurídica. De este modo, queda en entredicho la afirmación de que según Finnis no existiría prelación de ningún tipo entre derechos y deberes, defendida en el mencionado apartado del trabajo original.

3. Otras cuestiones adicionales

También en la parte específica del *Postscript*, y en la sección dedicada a los derechos, Finnis aclara en las primeras líneas, en contra de lo defendido por Orrego en el artículo comentado en el acápite octavo, que “la presente sección habla de los derechos humanos como derechos naturales y morales, como proveyendo —o siendo capaces de proveer— los fundamentos para el establecimiento de las provisiones de derechos humanos en constituciones y en tratados o en otras formas de producción del derecho”.¹⁸⁷ Se trata, por lo tanto, en el caso de los derechos humanos, de derechos prepositivos, tanto desde el punto de vista temporal como del axiótico. Y pareciera que la terminología adoptada aquí por Finnis es la más adecuada, no sólo por adaptarse al uso corriente,¹⁸⁸ sino porque resulta necesario establecer una terminología precisa en la problemática de los derechos, ya que, de lo contrario, se abocará —como de hecho sucede muchas veces— a innumerables confusiones, equívocos y ambigüedades.

Y en lo que respecta a la cuestión de la existencia o no de derechos absolutos, es decir, sin excepción, Finnis reafirma en el *Postscript* la posición afirmativa de su existencia, recurriendo a ciertos fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, que confirman que el derecho a no ser torturado es inexcusable. Pero también critica algunos excesos de la misma Corte, en los cuales extiende indebidamente la absolutidad de ese derecho a

¹⁸⁷ NLNR2, p. 464.

¹⁸⁸ Véase Aquino, Tomás de, *Summa contra gentiles*, I, 1.

ciertas actividades que no pueden ser calificadas precisamente como “tortura”.¹⁸⁹ De todos modos, esta ratificación no aclara una ambigüedad que está presente en el tratamiento finnisiano de esos derechos y que consiste en la falta de una definición precisa de su carácter absoluto, así como en una ausencia de una enumeración de las principales concreciones (*instantiations*) de ese tipo de derechos. Hay también en este punto una redefinición del “paternalismo”, que corrige su noción y alcance, al menos tal como fuera presentado en el debate con la concepción dworkiniana del “derecho a una igual consideración y respeto”,¹⁹⁰ pero este tema no ha sido abordado en el cuerpo del trabajo, por lo que se omitirá su tratamiento.

¹⁸⁹ NLNR2, p. 467.

¹⁹⁰ NLNR2, pp. 466 y 467.

CAPÍTULO TERCERO

SOLIDARIDAD Y BIEN COMÚN. LA TRADICIÓN CLÁSICA Y LAS PROPUESTAS LIBERALES

I. LA CUESTIÓN A ESTUDIAR

De los años treinta a los sesenta del pasado siglo, varios autores del entonces vigente “positivismo lógico”¹⁹¹ sostenían la afirmación de que la ciencia se reducía a “un lenguaje bien hecho”. Como sucede con todos los reductivismos, esa afirmación es lisa y llanamente falsa, pero contiene —tal como acontece con casi todas las falsedades— una parte de verdad. Si bien es cierto que el saber científico no se reduce a un *mero* lenguaje bien hecho, es indudable que ese saber *incluye* la precisión, exactitud y regularidad del lenguaje científico, caracteres que son necesarios para alcanzar el rigor y la consistencia propios del conocimiento racionalmente verificado.

Esto implica que cualquier intento de explicar científicamente el contenido de algún término —y de su noción correspondiente— supone una previa determinación del sentido preciso en que será empleado ese término, de modo de evitar la vaguedad a que conduce la polisemia de gran cantidad de palabras, en especial las más usadas en el ámbito de la praxis humana y de su estudio. Esta conveniencia de precisar previamente el significado de las palabras a utilizarse en el discurso académico ha sido pues-

¹⁹¹ Acerca del “positivismo lógico”, véase Passmore, J., *A Hundred Years of Philosophy*, Londres, Penguin, 1968, pp. 367-424, y Ayer, A. J. (comp.), *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 9-34.

ta de relieve muchas veces por los filósofos analíticos,¹⁹² pero no sólo por ellos, y constituye una exigencia indispensable del buen pensar y del explicar comprensible.

En el caso que ahora nos ocupa, las expresiones “solidaridad”, “solidario” y sus derivados han sido, como la mayoría de las expresiones pertenecientes al ámbito de la praxis humana y que contienen una indudable carga axiótica, utilizados de modo anárquico e interesado, e incluso a veces simplemente descuidado. Así, por ejemplo, se ha hablado frecuentemente de “derechos de solidaridad” para referirse a pretensiones ideales esgrimidas en el ámbito internacional, pretensiones que en la mayoría de los casos ni siquiera son propiamente “derechos”.¹⁹³

A los efectos de precisar entonces el uso de esos términos: “solidario” y “solidaridad”, lo mejor es comenzar —tal como se hace usualmente— por su etimología, para pasar luego al análisis de sus usos en el lenguaje corriente. Respecto de la primera, afirma Gabriel Amengual que

el término ‘solidaridad’ procede de una expresión jurídica latina, *in solidum* (*in solidum cavere*), nombre de una conocida figura del derecho, que designa la relación jurídica... contraída conjuntamente por un grupo y de la que cada miembro del grupo responde de la totalidad... Se trata pues —resume este autor— de una relación de obligación que hace que todos los deudores, incluso individualmente, respondan de la deuda, y esto significa que todos son responsables de ella, porque cada uno responde de la deuda entera.¹⁹⁴

¹⁹² Sobre la concepción analítica de la filosofía, véase varios autores, *Précis de philosophie analytique*, París, PUF, 2000, *passim*; Tugendhat, E., *Introduzione alla filosofia analitica*, Genova, Marietti, 1989, y Massini-Correas, C. I., *Sobre ética y filosofía analítica. Elizabeth Anscombe y la filosofía moral moderna*, Mendoza, Centro de Estudios de Filosofía Clásica, 2015.

¹⁹³ Véase Inciarte, F., “Derecho natural o derecho racional. Treinta tesis y una propuesta”, en *Liberalismo y republicanismo. Ensayos de filosofía política*, Pamplona, EUNSA, 2001, pp. 171-187, y Massini-Correas, C. I., “Derecho natural, derechos humanos y derechos de la tercera generación”, *pro manuscrito*.

¹⁹⁴ Amengual, G., *Antropología filosófica*, Madrid, BAC, 2007, p. 377.

Se trata, por lo tanto, de un caso extremo de responsabilidad compartida por ciertas obligaciones o deudas.

Pero es manifiesto que esta expresión (*in solidum*) resulta a su vez derivada de la palabra latina *solidus*,¹⁹⁵ que significa lisa y llanamente “sólido” (sin espacios vacíos, de consistencia densa, firme y sustantiva,¹⁹⁶ o bien dotado de una unidad consistente), lo que designa —en el ámbito de los saberes sociales— a cualquier ente social dotado de una unidad que, aunque sea de tipo relacional, es especialmente compacta o consistente.¹⁹⁷ En otras palabras, y pasando de la etimología al uso corriente de las palabras, se habla de la “solidez” de un grupo cuando su unidad es particularmente trabada y firme. De todo esto se deriva que, hablando de grupos sociales, se los califica de “sólidos”, por analogía con la “solidez” de los cuerpos materiales, cuando su unión resulta especialmente concentrada, resistente y duradera. Y a su vez, “solidaridad” hace referencia a la responsabilidad colectiva que se atribuye a los integrantes de los grupos sociales dotados de una cierta “solidez”.

Ahora bien, es claro que la responsabilidad compartida de las obligaciones *in solidum* tiene como fundamento principal la unidad —la “solidez”— que forman quienes son deudores solidarios, unidad que en el caso de los grupos sociales reviste un carácter eminentemente tético o finalista. Es decir, una de las nociones —la de responsabilidad común— deriva de la otra —la de unidad firme—, de modo que la segunda es condición necesaria de la primera; en otras palabras, sin una unidad relacional consistente de sujetos humanos, de fundamento esencialmente teleológico, no puede existir la responsabilidad solidaria.

Pero también es necesario puntualizar que, en el caso de la solidaridad de responsabilidad, ella puede ser vista al menos des-

¹⁹⁵ Véase Segura Munguía, S., *Diccionario etimológico latino-español*, Madrid, Anaya, 1985, p. 680-681.

¹⁹⁶ Véase *The Oxford Dictionary of English Etymology*, ed. de C.T. Onions *et al.*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 844.

¹⁹⁷ Véase DRAE, voz “solidario” (fecha de consulta: 15 de julio de 2015).

de dos perspectivas principales: (i) como *hecho social*, estudiado por la sociología o la psicología social; o (ii) como *realidad ética*, generadora de valores, deberes y virtudes. En este sentido, afirma Gabriel Amengual que

hay que distinguir una doble perspectiva en que se habla de solidaridad. Por un lado se afirma la vinculación fáctica que une a los humanos en la realización de su existencia. Es el *hecho* antropológico y social de vinculación el que presenta a la solidaridad como un hecho. Por otro lado, y no sin conexión con la perspectiva anterior, se presenta como un *deber*, dándole sentido no sólo descriptivo, sino normativo: dado que no se puede plantear la propia vida sin contar con los demás, hay que comprometerse con y por ellos, por la colectividad, la comunidad, la sociedad; es la solidaridad como deber moral.¹⁹⁸

La primera de las perspectivas es la de los sociólogos, y más aún la de los pensadores políticos sociologistas, quienes concebían a la filosofía y a la teoría políticas como meramente descriptivas y desprovistas de valoraciones, según el conocido *dictum* de Max Weber. Entre estos pensadores sociologistas se destacó León Duguit, quien hace ya casi un siglo escribió que “la solidaridad social... debe comprenderse científicamente, no es un sentimiento, y aún menos una doctrina; no es siquiera un principio de acción. *Es un hecho* de orden real susceptible de demostración directa: es el hecho de la estructura social misma”.¹⁹⁹ Extrañamente, la mayoría de estos pensadores, luego de describir el fenómeno social de la solidaridad humana, pasaban alegremente a propugnar el ideal de una vida social presidida por la solidaridad, en oposición a la perspectiva crudamente individualista propuesta por el liberalismo a partir del siglo XVIII. Este es el movimiento que se denominó el “solidarismo” y que se difundió especialmente en

¹⁹⁸ Amengual, G., *op. cit.*, p. 377.

¹⁹⁹ Duguit, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, París, E. de Boccard, 1921, t. I, p. 278 (énfasis añadido).

Francia durante la segunda mitad del siglo XIX, adoptando varias formas diversas y opuestas entre ellas: socialistas, positivistas, social-cristianas, etcétera.²⁰⁰

El principal problema que se plantea a las versiones positivistas del solidarismo, es que su pretensión de extraer de meros hechos sociales ideales y principios de conducta política carece completamente de ilatividad lógica toda vez que de *meras* afirmaciones descriptivas, por más que se las califique de “científicas”, no es posible extraer proposiciones directivas de la conducta humana sin mediación de una o más proposiciones normativas. Y en esas versiones no aparece, al menos explícitamente, una presentación de esa instancia normativa o deóntica, capaz de otorgar practicidad a un razonamiento de raíces teoréticas.²⁰¹

La segunda de las perspectivas desde las que puede abordarse la solidaridad es la práctico-moral, que desarrolla sus razonamientos en clave originariamente normativa y que puede, de ese modo, proporcionar los principios de la conducta humano-social calificable de “solidaria”. En este sentido, ha escrito Nicolai Hartmann, en su monumental *Ética*, que “esta solidaridad, que consiste en responder sin vacilar el individuo por el conjunto, es un auténtico valor de virtud. Pues es un valor de disposición de ánimo de la persona concreta, por mucho que solo salga a la luz la magnitud de su vigor en el gran efecto global”.²⁰² Es decir, se trata aquí de la solidaridad entendida como un deber moral, una virtud y un bien humano, según la cual la unidad moral de las sociedades es un bien-fin a alcanzar, a través del cumplimiento de ciertos deberes y con la ayuda y la dirección de una específica

²⁰⁰ Sobre el “solidarismo” decimonónico, véase Ewald, F., voz “Solidaridad”, en Canto-Sperber, M. (ed.), *Diccionario de Ética y de Filosofía Moral*, trad. de C. Ávila *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, t. II, pp. 1524-1532.

²⁰¹ Véase Massini-Correas, C. I., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1996, *passim*.

²⁰² Hartmann, N., *Ética*, trad. de J. Palacios, Madrid, Encuentro, 2011, p. 462.

disposición de ánimo, para retomar la expresión propuesta por Hartmann.

De lo resumido hasta aquí se desprende que al hablar de “solidaridad” se hace referencia tanto a un mero hecho social, como a un bien a alcanzar en la vida colectiva, que fundamenta un deber moral de procurarlo y genera una virtud que inclina al hombre a realizarlo habitualmente de modo excelente. Por elementales razones de especialidad, se tratará en lo sucesivo sólo de la perspectiva ética de la solidaridad, haciéndose referencia a ciertos hechos sociales sólo en el marco ético y con el sentido de explicitar aquellas exigencias morales. Por otra parte, cabe consignar que la solidaridad, tanto en el nivel fáctico como en el ético, se da en los diversos niveles de la organización social humana, es decir, en los diferentes grupos sociales que el hombre forma para la realización de su vida: familiares, locales, profesionales, económicos, políticos, etcétera. En esta oportunidad, el análisis se limitará al caso de la convivencia política o sociedad completa, que es al que se refieren en general los tratamientos de la problemática de la solidaridad, y que, por otra parte, es indudablemente el más importante para la realización humana.

II. EL FUNDAMENTO DE LA SOLIDARIDAD MORAL

Es bien conocido que la ética, y en especial la ética social, ha sido objeto de muy numerosos intentos de explicación y fundamentación, que van desde el formalismo kantiano al utilitarismo anglosajón, pasando por los diversos convencionalismos, las éticas materiales de los valores o las éticas dialógicas.²⁰³ Pero como analizar, aunque sea brevemente, cada una de estas alternativas necesitaría al menos las 852 páginas que ocupa la ya citada *Ética* de Nicolai Hartmann, en lo que sigue se centrará la atención en las propues-

²⁰³ A modo ilustrativo, véase Graham, G., *Eight Theories of Ethics*, Londres-Nueva York, Routledge, 2004, *passim*, y Missner, M., *On Ethics*, Belmont-CA, Wadsworth-Thompson Learning, 2004.

tas de la ética clásica de raíz aristotélica, en especial en las versiones contemporáneas propuestas por autores como Austin Fagothey, John Finnis, Alasdair MacIntyre o Antonio Millán-Puelles.

Una de las notas centrales de las éticas de matriz aristotélica es la de tratarse de doctrinas de carácter teleológico centradas en la idea del bien humano; alrededor de esta idea giran los demás elementos componentes de las teorías éticas: normas, virtudes, deberes, valoraciones, etcétera. En este sentido, las normas son proposiciones racionales prácticas que dirigen genéricamente la acción humana hacia el bien; las virtudes éticas consisten en disposiciones de ánimo operativas que orientan y promueven en concreto a la conducta hacia la realización de alguna de las dimensiones del bien humano; los deberes son exigencias con necesidad deóntica acerca del bien que debe hacerse en la vida moral, y así sucesivamente.²⁰⁴ Por lo tanto, resulta indudable que en todos los casos la justificación racional de los elementos enumerados radica en su ordenación tética o finalista hacia alguna de las determinaciones del bien humano.

También en esta concepción clásica, uno de los supuestos fundamentales de todo sistema ético es el del carácter social de la empresa de la realización del bien humano; en efecto, desde esta perspectiva no sólo es necesaria la vida social como instrumento para la concreción de todos los bienes humanos, sino que, además, esa misma vida social es un elemento integrante de la vida buena. Dicho de otro modo, la cooperación social no se reduce a un mero medio para el logro de bienes como la suficiencia material para la vida, o el conocimiento teórico y práctico, o el trabajo y el ocio, sino que la misma vida social —o sociabilidad— es una dimensión central del bien humano; de este modo, la amistad, la vida política o familiar, la vida universitaria y tantas otras dimensiones sociales integran eminentemente el bien humano. Se volverá en breve sobre este tema.

²⁰⁴ Véase, en este punto, Fagothey, A., *Ética. Teoría y aplicación*, trad. de C. G. Ottenwaelder, México, Interamericana, 1973.

Pero, además, en esas dimensiones sociales, el bien que se procura no consiste en uno o varios bienes meramente individuales, aunque se trate de muchos de ellos, sino específicamente en un bien común, que puede definirse, siguiendo aquí a Millán-Puelles, como aquél que “es apto para ser participado por todos y cada uno de los miembros de una comunidad o sociedad de personas humanas”.²⁰⁵ Es decir, el bien de cada uno de los miembros de una comunidad es un bien general que se participa por los integrantes de la comunidad de referencia, y además, como escribe Millán:

Ser [un bien del] todo no es simplemente ser mayor que la parte, sino ser algo esencialmente distinto. La suma de las partes es algo que realmente el todo es, pero no es todo lo que éste es realmente, porque no tiene en cuenta que aquéllas [partes] se organizan en cada caso de una cierta manera, que en la realidad no es indistinta... Ser un todo no es solamente ser mayor que cada una de las partes, sino ser otra cosa específicamente diferente...²⁰⁶

En rigor, esta realidad específicamente diferente del bien común consiste en que se trata, en su caso, de un bien de orden o estructural, que radica en la disposición u organización de las partes de modo tal que resulte un bien mayor. Así, por ejemplo, el bien humano del conocimiento teórico y práctico tiene una dimensión *personal*: la del conocer concreto que puede adquirir cada sujeto individual; pero tiene también una dimensión *común*: la organización pública del conocimiento (lo que incluye

²⁰⁵ Millán-Puelles, A., voz “Bien común”, *Gran Enciclopedia Rialp*, t. IV, Madrid, Rialp, 1971, p. 225. Sobre las ideas de Millán-Puelles en este punto, véase Forment, E., “La filosofía del bien común”, *Anuario Filosófico*, Pamplona, núm. XXVII/2, 1994, pp. 797-815. En un sentido similar, Tomás de Aquino escribía que “es manifiesto además que en toda comunidad de creaturas nada es bueno que no lo sea por participación”; *Summa Theologiae*, I, q. 103, a. 2c. Acerca de este texto del Aquinate y de otros vinculados, véase Cardona, C., *La metafísica del bien común*, Madrid, Rialp, 1966, *passim*.

²⁰⁶ Millán-Puelles, A., *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp, 1984, p. 377.

la educación pública) de modo que llegue del mejor modo a la mayor cantidad posible de miembros de la comunidad política. Esto significa que, en cuanto a su contenido, el bien común es parcialmente diverso del bien individual,²⁰⁷ en cuanto consiste en una organización y disposición de los bienes humanos de modo de hacerlos mejores y más accesibles a los particulares; pero, al mismo tiempo, tiene una similitud, en la medida en que no es un bien propiamente humano —ni tampoco *común*— si no es participable por los individuos que conforman la comunidad.

Ahora bien, este bien común —recordemos que nos estamos refiriendo específicamente el bien común *político*— es, en el pensamiento clásico, el fundamento de las obligaciones políticas y de los deberes jurídicos.²⁰⁸ Esto en razón de que el bien moral, es decir, aquél que ha de ser realizado a través de la acción humana y se refiere a la perfección del hombre completo, a lo largo de toda su vida y en armonía con los demás hombres y con el resto de la naturaleza,²⁰⁹ es naturalmente exigente, o demandante, o necesitante, en el sentido de que compele a su prosecución y realización, plantea un reclamo inexcusable a nuestra conducta. Este reclamo tiene la forma de una necesidad, que no es de carácter físico, ni psicológico, ni lógico, ni metafísico, ni biológico, sino simplemente moral, “la [necesidad] del *deber ser*, que nos guía hacia aquello que reconocemos constituye el uso apropiado de nuestra libertad... La necesidad moral me afecta a mí, el sujeto

²⁰⁷ A este respecto, afirma Tomás de Aquino que “el bien común de la ciudad y el bien singular de una persona no difieren solamente según lo mucho y lo poco, sino según diferencia formal, pues una es la razón de bien común y otra la de bien singular...”; *Summa Theologiae*, II-II, q. 59, a. 7, ad 2.

²⁰⁸ Se trata aquí de la denominada doctrina de la politicidad del derecho, sobre la que puede verse: Soaje Ramos, G., “Sobre la politicidad del derecho. El bien común político”, en Castaño, S. R. y Soto Kloss, E. (ed.), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Santiago de Chile, Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 15-45.

²⁰⁹ Véase, en este punto, García-Huidobro, J., *El anillo de Gíges. Una introducción a la tradición central de la ética*, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 2005, pp. 223-225.

actuante, pero proviene del objeto...";²¹⁰ objeto que consiste en un bien que integra la vida buena y aparece como un elemento inexcusable de su realización.

En el caso de las comunidades de vida humana, en especial la política, ese bien resulta ser, tal como se explicó anteriormente, un bien común, susceptible de ser participado por los integrantes de la comunidad. Pero ese bien, como todo bien humano, en la medida en que es realizable a través de la conducta e integra la perfección del hombre en cuanto hombre, resulta ser un bien moral, que exige ser promovido y realizado por todos los que integran el grupo social, y a la vez, ha de ser intrínsecamente participable por esos mismos integrantes, ya que de lo contrario no se trataría de un bien propiamente común. Es decir, el bien común lo es en dos dimensiones: (i) en cuanto a su *realización* por parte de todos los miembros del grupo social, y (ii) en cuanto a su *disfrute* participativamente por esos mismos integrantes de ese grupo.

Y esas dos dimensiones generan a su vez dos tipos de deberes: (i) los deberes de *cooperación* con la realización del bien común, que se denominan clásicamente deberes de justicia general, y (ii) los deberes de *distribución* del producido de la justicia general, deberes que están a cargo de la autoridad política y se denominan de justicia distributiva. Pero a su vez estos deberes generan, en el ámbito de lo jurídico, derechos de las correspondientes contrapartes, ya sea de las autoridades a la contribución al bien común, ya sea de los particulares a la distribución de ese bien.²¹¹ Un ejemplo de los primeros son los impuestos que los miembros de la comunidad política deben aportar al tesoro público para hacer posible la realización de las tareas que exige el bien común, y de los segundos, las inversiones que debe realizar el gobierno para la construcción y el mantenimiento de la infraestructura que hace posible la circulación de las mercaderías imprescindible para la actividad económica del país.

²¹⁰ Fagothey, A., *Ética. Teoría y aplicación*, cit., p. 49.

²¹¹ Véase Forment, E., *op. cit.*, p. 801.

Pero en ambos casos, conviene reiterarlo, la razón justificativa de esos derechos radica en el carácter de bien-perfección humana que corresponde al bien común, y es por ello que puede hablarse aquí de derechos “de solidaridad”, ya que su fundamento radica en la comunidad de ese bien, que es responsabilidad de todos y existe en beneficio de todos. Se trata entonces de un caso especial de derechos solidarios, los de “solidaridad política” que incumben a todos y favorecen a todos, en razón de que todos forman una única unidad moral que se ordena a la realización de un bien comunitario.²¹²

Ahora bien, en este tema de los derechos, conviene también puntualizar aquí que, tal como lo ha expuesto apropiadamente Gewirth,²¹³ para que pueda hablarse apropiadamente de un derecho-facultad, resulta necesaria la presencia de al menos cuatro elementos: (i) un *sujeto* titular del derecho-facultad (A); (ii) el *objeto* o materia sobre la que versa el derecho (X); (iii) la *contraparte* del sujeto titular, o sujeto deudor (B), y finalmente, (iv) la *base justificatoria* del derecho. A partir de este análisis, este autor propone una fórmula general que expresa descriptivamente lo que es “un derecho”: “*A tiene derecho a X frente a B, en virtud de Y*”. Si se aplica este esquema al caso de los derechos de solidaridad distributivos, aparece claramente que son sus sujetos titulares todos los integrantes del grupo social en el que esos derechos tienen validez; su objeto propio es el contenido —material, de coordinación y espiritual— del bien común político; el sujeto deudor es la comunidad completa, representada por sus autoridades legítimas, y su base justificatoria radica en el carácter común —intrínsecamente participable— del bien al que se ordena la existencia de la socie-

²¹² Véase Chalmeta, G., *Ética social. Familia, profesión y ciudadanía*, Pamplona, EUNSA, 2007, pp. 198 y 199.

²¹³ Gewirth, A., “Are there any absolute rights?”, en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 95. Para una mayor explicitación de esta doctrina, véase Massini-Correas, C. I., *Filosofía del derecho-I-El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2005, pp. 90-96.

dad completa o política. De este modo, quedan suficientemente explicados —aunque esquemáticamente— la estructura, el objeto y el sentido de los denominados “derechos de solidaridad”.

III. LA DESAPARICIÓN DE LOS DEBERES-DERECHOS DE SOLIDARIDAD EN EL LIBERALISMO

Hasta ahora se ha visto que el carácter común, es decir, intrínsecamente participable, del bien propio de la comunidad política, supone que todos tienen el deber de contribuir a su formación, y que también todos tienen el derecho formal a tomar parte en los beneficios que de él resultan. Y que en esto radican los derechos de solidaridad: en que todos deben contribuir a la resolución de los problemas comunes, y a la vez la totalidad de los miembros del grupo social político pueden exigir una adecuada participación en sus resultados. Así, por ejemplo, todos los miembros de la sociedad política han de colaborar, *v. gr.* a través del impuesto, con el funcionamiento de un sistema de salud pública, sistema al que tienen derecho de acceso adecuado la integralidad de los sujetos de esa comunidad, aun cuando carezcan de medios económicos —y especialmente en esos casos— para solventar sus prestaciones. Y todo esto porque el bien de la salud tiene una dimensión común, que fundamenta y justifica racionalmente este juego de derechos y deberes.

Pero, además, conviene precisar en este punto que, más allá de las funciones propiamente políticas en la promoción, gestión y distribución del bien común, funciones principalmente de coordinación, control y dirección arquitectónica, las personas individuales y los grupos sociales infrapolíticos tienen una tarea imprescindible que cumplir, tanto en la contribución como en la distribución de ese bien. En efecto, conforme al principio conocido como “de subsidiariedad”, esas personas y esos grupos están facultados —y en ciertos casos obligados— a la prestación de los servicios que integran el bien común, en la medida de sus

capacidades y posibilidades. Y como contracara de esta facultad —que tiene una especial presencia en el ámbito recién aludido de la salud pública— la autoridad política no debe interferir o recortar estas facultades sino sólo supervisar y colaborar con su ejercicio. Este tema de la subsidiariedad es demasiado extenso para abordarlo apropiadamente aquí, pero corresponde al menos recordarlo y reafirmarlo.²¹⁴

Ahora bien, esta idea de la solidaridad política fundada en el fin de bien común propio de la comunidad política, ha entrado en crisis desde el último cuarto del siglo XX en razón de lo que Alasdair MacIntyre ha denominado la “privatización del bien en las sociedades liberales”, y que conceptualiza diciendo que

El divorcio entre las reglas que definen la acción recta, por un lado, y las concepciones del bien humano, por el otro, es uno de los aspectos por los que ciertas sociedades son llamadas liberales...; ya que los compromisos acerca de la elaboración, defensa y vivencia de las particulares concepciones del bien humano son, desde este punto de vista liberal, asignadas y restringidas a la esfera de la vida privada de los individuos, mientras que lo concerniente a la obediencia hacia lo que son consideradas las reglas morales requeridas por toda persona moral, pueden ser legítimamente buscadas en el terreno público.²¹⁵

Terreno en el que tienen lugar los acuerdos, acciones dialógicas y procedimientos que son los que, en clave liberal, aparecen como los únicos capaces de justificar la moralidad pública.

El más acabado exponente de esta aproximación liberal al problema de la solidaridad política es el libro de Robert Nozick,

²¹⁴ En este punto, véase Alvarado, C. y Galaz, E., “Subsidiariedad y vida pública: una mirada a los orígenes”, en Ortúzar, P. (ed.), *Subsidiariedad. Más allá del estado y del mercado*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 33-51. Asimismo, Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 146 y *passim*.

²¹⁵ MacIntyre, A., “The Privatization of Good. An Inaugural Lecture”, *The Review of Politics*, Notre Dame, núm. 52/3, 1990, p. 346.

Anarquía, Estado y utopía, en el que el antiguo profesor de Harvard sostiene la idea de un Estado ultramínimo, que sería el único capaz de alcanzar justificación moral, ya que cualquier otra forma más intensa y compleja de comunidad política resultaría intrínsecamente inmoral.

Puesto que comienzo —sostiene este autor— con una afirmación vigorosa de los derechos individuales, trato seriamente la afirmación anarquista de que el estado, en el proceso de mantener el monopolio del uso de la fuerza y de proteger a todos dentro de un territorio, necesariamente ha de violar los derechos de los individuos y, por lo tanto, es intrínsecamente inmoral...; el estado mínimo —concluye— es el único justificable.²¹⁶

Algo similar —aunque no tan extremo— ocurre con el pensamiento de John Rawls; según este último autor, cualquier bien humano ha de serlo necesariamente de algún individuo particular, ya que los bienes no son otra cosa que el ocasional objeto de un deseo y de la correspondiente preferencia individual. De este modo, “el bien no puede ser sino privado y exclusivo de cada individuo y, por lo tanto, la propuesta de un bien cualquiera para una comunidad de seres humanos, no puede significar sino la imposición del bien propio de un sujeto al resto de los sujetos autónomos, imposición que no puede resultar sino injusta”.²¹⁷ Este es uno de los supuestos dogmáticos de la ideología liberal, para la cual la inexistencia de bienes comunes, y en especial del bien común político, tiene como consecuencia que nunca el bien privado (el único que existe) de un sujeto individual puede valer para otro u otros sujetos individuales, ya que se tratará sólo de un bien propio de otra persona y su intento de hacerlo valer para las

²¹⁶ Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de R. Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, pp. 8 y 9.

²¹⁷ Massini-Correas, C. I., “Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”, *Anuario Filosófico*, Pamplona, núm. XXVII/2, 1994, p. 818.

demás aparecerá como una imposición injustificada, al menos en el contexto de una *mera* coexistencia de autonomías.²¹⁸

Y esta conclusión liberal es estrictamente coherente; en efecto, si se niega la existencia de bienes comunes objetivos,²¹⁹ de los que todos puedan participar y beneficiarse, resulta imposible sostener la posibilidad de que un bien escogido y preferido por un sujeto X, pueda valer igualmente para un sujeto Y, individualmente diverso del anterior y con otro sistema de preferencias diferente. Podría darse, por mera casualidad, la circunstancia de que accidentalmente dos preferencias coincidan, pero se tratará siempre de una situación meramente contingente y de muy improbable realización. En principio, las elecciones meramente autónomas de un individuo, las únicas que en este esquema “generan” bienes, no tienen valor moral alguno para otro individuo diferente.

Por supuesto que, desde esta perspectiva liberal, la solidaridad política puede aparecer ya sea como un hecho o como una elección ocasional e individual de algún sujeto, pero no alcanzará la justificación racional necesaria para transformarla en un deber y en su derecho correlativo. Y es por eso que la gran mayoría de los autores liberales no hacen referencia a deberes estrictos de solidaridad; en efecto, en su reciente volumen *Justicia para erizos*, Ronald Dworkin dedica 592 páginas a desarrollar la última versión de su teoría de la justicia, pero en ninguna parte se habla, ni siquiera de pasada, de deberes jurídicos de solidaridad.²²⁰

²¹⁸ Sobre el término “autonomía” y sus significados, véase Massini-Correas, C. I., “Autonomía y bienes humanos. ¿Existe un principio ético de autonomía?”, *Teoría del derecho y de los derechos humanos*, Lima, ARA Editores, 2011, pp. 67-95.

²¹⁹ Michael Sandel, refiriéndose a las ideas de John Rawls, afirma que, para él, “el hombre es por naturaleza un ente que elige sus bienes, más que un ente que, como lo concebían los antiguos, descubre sus bienes”; Sandel, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 22.

²²⁰ Véase Dworkin, R., *Justicia para erizos*, trad. de H. Pons y G. Maurino, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, *passim*; por su parte, James Griffin

Pero, además, aún en los casos en que algunos autores liberales hacen referencia a deberes y derechos sociales, se percibe claramente que, en su caso, se trata de realidades de carácter meramente instrumental, es decir, útiles para la posesión y el disfrute de derechos individuales, que son los únicos que revisten valor en su sistemática. Escribe, en este sentido, Gabriel Chalmeta que

A juicio de la filosofía hoy en día más influyente en la opinión pública, de índole utilitarista y —en el fondo— individualista (no auténticamente altruista), la interdependencia ética entre los hombres, la necesidad que unos tienen de los otros para poder vivir bien, se referiría únicamente al orden de los medios. Sería, sí, absolutamente necesario establecer una cierta colaboración entre los individuos...; pero el objetivo que deben perseguir todas estas relaciones de colaboración es que cada individuo en particular logre satisfacer una serie de necesidades y deseos que son estrictamente suyos [individuales].²²¹

Dicho en otras palabras, desde la perspectiva estrictamente liberal las relaciones de justicia, la vida buena en común, la perfección humana social, la amistad y la concordia política,²²² no consistirían en bienes humanos intrínsecos, valiosos por sí mismos, sino en meros instrumentos al solo servicio de bienes individuales. Esto significa necesariamente que, en la medida en que las estructuras sociales no satisfagan plenamente los intereses privados de los individuos, dejarán de revestir valor alguno de carácter positivo y carecerán de la fuerza deóntica suficiente como para justificar deberes y derechos.

Ahora bien, es harto conocido que no es esa la perspectiva propia del pensamiento clásico, ya desde sus mismos orígenes,

sostiene en su libro *On Human Rights* que las exigencias de la justicia distributiva no se vinculan con los derechos humanos, es decir, no existen derechos de distribución; Griffin, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 64.

²²¹ Chalmeta, G., *op. cit.*, p. 76.

²²² En este punto, véase Lamas, F., *La concordia política*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.

cuando Aristóteles escribió que los hombres “aun cuando no tengan necesidad de la ayuda recíproca, desean lo mismo vivir juntos...; [ya que] también se reúnen simplemente para vivir, y constituyen la comunidad política, pues quizá en el mero vivir [juntos] existe cierta dosis de bondad...”²²³ Y más preciso resulta en este punto un texto del Aquinate, donde sostiene que “en virtud de su naturaleza social o política, [los hombres] son proclives a vivir juntos y no aislados, incluso en el supuesto de que uno no tuviese necesidad del otro para obtener esas ventajas sociales”.²²⁴ Por su parte, John Finnis, a pesar de reconocer el carácter instrumental de ciertas dimensiones del bien común, sostiene que aquellas comunidades

que tienen un bien común que es más instrumental que básico, a través de la asociación y cooperación por un bien instrumental (tal como una empresa de negocios), revisten un carácter más que instrumental en cuanto concretizan el bien básico de la amistad [y la socialidad] en una u otra de sus formas centrales o no-centrales.²²⁵

En definitiva, es necesario destacar que, desde la perspectiva liberal, el bien que persiguen las colectividades humanas, en especial la política, reviste un carácter simplemente instrumental respecto a los intereses y a los bienes de sus miembros, y en sí mismo carece de todo carácter intrínseco. De aquí se sigue, por lo tanto, que en esta perspectiva no hay lugar para una auténtica solidaridad, es decir, una que tenga su razón de ser en el bien de todos y busque y procure el bien de los demás del mismo modo como se busca y procura la participación personal en el bien de la colectividad. Por supuesto que esto no excluye que pueda existir un *sentimiento* de solidaridad entre los miembros de la comu-

²²³ Aristóteles, *Política*, III, 6, 1278 b.

²²⁴ Tomás de Aquino, *In Politicorum*, V, 387.

²²⁵ Finnis, J., “Limited Government”, *Collected Essays-III-Human Rights & Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 89.

nidad política, radicado en el nivel meramente afectivo, pero se tratará siempre de un mero hecho psicológico-social, sin relevancia en el ámbito propiamente de la eticidad, que se refiere a las razones —que son siempre bienes— decisivas para el obrar.²²⁶

IV. BALANCE CONCLUSIVO

De todo lo expuesto hasta ahora, es posible inferir las siguientes conclusiones acerca de la problemática de la solidaridad ética y su relación con los derechos:

- a) Ante todo, conviene decir algo acerca del valor epistémico de esclarecer el sentido preciso de las palabras que se usan en un trabajo especializado, ya que lo contrario, es decir, la vaguedad en el uso de los términos, no puede sino conducir a la confusión y a la pérdida de todo valor en cuanto contribución al saber justificado racionalmente.
- b) Por otra parte, resulta claro que una noción precisa de solidaridad supone un concepto también preciso de sociedad o grupo social y de su bien propio, toda vez que fuera de ese contexto la expresión solidaridad sólo puede pensarse en cuanto un sentimiento solamente individual, identificable en un nivel meramente fáctico o psicológico-social, pero ajeno al plano práctico-normativo, y en este último plano, la solidaridad se constituye en el marco de comunidades de vida ordenadas a la realización de un fin-bien de carácter ético.
- c) Este bien que da sentido y explica el fenómeno comunitario y solidario ha de ser necesariamente un bien común, es decir, una perfección humana participable por todos los integrantes del grupo social, y esta participación ha de ser

²²⁶ Véase Finnis, J., “Introduction”, *Collected Essays-I-Reason in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-15.

activa y receptiva: *activa*, en cuanto todos deben contribuir a su constitución, y *receptiva*, en cuanto esa misma totalidad de integrantes debe poder participar de sus resultados de perfección, y esto es posible en razón de que, abstracción hecha de los bienes particulares que son su contenido material, su formalidad propia es la de ser un bien de orden o estructural, por el cual la disposición de sus partes potencia y multiplica su bondad, y lo constituye en un bien distinto y superior a sus componentes singulares.

- d) Y es precisamente este carácter común del bien social, especialmente del bien político, lo que justifica racionalmente los deberes de solidaridad que todos los miembros tienen para con los demás, así como los correspondientes derechos de que gozan los que participan de ese bien; derechos que, como todo lo jurídico, tienen propiamente su ámbito en la comunidad política, así como la única posibilidad real de su vigencia efectiva.
- e) Las doctrinas liberales no pueden en general justificar racionalmente los deberes y derechos de solidaridad debido a su negativa a reconocer la existencia de bienes intrínsecamente comunes; su visión del bien social como meramente instrumental al servicio de los intereses y preferencias individuales, anula la fuente de razonabilidad de los derechos sociales de solidaridad, dejando a los sentimientos solidarios reducidos a simples hechos psicológicos individuales.
- f) Todo lo anterior no suprime la posibilidad —antes bien, la supone— de la existencia de una solidaridad radicada en un nivel de realidad y de consideración superior: el religioso (especialmente cristiano) en el cual la solidaridad se da entre todos los seres humanos (y aun con el resto de la naturaleza) y se funda en la comunidad de todos ellos en la Creación, ordenada toda ella a la perfección absoluta del Bien común trascendente, aquel al que —en términos tomados del Aquinate— todos los hombres llaman Dios, y

del que todos los demás bienes participan su perfección.²²⁷ Esto significa que, además de la solidaridad que tiene su lugar en el nivel humano-racional-inmanente, que reviste una realidad positiva pero participada e imperfecta, existe una solidaridad perfecta o completa, radicada en un nivel de existencia y consideración trascendente, y que sólo puede lograrse traspasando los límites de lo meramente mundano y del aquende la muerte.

²²⁷ En este punto, véase Cardona, C., *La metafísica...*, *cit.*, pp. 53 y ss., y del mismo autor: *Metafísica del bien y del mal*, Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 45-66.

CAPÍTULO CUARTO

SOBRE DERECHOS HUMANOS, DERECHO NATURAL Y DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

I. TRES CUESTIONES A TRATAR

Entre las numerosas cuestiones que plantea a la inteligencia la noción de derechos humanos, hay dos que aparecen como centrales, de modo tal que ningún estudio sobre ese tema puede dejar de abordarlas, aun cuando sea sintéticamente. Estas cuestiones son: (i) la del concepto mismo de derechos humanos, o de su definición, y (ii) la de sus relaciones con la idea —propia de la Tradición Central de Occidente—²²⁸ de derecho natural. Y esto es así, porque de no tratarse estos asuntos no podrá saberse a ciencia cierta de qué se está hablando, ni cuál es el alcance preciso del discurso sobre esos derechos. A estas dos cuestiones centrales se le agregará en esta oportunidad el tratamiento de una tercera, que, si bien carece de la centralidad de las precedentes, tiene una actualidad innegable y puede servir para aclarar algunos de los aspectos de las dos primeras: se trata de la referida a los denominados “derechos de tercera generación”, que incluyen nociones tales como los denominados “derechos” al medio ambiente sano, a la paz, al desarrollo económico o al desenvolvimiento de la personalidad.

En lo que sigue, se desarrollarán esos tres puntos en el orden en que han sido enumerados, dejando constancia de que esos de-

²²⁸ Sobre esta noción, véase George, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 19; la frase corresponde originalmente a Isaiah Berlin, en *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, Nueva York, Alfred Knopf, 1991.

sarrollos se llevarán a cabo en el nivel propiamente filosófico,²²⁹ dejando de lado deliberadamente el estudio del nivel científico-jurídico o *jurídico-dogmático*, en el que se analiza el contenido y alcances concretos de las declaraciones positivas de derechos, tanto a nivel nacional como internacional, así como las implicaciones hermenéuticas de esas declaraciones. Tampoco se abordarán los temas propios del nivel *sociológico* de consideración, referidos a la vigencia efectiva de los derechos humanos en el contexto de una o varias sociedades concretas. Y menos aún se hará referencia al discurso agonal o *militante* acerca de esos derechos, destinado a captar voluntades políticas, convencer a la opinión pública o justificar vías de acción política que, de otro modo, resultarían injustificables. Todo este ámbito del discurso queda por definición fuera del campo de la investigación científica, el debate riguroso y la argumentación seria con pretensiones de objetividad. Se lo dejará expresamente en manos del periodismo y el debate sectorial, reducido a la mera opinión dogmatizada y a la retórica partidista.²³⁰

Y en lo que respecta al mencionado nivel filosófico de consideración, es conveniente precisar que sus investigaciones se moverán en los dos ámbitos en los que se dividen en general los estudios de la filosofía práctica: (i) el del *análisis* conceptual o *metaético*, destinado a explicitar las nociones fundamentales y los supuestos nocionales de la problemática que se indaga, y (ii) el que corresponde a los ámbitos valorativo y *normativo*, en el que se proponen los bienes, valores y principios que han de dirigir y juzgar la conducta humana en un ámbito determinado de la praxis humana.²³¹ Esto significa, en lo que respecta a la problemática de los derechos humanos, intentar una respuesta razonada y justificada a dos pre-

²²⁹ Acerca de los posibles niveles de consideración de la problemática de los derechos humanos, véase Cruz Parceró, J., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

²³⁰ En este punto, véase Glendon, M. A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Nueva York, The Free Press, 1993.

²³¹ Acerca de estos niveles, véase Ogien, R., “Éthique et philosophie morale”, en Engel, P. (ed.), *Précis de philosophie analytique*, París, PUF, 2000, pp. 213-218.

guntas principales: (i) ¿qué son los derechos humanos y cuál es su fundamento o razón de ser?, y (ii) ¿cuáles son esos derechos y cuál es su alcance y función en la regulación de la praxis humana?

II. SOBRE EL CONCEPTO FILOSÓFICO DE DERECHOS HUMANOS

Es bien sabido que la noción de derechos humanos, tal como se la piensa y se la vive —al menos predominantemente— en el mundo contemporáneo,²³² tuvo su nacimiento en el contexto de las luchas políticas de la modernidad tardía —más concretamente, de la Ilustración— contra el absolutismo monárquico vigente en la gran mayoría de los países de Europa. En esas luchas, tuvo especial injerencia el pensamiento propio del iusnaturalismo moderno, centrado cada vez más en la noción de autonomía,²³³ y caracterizado por el secularismo, el individualismo y una clara orientación racional-constructivista.²³⁴ Como consecuencia de ello, la declaración paradigmática de derechos humanos, es decir, la francesa de 1789, revistió un carácter marcadamente individualista,²³⁵ re-

²³² Acerca de la experiencia práctica como punto de partida de la filosofía del derecho, véase Massini Correas, C. I., “Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, *Persona & Derecho*, Pamplona, núm. 66-67, 2012, pp. 353-385.

²³³ En este punto véase la imponente obra de Schneewind, J. B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, trad. de J. H. Ruiz Rivas, México, Fondo de Cultura Económica, 2009. Véase, también, Massini Correas, C. I., “¿Existe un principio ético de autonomía?”, en varios autores, *Amor a la sabiduría. Estudios de metafísica y ética en homenaje al Profesor Juan de Dios Vial Larraín*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pp. 595-619.

²³⁴ Acerca de estas características del pensamiento jurídico-político moderno puede verse Massini Correas, C. I., *La desintegración del pensamiento jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, *passim*.

²³⁵ Véase, en este punto, Rivero, J., *Les libertés publiques-I-les droits de l'homme*, París, PUF, 1974, pp. 66 y ss. Asimismo, véase Thomann, M., “Origines et sources doctrinales de la déclaration des droits”, *Droits-Revue française de théorie juridique*, núm. 8 (*La déclaration de 1789*), París, PUF, 1988, pp. 55-70. Es bien

cogiendo sólo derechos que promueven y aseguran la autonomía de los sujetos humanos: libertad, propiedad [privada], seguridad [personal] y resistencia a la opresión.²³⁶

Es bien sabido que a partir de esa declaración —la Declaración de Derechos de Virginia no tuvo originariamente la repercusión e influencia de la francesa— se sucedieron varias declaraciones más, algunas de ellas cambiando o enriqueciendo los contenidos de las precedentes, hasta que, después de la Segunda Guerra Mundial, se produjo una explosión de declaraciones de derechos humanos,²³⁷ expansión que ha llegado hasta el presente, si bien con una marcada tendencia a la declinación. Este proceso de desarrollo de las declaraciones²³⁸ ha llevado a varios autores a realizar una clasificación histórico-sistemática de los derechos, dividiéndolos en derechos “de primera generación” (derechos-libertades o de autonomía individual), derechos “de segunda generación” (derechos sociales o de prestaciones) y, finalmente, derechos “de tercera generación” (derechos de solidaridad o fraternidad universal).²³⁹ Tal como se expuso al comienzo, este último término de la clasificación será objeto de análisis detallado más adelante.

sabido que la Declaración de Derechos de Virginia no tiene el carácter fuertemente individualista de la francesa; véase Carbonell, M., *Una historia de los derechos fundamentales*, México, 2010, pp. 54-58.

²³⁶ Véase el texto completo de la Declaración, así como de los proyectos preparatorios, en Fauré, Ch., *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, trad. de D. Sánchez y J. L. Núñez Herrejón, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Fondo de Cultura Económica, 1995.

²³⁷ Cfr. Glendon, M. A., *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, trad. de P. Pallares Yabur, México, Fondo de Cultura Económica-Universidad Panamericana, 2011.

²³⁸ Este proceso histórico de ideas y declaraciones ha sido muy bien resumido por Mahoney, J., *The Challenge of Human Rights. Origin, Development, and Significance*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007, pp. 1-71.

²³⁹ Véase, sobre esta clasificación, Ramos Pascua, J. A., *La ética interna del derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*, Bilbao, Desclée de Brower, 2007, pp. 90 y ss.

Pero cualquiera que sea la clasificación que se adopte de estos derechos, resulta necesario, a partir de lo que se afirma en el lenguaje habitual que los tiene por objeto, establecer con cierta precisión cuál es su noción propia o significado focal. Como se trata de un término compuesto por dos palabras, conviene a esos efectos precisar ante todo el significado de cada una de ellas, para pasar luego a la explicación de la locución completa. Habría que analizar, por lo tanto, y en primer lugar, qué se quiere decir con la locución “derechos”. A esos efectos, corresponde recordar que la palabra —y el concepto— “derecho” reviste carácter analógico, es decir, tiene una polisemia basada en la similitud o semejanza de la realidades designadas, una de las cuales es el caso central de predicación del término, alrededor del cual giran los restantes significados.²⁴⁰ Esto implica que “derecho” se predica de varias realidades diferentes, pero que guardan entre ellas una cierta semejanza, y que una de esas realidades aparece como central o principal y las restantes como derivadas, diluidas, o que sólo son derecho “en un cierto sentido” (*secundum quid*, en la terminología latina).

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, que es el propio de la filosofía jurídica, el caso central de “derecho” es el de aquella *praxis* humana que se ordena, en cada circunstancia social concreta, al bien humano social o común, es decir, a la realización de las perfecciones humanas en cuanto ellas dependen para su logro de la contribución o aporte colectivo.²⁴¹ Dicho de otro modo: la obtención de la mayoría de los bienes humanos o de la dimensión fundamental de éstos, depende de la cooperación y asistencia de diferentes grupos sociales, pero en especial de la sociedad política o sociedad completa, que es la que puede proveer y facilitar la realización de la gran mayoría de los bienes humanos.²⁴² Por supuesto que este bien, para ser propiamente

²⁴⁰ Sobre la noción de analogía, puede verse McNerny, R., *Aquinas & Analogy*, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1996.

²⁴¹ Cfr. Massini Correas, C. I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 15-28.

²⁴² Sobre el concepto de “bien común”, véase: Massini Correas, C. I.,

común, debe ser participado —en cuanto beneficiarios— por todos los individuos que integran la comunidad, ya que de lo contrario, en el caso de un bien que fuera el resultado de una obra de mancomún, pero no beneficiara a los participantes, sólo sería “común” en un sentido reductivo, pero no plena e integralmente.

Pero también son “derecho” —y pueden denominarse analógicamente así— aquellas *normas*: proposiciones práctico-normativas²⁴³ que guían la praxis humana hacia el mayor logro de las dimensiones centrales del bien humano. Y las normas son estrictamente necesarias para la dirección de la conducta toda vez que, debido a la complejidad y la contingencia propias de la praxis humana, resulta imposible determinar en concreto y sin la ayuda de principios y normas racionales generales, cuál es la conducta que se ordena al bien y cuál la que aparta de él al hombre.

Si una comunidad [escribe Gómez Lobo] no tuviera conciencia de las normas morales obligaría a cada uno de sus miembros a reconstruir, por sí mismo y en cada ocasión particular, los criterios necesarios para emitir los juicios morales correctos. Huelga decir que en esas condiciones sería muy difícil lograr una fundamental consistencia en la propia conducta.²⁴⁴

Esto resulta más relevante aún en el ámbito jurídico, en el que la conducta es necesariamente social —referida a otro sujeto— y por lo tanto son imprescindibles las normas para la coordinación de las acciones libres de sujetos distintos en contextos complejos.²⁴⁵

“Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”, *Anuario Filosófico*, Pamplona, núm. XXVII/2, 1994, pp. 817-828.

²⁴³ Sobre los aspectos lógicos del discurso normativo, véase Kalinowski, G., *La logique des normes*, París, PUF, 1972.

²⁴⁴ Gómez Lobo, A., *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile-Buenos Aires, Mediterráneo, 2006, p. 83.

²⁴⁵ Por razones de simplicidad del argumento se hace referencia sólo a las normas prescriptivas, pero existen al menos otros cinco tipos de normas: Ka-

Pero si la praxis jurídica está constitutivamente referida a otro sujeto de derecho, formando lo que se llama una “relación jurídica”,²⁴⁶ es claro que la necesidad deóntica —“deber jurídico”— que crea una norma al prescribir una conducta, tiene su correlato necesario en otro sujeto jurídico, que aparece —al menos inmediatamente— como beneficiario o destinatario de la conducta prescrita. Este correlato, que radica en el sujeto denominado “activo” de la relación, se ha denominado tradicionalmente *derecho subjetivo* y en plural “derechos”²⁴⁷ y consiste en la facultad o poder práctico de realizar una cierta conducta —lo que supone una abstención de los demás— o bien de exigir de otro sujeto que realice aquella acción o conjunto de acciones —que suelen denominarse “prestaciones”— que han sido prescritas por la norma correspondiente.

Por lo tanto, la primera parte de la expresión compleja “derechos humanos” hace referencia a una *facultad* o poder jurídico, a través del cual se puede exigir —jurídicamente— de los restantes sujetos jurídicos, ya sea una prestación activa, ya sea una abstención. Como se dijo más arriba, toda facultad jurídica necesita tener como fundamento inmediato o justificación racional próxima una *norma* jurídica —no forzosamente jurídico-positiva— y como correlato ineludible un *deber* jurídico de otro u otros sujetos jurídicos.²⁴⁸ Y este último elemento resulta indispensable, toda vez que si nadie debe nada a un determinado sujeto jurídico, aparece como impensable que éste posea el derecho de exigir

linowski, G., *La logique déductive. Essai de présentation aux juristes*, París, PUF, 1996, pp. 135 y ss.

²⁴⁶ Este punto se encuentra desarrollado en Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho - I - El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pp. 79-107.

²⁴⁷ Para el análisis de esta noción, véase Kalinowski, G., “Logique et philosophie du droit subjectif”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, núm. IX, 1964, pp. 37-43.

²⁴⁸ *Cfr.* Griffin, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 96 y ss., y Stoljar, S., *An Analysis of Rights*, Londres, MacMillan, 1985, pp. 44 y ss.

algo a alguien; en otras palabras, que sea titular de un derecho-facultad.²⁴⁹

Ahora bien, para completar la explicación y precisión del significado de “derecho” o “derechos” en sentido subjetivo, conviene hacer una remisión a un trabajo de Alan Gewirth en el que se distinguen con acribia los elementos centrales de esa realidad, sin los cuales ella no puede ser correctamente pensada. Gewirth enumera cuatro elementos: (i) el *sujeto* titular del derecho (A); (ii) el *objeto* o la materia sobre la cual el derecho versa (X); (iii) la contraparte del sujeto titular, que tiene la *obligación* de cumplir con el objeto del derecho (B), y (iv) la base *justificatoria* del derecho (Y). Y sobre la base de ese análisis, ese autor propone una fórmula general que expresa lo que es “un derecho”: “*A tiene derecho a X frente a B, en virtud de Y*”.²⁵⁰ Se volverá sobre esto más adelante.

III. LA “HUMANIDAD” DE LOS DERECHOS

Y en lo que respecta a la segunda palabra de la locución compleja “derechos humanos”, corresponde decir que no constituye, en contra de la opinión de algunos autores, una tautología respecto de la primera, ya que “humano” claramente no significa lo mismo que “derecho”,²⁵¹ pero sí es verdad que se trata de una expresión *vaga*, de significación imprecisa, y que por lo tanto necesita ser precisada o determinada. En otras palabras, “humano” es un adjetivo excesivamente amplio como para caracterizar con precisión al nombre “derecho” y debe establecerse, por lo tanto, en cuál de sus múltiples sentidos se utiliza la palabra “humano” en la locución compleja estudiada. Es decir, precisar su semántica propia.

²⁴⁹ En este punto, véase Massini Correas, C. I., *Teoría del derecho y derechos humanos*, Lima, ARA Editores, 2011, pp. 32-36.

²⁵⁰ Gewirth, A., “Are there Any Absolute Rights?”, en varios autores, *Theories of Rights*, ed. de J. Waldron, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 95.

²⁵¹ Cfr. Sanguineti, J. J., *Logica e gnoseologia*, Roma, Pontificia Università Urbaniana, 1988, pp. 133 y 134.

En este sentido, es claro que al utilizar el adjetivo “humano” o “humanos” para determinar el nombre “derecho” o “derechos” no se quiere hacer referencia a que los derechos corresponden a los seres humanos, ya que en ese sentido la locución resultaría vaga y equívoca, toda vez que los hombres tienen múltiples “derechos” que no pueden ser calificados de “humanos”; en ese sentido, todo vecino del municipio de Godoy Cruz tiene derecho indudable a que se le recoja periódicamente la basura, pero nunca se calificaría a esa facultad jurídica como un derecho “humano”. Menos aún se puede utilizar razonablemente ese calificativo para distinguir ciertos derechos de los que tendrían lo seres no-humanos, ya que, aunque algunos autores los defiendan,²⁵² no existen derechos infrahumanos: “Por causa del hombre existe el derecho”, sostenía el jurista Hermógenes, dejando en claro que sólo los hombres los tienen.

Pero tampoco puede utilizarse la expresión “humanos” para calificar a ciertos derechos que serían opuestos a otros “inhumanos”, en sentido axióticamente negativo, por lo que debe buscarse la significación precisa de ese adjetivo en otro lugar. En rigor, y si se hace referencia al uso habitual del vocablo, es posible establecer que se utiliza para calificar a cierto tipo de derechos que tienen una vinculación especial con el carácter humano —o con la *hominidad*— de sus titulares. En otras palabras: con el uso habitual de “humanos” se hace referencia inequívocamente a que ciertas facultades jurídicas tienen una relación especial —relación de fundamentación— con la índole humana de sus titulares; son derechos que se poseen principal y raigalmente en razón del carácter humano de sus detentadores. Hay derechos que se tienen en razón del carácter de vecino de un municipio, de inte-

²⁵² Entre muchos otros, Routley, R. y Routley, V., “Against the Inevitability of Human Chauvinism”, en varios autores, *Ethics and Problems of the 21st Century*, Notre Dame-Indiana, Notre Dame University Press, 1979, pp. 35-59. Asimismo, véase: Massini Correas, C. I., “Derechos ecológicos y dignidad humana”, en Massini Correas, C. I. (ed.), *Ecología y filosofía*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1993, pp. 81-88.

grante de una corporación, de un convenio suscrito con otro u otros sujetos jurídicos, porque así lo ha establecido la legislación impositiva, y así sucesivamente, pero es claro que a ellos no nos referimos cuando hablamos de “derechos humanos”, sino sólo a los que nos corresponden o de los que somos titulares en virtud fundamentalmente de nuestra humanidad.

Es por eso que en la gran mayoría de las declaraciones de derechos se comienza con el cuantificador universal “todos”, en cuanto la totalidad de los seres humanos son titulares de esos derechos y esto sin necesidad de alguna cualidad particular, establecida positivamente, que determine quiénes son los titulares. De este modo, del análisis anterior es posible inferir que la locución “derechos humanos”, tal como es utilizada generalmente y en los ámbitos más relevantes, designa a aquellas facultades jurídicas que tienen como justificación racional a la índole humana de sus titulares. En otras palabras: que el título o razón inmediata por la que se les posee es la humanidad que es propia de sus sujetos.²⁵³

En un trabajo anterior, explicitada con otros términos esta misma idea, se ha sostenido que según la significación que se desprende del modo más obvio del lenguaje habitual acerca de los derechos humanos, éstos se presentan como aquellos derechos subjetivos que tienen su título —o fundamento, o justificación— en las notas esenciales del modo de ser del hombre —en lo que se podría llamar la “hominidad”— o en alguna de sus dimensiones perfectivas próximas, y que —además— se poseen lo establezca o no la legislación positiva y aún en contra de ella. Esto supone —se concluye allí— la necesidad de la existencia de al menos un principio supra-positivo, principio que fundaría esos derechos que aparecen como derechos anteriores o superiores al resto de los derechos.²⁵⁴

²⁵³ Sobre la noción de “título jurídico”, véase White, A. R., *Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 111 y ss.

²⁵⁴ Cfr. Massini Correas, C. I., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 114. Véase, en el mismo sentido y muy especialmente, Hervada, J., “Problemas que una nota

IV. DERECHOS HUMANOS Y DERECHO NATURAL

Ahora bien, la última de las notas mencionadas, la de “anterioridad” o “superioridad”, supone la existencia de ciertos principios jurídicos —al menos uno— que no dependen para su validez y fuerza deóntica de su establecimiento fáctico por una voluntad, actividad o construcción humana. Y estos principios no son sino aquella realidad que a lo largo de los siglos se ha denominado generalmente y por pensadores de muy diversas épocas y escuelas como “derecho natural”.²⁵⁵ John Finnis ha reconocido que esa denominación tiene en nuestros días un “marketing” horrible, en razón de la equívocidad y peyoratividad con que se utiliza la expresión “natural”, refiriéndola preponderantemente a la estructura física del mundo material, pero reconoce que, por razones de tradición de pensamiento, conviene mantener las expresiones “derecho natural” y “ley natural” para designar el núcleo duro de indisponibilidad que fundamenta, guía y limita la normatividad jurídica.²⁵⁶

Por otra parte, y en lo que respecta a la relación entre “derechos humanos” y derecho natural, resulta oportuno remitirse a un libro de Blandine Barret-Kriegel, en el que la pensadora francesa sostiene que

Podemos extraer una lección para el desarrollo mismo de los derechos del hombre. Si ellos no pueden tener su origen en el idealismo subjetivo y el voluntarismo jurídico, sino, como hemos tratado de mostrar, en las obras modernas de derecho que man-

esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, *Escritos de derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 427 y 428.

²⁵⁵ Cfr. Soaje Ramos, G., “Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 6/7, 1979, pp. 99-107.

²⁵⁶ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 437 (*Postscript*). Allí escribe que “Natural Law” es “an inconvenient label”.

tienen la referencia a la ley natural, esto significa entonces, para quien cree y espera en su futuro y en su desarrollo, que la filosofía del derecho debe enraizarse en la idea de ley natural... El destino jurídico de los derechos del hombre —concluye— pasa por el futuro de una filosofía de la ley natural, y hoy en día, como recientemente, por una crítica de la filosofía del sujeto.²⁵⁷

Por su parte, John Finnis ha escrito claramente que resulta:

Sencillo el mapa conceptual de los derechos *humanos* en el discurso moderno, ya que sigue la línea del mapa conceptual de lo que en una anterior forma de hablar se llamaban derecho(s) *natural(es)*. Gayo, en el siglo segundo DC, enseñaba que ninguna ley estatal o convención común podía dejar de lado los derechos naturales. Y el Aquinate, en el siglo trece, enseñaba que la ley positiva, aunque escrita, definida y clara, no puede hacer que sea justo, vinculante moralmente o propiamente imponible (*enforceable*) lo que es inherentemente repugnante a los derechos naturales.²⁵⁸

Ahora bien, ¿cómo se explica este enraizamiento de los derechos humanos con la idea de ley o derecho natural? Para responder a esta pregunta es preciso volver a los elementos que distinguía Gewirth en la noción de “un derecho” (subjetivo). Entre estos elementos constitutivos se encuentra “la base justificatoria del derecho”, es decir, la razón precisa en virtud de la cual puede alegarse una facultad jurídica. Pero estas razones justificatorias pueden ser o bien *dadas* objetivamente y conocidas por el entendimiento, o bien *construidas* por la voluntad y la acción humanas; en rigor, la gran mayoría de las razones justificatorias de los derechos subjetivos son en parte dadas y en parte construidas, pero cuando estas razones son en principio o preponderantemente *dadas*, se les denomina ley o derecho *natural* —en este caso, cuando

²⁵⁷ Barret-Kriegel, B., *Les droits de l'homme et le droit naturel*, París, PUF, 1989, pp. 98-99.

²⁵⁸ Finnis, J., “Introduction”, en *Collected Essays - III - Human Rights & Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 2 y 3.

se las circunscribe al ámbito jurídico— y cuando son mayoritariamente *construidas* se les denomina derecho *positivo*. Es claro que las razones dadas objetivamente (o naturales) son, en un sentido normativo, *superiores* (tienen una fuerza normativa preferente) o *anteriores* (son previas cognitivamente a toda construcción humana) a las construidas artificialmente a través de las llamadas “fuentes sociales”.²⁵⁹

Y si se acude a la historia del lenguaje de los derechos humanos, de allí surge inequívocamente que se denomina “derechos humanos” a los que tienen su razón justificatoria no en las *meras* normas del derecho positivo, sino *primera y principalmente* en los principios del derecho natural. Dicho de otro modo: cuando se habla de “derechos humanos” como de una categoría especial de facultades jurídicas, se les distingue de los derechos que no son de esa categoría y que son los que dependen principalmente de la razón práctica y la voluntad humanas, que determinan y precisan aquellas facultades jurídicas que corresponden a la implementación concreta de los “derechos humanos”. Por lo tanto, es claro que los derechos humanos son, en rigor, derechos naturales, cuyos principios justificatorios son los preceptos universales de la ley natural jurídica o derecho natural.²⁶⁰

V. DERECHO NATURAL Y BIENES HUMANOS

Pero queda pendiente una pregunta: esos principios o razones que justifican la existencia y validez de los derechos humanos ¿qué tipo

²⁵⁹ Véase Finnis, J., “Natural Law”, *Collected Essays-I-Reason in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 199-211.

²⁶⁰ Varios autores sostienen la tesis de que, en el caso de los derechos humanos, de lo que se trata es de la versión moderna —subjetivista— del derecho natural de la tradición de occidente; así por ejemplo, el profesor español Francisco Puy sostiene que los derechos humanos no son sino “la ley natural abordada desde el punto de vista de sus implicaciones subjetivas”; cit. en Maino, G., *Concepto y fundamento de los derechos humanos, a la luz del pensamiento del profesor Francisco Puy*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 70.

de razones son? ¿Son razones teóricas, técnicas, prácticas, axiológicas, o de otro tipo? La respuesta inmediata a estas preguntas es que se trata de razones de carácter práctico, pero más específicamente, razones normativas y que proveen razones para el obrar.²⁶¹ Estas razones normativas —o dicho más precisamente, normas— son proposiciones, es decir, realidades lógico-intencionales en las que se une, a través de un funtor práctico (de prescripción, prohibición, permisión, etcétera) al concepto de un sujeto (o sujetos) de acción, con el concepto de una acción (o conjunto de acciones). Por ejemplo, en la proposición normativa “Todo depositario debe devolver el depósito”, el funtor práctico de “deber” une normativamente a un tipo de sujeto de acción (los depositarios), con un tipo de acciones (la devolución de lo depositado).²⁶² Y esa norma es la base justificatoria de la proposición de derecho subjetivo “todo depositante tiene derecho de exigir la devolución de la cosa depositada”.

A su vez, esa norma-proposición significa que existe una razón para obrar en el sentido de su prescripción (permisión, prohibición, etcétera). Y esto en razón de que la *praxis* humana es constitutivamente racional y por lo tanto se motiva y dirige a través de razones, es decir, de actos de la razón práctica.²⁶³ Pero a su vez, esas razones para la acción se constituyen en relación con ciertos bienes, ya que la conducta humana es intencional y por lo tanto ordenada siempre a un fin, que no puede ser sino un bien,

²⁶¹ Sobre esta última noción, véase Boyle, J., “Reasons for Action: Evaluative Cognitions that Undelie Motivations”, *The American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame-Indiana, núm. 46, 2001, pp. 177-197.

²⁶² Véase Kalinowski, G., *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J. A. Casaubon, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 67-143.

²⁶³ Sobre la estructura de la acción humana, véase Brock, S., *Acción y conducta. Tomás de Aquino y la teoría de la acción*, trad. de D. Chiner, Barcelona, Herder, 2000; Rodríguez Duplá, L., *Ética*, Madrid, BAC, 2001, pp. 35-68; Gallagher, D., “The Will and its Acts”, en Pope, S. J. (ed.), *The Ethics of Aquinas*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2002, pp. 69-89, y Finnis, J., “Human Acts”, *Collected Essays-II-Intention & Identity*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 133-151.

conforme lo explicitó magistralmente Aristóteles en los mismos inicios de la filosofía práctica. Entre estos bienes humanos, que son el objetivo de las acciones, es posible distinguir algunos que resultan ser fundamentales e intrínsecos, ya que constituyen por sí mismos —no de modo meramente instrumental— las dimensiones centrales de la perfección humana. Estas dimensiones o aspectos de la perfección o bien humano —“primero y principalmente se llama bien el ser perfecto y perfectivo de otro a modo de fin”, escribe Tomás de Aquino—²⁶⁴ han sido denominados por John Finnis “bienes humanos básicos”²⁶⁵ y son los que proporcionan las razones centrales para la acción humana.

Estos “bienes humanos básicos” cumplen en el orden de la praxis y de la razón práctica un papel inexcusable: respecto a las acciones o praxis humanas, son su objeto propio o finalidad constitutiva y en consecuencia le proporcionan su sentido; en referencia a las *normas* éticas (y jurídicas, que son una subespecie de las normas éticas), ellas se fundan en, y se ordenan a la realización de alguno o algunos de esos bienes humanos,²⁶⁶ y en relación con los *derechos subjetivos* —en especial, los derechos subjetivos “humanos”— cumplen la tarea de justificar sus exigencias y proporcionar sus contenidos. Especialmente, en el caso de los “derechos humanos” estos bienes básicos aparecen como cumpliendo esos cometidos de modo inmediato y directo. Si, por ejemplo, nos remitimos al denominado “derecho a la vida”, se verá que su objeto y razón de ser es la preservación del bien básico de la vida humana, y si nos volvemos al derecho a la salud, aparecerá el bien de la salud (que Finnis incluye en una misma categoría junto al bien de la vida) como su contenido propio y razón justificatoria; y en lo que hace al derecho a constituir sociedades de diferentes niveles, aparecerá el bien humano de la sociabilidad-amistad

²⁶⁴ Aquino, Tomás de, *De Veritate*, 21, a. 1. Acerca del sentido de este y otros textos similares, véase Cardona, C., *La metafísica del bien común*, Madrid, Rialp, 1966.

²⁶⁵ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, pp. 59-99.

²⁶⁶ Gómez Lobo, A., *op. cit.*, p. 84.

como su fundamento directo, y así sucesivamente, de modo tal que puede decirse de este derecho humano —justificado racionalmente— que no se vincule constitutivamente con un bien humano básico.

Ahora bien, y luego de estos desarrollos, resulta necesario responder a una cuestión decisiva que, de hecho, ha derivado en numerosas polémicas: ¿por qué toda esta ordenación racional al bien humano recibe la denominación de “derecho natural”? ¿Qué tiene esto que ver con la índole, modo de ser o condición propia del hombre? Una frase de John Finnis puede proporcionarnos una pista adecuada: en varios lugares de su obra, este autor sostiene que “si el hombre fuera de otro modo, sus bienes básicos serían distintos”;²⁶⁷ es decir, el modo de ser propio del hombre determina necesariamente cuáles son sus bienes humanos básicos. Dicho de otro modo: desde el punto de vista ontológico, la naturaleza humana tiene prioridad sobre los bienes, ya que los determina especificándolos.²⁶⁸ De esta manera, la vida es un bien humano básico porque el hombre es un viviente; el conocimiento lo es en razón de que el hombre es un ser cognoscente; la sociabilidad es un bien porque el hombre es naturalmente social; la familia también lo es porque el hombre es constitutivamente familiar, y así sucesivamente.²⁶⁹

Otra cosa distinta es lo que sucede cuando se aborda la cuestión desde el punto de vista del conocimiento práctico-normativo; desde esta perspectiva, el punto de partida radica en las dimensiones centrales del bien humano, que son los objetos de las acciones humanas, a partir de las cuales se infieren las capa-

²⁶⁷ Finnis, J., “Natural Law and Unnatural Acts”, *The Heythrop Journal*, Oxford, núm. 11/4, 1970, p. 34. Sobre este texto, véase: Massini Correas, C. I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 76-87.

²⁶⁸ Finnis, J., “Is and Ought in Aquinas”, en *Collected Essays-I*, cit., p. 147.

²⁶⁹ Véase, Massini Correas, C. I., “Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis”, en Etcheverry, J. B. (ed.), *Ley moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2013, pp. 13-30.

ciudades o facultades del hombre, que son las que hacen posible conocer su naturaleza o modo de ser propio. Esto es lo que Finnis llama “principio epistemológico”, según el cual las acciones se conocen por sus objetos, las capacidades por las acciones que realizan y, finalmente, la naturaleza humana se reconoce a partir de esas capacidades.²⁷⁰ Por esta razón es posible hablar del “derecho natural” que justifica los “derechos humanos”: porque desde el punto de vista ontológico, no del conocimiento sino del ser, la naturaleza humana es la raíz de las facultades del hombre, las que hacen posible sus acciones propias o praxis, las que a su vez se ordenan a la realización de los bienes humanos.

En definitiva, por la vía de los bienes humanos básicos, es posible conocer los objetos de los derechos humanos y justificar su vinculación —de fundamentación— con el derecho natural, que fuera reconocida por la Declaración francesa de 1789, en la que por dos veces se habla de los “derechos naturales del hombre”. Es bien sabido que esta explicación de esos derechos no es la única ni la más aceptada; de hecho, existen muy numerosos ensayos de explicación y fundamentación de los derechos humanos, con puntos de partida y resultados muy diversos y con niveles de argumentación y consistencia de irregular calidad.²⁷¹ Pero la exposición que se ha sintetizado más arriba, centrada en la idea de bienes humanos y de derecho natural, aparece como la más consistente, más completa y más acorde con los datos de la experiencia jurídica en esa materia.

VI. SOBRE LOS LLAMADOS “DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN”

Tal como se mencionó al comienzo de estas disquisiciones, hace no muchos años, concretamente durante los años setenta del pasa-

²⁷⁰ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 416.

²⁷¹ Véase Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

do siglo, comenzó a difundirse la noción de los denominados “derechos de tercera generación”. El principal divulgador de la idea fue el jurista checo Karel Vasak, secretario general del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, que en 1977 publicó un trabajo —que tuvo gran difusión— en el que sostenía la división de los derechos en generaciones y proponía la idea de una tercera generación, en la que se concretaran los derechos correspondientes al último término de la divisa de la Revolución francesa: “Libertad, Igualdad, Fraternidad”. Por otra parte, estos derechos “de fraternidad”, estaban pensados como trascendiendo los ámbitos nacionales y planteaban exigencias de implementación de carácter transnacional y aún global.²⁷²

En ese mismo sentido, el profesor español José Antonio Ramos Pascua describe que los derechos de tercera generación:

Son los que persiguen, no ya el valor de libertad, ni el de igualdad, sino el de solidaridad o fraternidad universal. Con estos derechos se quiere hacer efectivo por completo el ambicioso lema de la Revolución Francesa: *libertad, igualdad, fraternidad*. Los derechos de tercera generación son derechos de solidaridad, porque defienden intereses colectivos y su ejercicio requiere del esfuerzo conjunto de cada comunidad. También por su vocación internacionalista. Son derechos que responden a problemas y necesidades que desbordan las fronteras nacionales y afectan a todos los habitantes del planeta. Como ejemplos —concluye— de derechos de tercera generación podemos destacar el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo de los pueblos, etc.²⁷³

²⁷² Vasak, K., “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *UNESCO Courier*, núm. 30/11, París, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 1977. Véase, también, Vasak, Karel, “Pour une troisième génération des droits de l’homme”, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’Honneur de Jean Pictet*, La Haya, Mouton, 1984.

²⁷³ Ramos Pascua, J. A., *La ética interna del derecho. Democracia, derechos humanos y principios de justicia*, cit., pp. 91 y 92.

Ahora bien, estos recientemente propuestos “derechos de tercera generación” plantean a la filosofía del derecho algunas preguntas cruciales y de indispensable respuesta; algunas de ellas son las siguientes: estos derechos, ¿son propia y específicamente “derechos” subjetivos, dotados de todos los elementos que los caracterizan?; en relación con lo anterior ¿pertenecen al ámbito de lo jurídico en sentido estricto, con todas las determinaciones que le son propias?; ¿la extensión que ellos suponen del lenguaje de los derechos, contribuye a su fortaleza y vigencia, o más bien a su empobrecimiento y banalización?; finalmente, ¿cuál es el motivo —y el objetivo— de la promoción y difusión de este *tertius genus* de los derechos humanos? Se responderá sucintamente a esas cuestiones en el orden en que han sido planteadas.

En primer lugar, aparece la pregunta por el carácter de “derechos” en sentido estricto de los denominados “derechos de la tercera generación; en este sentido, resulta claro, luego de un análisis somero que los elementos de los derechos subjetivos enumerados por Gewirth, que estos elementos propios o bien no aparecen, o se presentan de un modo radicalmente difuso y altamente indeterminado. En efecto, la determinación —esencial para que pueda hablarse de “derechos”— de sus sujetos activos o titulares, de aquellos que son deudores de las prestaciones que son su contenido, del alcance y objetos de esas prestaciones y de la base justificatoria que los fundamenta, aparece inevitablemente como ambigua, difusa e imposible de determinar con un mínimo de precisión. Esto se da especialmente en el caso de los “deberes humanos”, sin los cuales los derechos no pueden pensarse, y es casualmente esa precisión una de las que resultan más necesarias para que pueda hablarse de derechos con un mínimo de propiedad.²⁷⁴

²⁷⁴ Sobre el tema de los deberes como correlato necesario de los “derechos humanos”, véase D’Agostino, F., “Los derechos y deberes del hombre”, en Saldaña, J. (ed.), *Problemas actuales sobre derechos humanos*, México, UNAM, 2001, pp. 91-106.

En ese sentido, el jurista francés Robert Pelloux ha escrito con bastante claridad que

Los nuevos derechos no corresponden a la noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar, como nación, pueblo, sociedad, comunidad internacional, lo que les opone a los verdaderos derechos del hombre... Su objeto es, con frecuencia, impreciso. A veces, el nuevo derecho no hace más que retomar bajo una forma diferente todo o parte de los derechos económicos y sociales que figuran en la Declaración Universal y en la mayoría de las declaraciones nacionales; es el caso del derecho al ambiente, del derecho al desarrollo... Finalmente, su protección jurídica es imposible o muy difícil de asegurar, como consecuencia de la imprecisión de su titular y de su objeto.²⁷⁵

Pero no sólo se trata de que estos nuevos derechos no llenen los extremos necesarios para constituir un derecho subjetivo, sino que además su contenido y alcance se coloca fuera del ámbito de lo propiamente jurídico, es decir, de lo estrictamente debido en justicia y objetivamente determinable en el marco de la comunidad política. Es bien conocida la doctrina de la politicidad del derecho,²⁷⁶ según la cual su ámbito propio es la comunidad política, su fin específico el bien común político y su tarea el establecimiento de las condiciones externas y sociales que faciliten, promuevan y hagan posible el logro de las dimensiones centrales de ese bien común.

Y esto se aplica tanto a los derechos meramente positivos, como a los humano-naturales: ambos se dan en el contexto de

²⁷⁵ Pelloux, R., “Vrais et faux droits de l’homme. Problèmes de définition et de classification”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Étranger*, París, núm. 1981-1, 1981, pp. 67 y 68.

²⁷⁶ Véase Soaje Ramos, G., “Sobre la politicidad del derecho. El bien común político”, en Castaño, S. y Soto Kloss, E. (eds.), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Universidad Santo Tomás, 2005, pp. 15-45.

la comunidad política, su operación es exterior y social y su finalidad propia es el bien común político. Pero, y los sujetos individuales, ¿no son los titulares beneficiarios de los derechos humanos? Sí, en cuanto participan de la comunidad política, y los beneficios de la acción social se distribuyen entre los sujetos partícipes de esa comunidad. Pero fuera del marco de esa colectividad no hay posibilidades de coordinación de acciones, ni de distribución de bienes y servicios, ni de dirección eficaz —con la posibilidad de aseguramiento coactivo— de la conducta en alteridad, es decir, de actividad jurídica propiamente dicha.²⁷⁷ En otras palabras: no existe la posibilidad —ni teórica, ni práctica— de garantizar jurídicamente la satisfacción de esos pretendidos “derechos”, por lo que quedan inexorablemente fuera del ámbito de lo jurídico, y no pueden, consiguientemente, denominarse “derechos”.²⁷⁸ Si es cierto que ellos pretenden —como se sostiene— alcanzar la “fraternidad” entre los hombres, es evidente que quedan automáticamente fuera del derecho, ya que la finalidad de este último no radica en esa pretendida fraternidad sino en la justicia, más pobre, ruda y esquemática, pero mucho más básica para el aseguramiento de la convivencia humana.²⁷⁹

Y en lo que respecta a la pregunta referida a si el uso de esa categoría de derechos aseguraba y fortalecía, o bien debilitaba y banalizaba la vigencia y aceptación de la idea de “derechos humanos”, conviene recordar un texto de L.W. Sumner, en el que el pensador canadiense sostiene la idea de que

del mismo modo que la carrera armamentista, la retórica de los derechos está fuera de control. En las democracias liberales de Occidente, las cuestiones públicas, cualquiera que sea su naturaleza, están siendo percibidas crecientemente como un conflicto

²⁷⁷ Véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del Derecho – I, cit.*, pp. 35 y ss.

²⁷⁸ Véase Ara Pinilla, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 136.

²⁷⁹ Véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del Derecho - II – La justicia*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, pp. 244-246.

de derechos. En orden a permanecer competitivos en el mercado político, los grupos de intereses han debido recurrir a cada vez más exóticas reclamaciones de derechos... La resultante inflación de la retórica amenaza con devaluar la noción de derechos. Si hemos de continuar tomándonos en serio los derechos, debemos imponer algún control sobre la proliferación de reclamaciones de derechos. Para este necesario control, es necesario un estándar que haga posible distinguir los derechos auténticos de los inauténticos.²⁸⁰

Pero más allá de lo acertado de las opiniones de este autor, resulta indudable que la ampliación, prácticamente al infinito, de los “derechos” que se consideran “humanos”, conduce a una vaguedad del concepto según la cual prácticamente cualquier cosa puede quedar incluida en él. Pero un concepto tan vago es prácticamente inútil, ya que para su implementación en la vida política resulta necesaria una cierta determinación de los conceptos en juego; de lo contrario, no se sabrá de qué se está hablando, ni si lo que se sostiene es correcto o incorrecto.²⁸¹ Es más, “esa misma imprecisión en la que resulta sumido el concepto, hace más tentadora su utilización ideológica, es decir, su manipulación como instrumento demagógico, sectario y maniqueo al servicio de algún proyecto político determinado”.²⁸² Y es casualmente esta utilización ideológica la que más ha contribuido al descrédito, la banalización y el debilitamiento de la noción de derechos humanos.

²⁸⁰ Sumner, L. W., “Rights Denaturalized”, en Frey, R. G. (ed.), *Utility and Rights*, Oxford, Basil Blackwell, 1985, p. 20. Por su parte, Ramos Pascua escribe: “El peligro evidente de esta tendencia a la desmesura es que terminen perdiendo fuerza y respeto incluso los derechos más básicos del ser humano, que tanto esfuerzo ha costado ver reconocidos y garantizados. Conviene, pues, moverse con prudencia y rigor a la hora de postular nuevos derechos”; Ramos Pascua, J. A., *op. cit.*, p. 92.

²⁸¹ *Cfr.* Pereira Menaut, A. C., *En defensa de la Constitución*, Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 437 y 438.

²⁸² Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, *cit.*, p. 177.

Finalmente, y en lo que se refiere a la causa de esta proliferación de derechos “de tercera generación”, es posible sostener que ella radica en la tendencia del pensamiento ético, político y jurídico contemporáneo a pensar la totalidad de las exigencias práctico-normativas en términos jurídicos, más concretamente, de derechos. En este sentido, Jürgen Habermas sostiene la tesis de que, a partir de la (supuesta) pérdida de fuerza moral del derecho natural-racional moderno, la única posibilidad de otorgar una cierta indisponibilidad a las exigencias éticas radica en su inclusión dentro de las categorías jurídicas; éstas le otorgarían la precisión, objetividad y fuerza que el pensamiento práctico-moral resulta incapaz —luego de la contemporánea difusión del escepticismo ético— de proveer de modo racionalmente justificado. “Después del desfondamiento del derecho racional —escribe Habermas— la racionalidad procedural, inherente al derecho positivo, constituye la única dimensión todavía disponible que permite asegurar al derecho un aspecto de indisponibilidad y una estructura sustraída a cualquier intervención contingente”.²⁸³

Pero esta tendencia a pensar toda la ética social en los términos y conceptos de la categoría de “derechos”, no logra sino deformar la enorme riqueza del pensamiento ético, que se expresa a través de valores, ideales, normas, principios, virtudes, y también facultades. Y no es posible reducir todas las categorías de la sistemática ética sólo a la de derechos, ya que esto significa una súper-simplificación y empobrecimiento de sus elementos principales, con la consiguiente imposibilidad de pensar adecuadamente las diferentes dimensiones que presenta la experiencia práctico-moral. Se trata solamente de un caso más del reduccionismo²⁸⁴ que corrompe el pensamiento ético desde la moderni-

²⁸³ Habermas, J., *Droit et Morale. Tanner Lectures (1986)*, París, Seuil, 1997, pp. 90 y 91.

²⁸⁴ Sobre la noción de reduccionismo, véase Possenti, V., “Anima, mente, corpo e immortalità. La sfida del naturalismo”, *Sapientia*, Buenos Aires, núm. 229-230, 2011, pp. 69-76.

dad hasta nuestros días y que diluye la filosofía práctica en un ejercicio monocorde, indiferenciado y monótono, que pretende la explicación imposible de una realidad plural, profusa y heterogénea.

En rigor, de lo que se trata en el caso de los denominados “derechos de tercera generación” es de ideales ético-políticos universales, como la paz mundial, el desarrollo económico, o la autodeterminación de los pueblos, que deben buscarse a través de políticas internacionales que los promuevan y los protejan. Pero es claro que el incluir esos ideales en la categoría de los derechos humanos —a la que constitutivamente no pertenecen— no es un instrumento idóneo para su desarrollo o realización, aunque sea siempre incompleta e inacabada. Algunos autores²⁸⁵ sostienen que sólo es cuestión de esperar algún tiempo para que se alcance su implementación efectiva de esos ideales en cuanto derechos; pero, en rigor, se trata de aspiraciones o anhelos que pertenecen intrínsecamente a una categoría distinta de la de derechos y no es posible, ni deseable, incluirlos en ella violentando las reglas de la lógica.

VII. CONCLUSIÓN SOBRE FUNDAMENTOS

Luego de las argumentaciones precedentes, es posible arribar a una conclusión fundamental, que explica en gran medida los desencuentros que registran la historia y la contemporaneidad del pensamiento acerca de los derechos humanos, algunos de los cuales se han tratado en las páginas anteriores. Este corolario puede resumirse en una frase de Janne Matlary:

Los derechos humanos son un concepto de derecho natural: requieren y presuponen una naturaleza humana común en términos de la misma dignidad y la misma igualdad...; constituyen un

²⁸⁵ Ara Pinilla, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 160-165.

conjunto que refleja la visión de la naturaleza humana que puede conocerse mediante el sentido común y la razón. Pero si se niega el concepto de naturaleza humana, no hay bases para estos derechos humanos, que se convierten en meros asuntos ideológicos y partidistas.²⁸⁶

En este párrafo sería conveniente agregar una referencia al bien —y a los bienes— humano(s), fundamental para una concepción práctica de esos derechos, pero en cualquier caso, el núcleo de la cuestión está bien definido: la negación escéptica y relativista —todo relativismo es necesariamente un escepticismo— de la existencia de ciertos bienes cognoscibles objetivamente, que se corresponden con las dimensiones centrales de la naturaleza humana, no puede comprender, ni explicar, ni justificar, el sentido de los derechos humanos.

En efecto, desde la perspectiva del escepticismo hodierno, entendido principalmente como sospecha universal, resulta imposible justificar la igualdad humana, las razones de la titularidad de los derechos, el contenido de las facultades jurídicas, las razones de la exigibilidad de los derechos humanos, y en rigor, nada de lo referente a esos derechos. Y por ello, tal como lo sostiene Mary Ann Glendon, “si los derechos humanos no pueden defenderse sobre una base filosófica sólida, entonces se deja la puerta abierta para la manipulación y la deconstrucción que no tienen fin. Las esperanzas que ellos representan —concluye—... se disuelven entre poderes políticos. Y el mero poder se convierte en derecho”.²⁸⁷

Dicho en pocas palabras: para que sea posible pensar, justificar, hablar e implementar los derechos humanos resulta imprescindible reconocer la existencia y cognoscibilidad de un modo

²⁸⁶ Matlary, J. H., *Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo*, trad. de M. J. García González, Madrid, Ediciones Cristiandad, 2008, pp. 247-250.

²⁸⁷ Glendon, M. A., “Prefacio”, en Matlary, J. H., *op. cit.*, p. 19. El título original del libro es “When Might Becomes Human Right”.

humano de existir y de los bienes que intrínsecamente le corresponden, de modo tal que la razón humana pueda objetivamente pensar y explicitar la justificación, contenido, alcance, titulares y sentido de esos derechos. De lo contrario, si todo lo referido al hombre resulta relativo e incognoscible, toda acción humana, aún la más depravada, valdrá exactamente igual que su contraria y el destino del hombre quedará librado al nudo poder de los más fuertes o a las ensoñaciones utópicas enarboladas en los llamados “derechos de tercera generación”.

CAPÍTULO QUINTO

¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA? ROBERT ALEXY Y LA TRADICIÓN DEL IUSNATURALISMO CLÁSICO

I. LA CUESTIÓN PLANTEADA

La Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho ha enviado a algunos de sus miembros una traducción —elaborada por el profesor Eduardo Soderó— de un difundido artículo del profesor de Kiel, Robert Alexy, publicado en los *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* con el título de “¿Derechos humanos sin metafísica?”, con el pedido expreso de redactar un breve comentario de ese trabajo desde cada particular perspectiva filosófica. Esos comentarios tienen como destino su publicación en la revista *Ideas y Derecho*, órgano oficial de la Asociación. Aceptando la invitación realizada, en lo que sigue se esbozará una sucinta valoración crítica de la tesis de Alexy desde la perspectiva propia de la tradición del iusnaturalismo clásico.

La cuestión planteada por la Comisión a través del mencionado trabajo puede formularse esquemáticamente en la siguiente pregunta: ¿es posible llevar a cabo la necesaria fundamentación racional de los derechos humanos (dando por supuesto que sin fundamentación racional ellos carecen de existencia) sin una referencia expresa a tesis metafísicas? La respuesta de Alexy a esa pregunta es claramente negativa, resumiéndose en la afirmación final del trabajo: no hay derechos humanos sin metafísica. Por su parte, la respuesta que aquí se propone se estructurará en los tres apartados siguientes: (i) necesidad de una justificación racio-

nal para la existencia de los derechos humanos (y del derecho en general); (ii) posibilidad de una justificación práctico-filosófica de los derechos humanos, sin subalternación propia y formal de esa justificación a la metafísica o a la antropología filosófica, y (iii) cometido de las tesis metafísicas y antropológicas en la estructura de la justificación racional de los derechos humanos. Todo esto habrá de hacerse con carácter sintético y sucinto, dejando de lado muchas aclaraciones, precisiones y desarrollos.

II. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA JUSTIFICACIÓN RACIONAL

Comenzando por el primero de los temas enumerados, resulta claro que, tal como lo han puntualizado numerosos autores —entre otros, Sergio Cotta²⁸⁸ y Georges Kalinowski²⁸⁹—, no es posible sostener la existencia de principios, normas, deberes o derechos jurídicos sin la correspondiente justificación racional. Esto en razón de que los criterios o estándares de ordenación-coordinación-dirección de la conducta de un ser racional, han de ser necesariamente criterios o estándares racionales; “...los únicos estándares —escribe Mark Murphy— que pueden inducir a seres racionales, en cuanto racionales, a actuar, son estándares racionales. Por lo tanto, el derecho es un estándar racional de la conducta”²⁹⁰ y requiere necesariamente una fundamentación racional.

Ahora bien, la justificación racional de una proposición cualquiera, sea ella teórica o práctica, se da cuando ella es la con-

²⁸⁸ Cotta, S., *Giustificazione e obligatorietà delle norme*, Milán, Giuffrè Editore, 1981, y del mismo autor, “Le problème de la justification scientifique des normes”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. LVI-1, 1979, pp. 5-20.

²⁸⁹ Kalinowski, G., “La justification de la morale naturelle”, en Bruaire, C. (ed.), *La morale: sagesse et salut*, París, Fayard, 1981, pp. 209-220.

²⁹⁰ Murphy, M., *Philosophy of Law. The fundamentals*, Malden-Oxford-Victoria, Blackwell Publishing, 2007, p. 39.

clusión de una inferencia formalmente correcta y materialmente verdadera, probable o válida, según el caso.

La inferencia es formalmente correcta [escribe Kalinowski] cuando está conforme a una regla de inferencia fundada sobre, o dicho de otro modo, garantizada por, la constatación que hace evidente la conclusividad de la inferencia respetando la regla en cuestión. La inferencia es materialmente verdadera, probable o válida, cuando su o sus premisas son respectivamente verdaderas, probables o válidas.

Y continúa sosteniendo que

Conviene señalar que ese procedimiento de justificación racional, tan frecuente e importante, es él sólo absolutamente insuficiente... Si la premisa o premisas primeras de la inferencia dada no está o no están todas justificadas racionalmente, la conclusión deja de estarlo y con la regresión al infinito se destruye toda la justificación racional.²⁹¹

Por lo tanto, si se quiere justificar racionalmente y por inferencia de un modo eficaz, resulta necesario disponer, al comienzo del proceso justificatorio, de una o unas premisas justificadas de un modo diferente, *i. e.*, no por inferencia.

Ahora bien, sólo dos procedimientos se ofrecen para justificar premisas de un modo no inferencial: (i) el de la evidencia, y (ii) el de la convención. El primero de ellos, por evidencia analítica, cuando el significado del concepto-predicado está incluido en el significado del concepto-sujeto (dejamos de lado expresamente aquí la teoría de la evidencia empírica), y por convención, cuando una proposición no puede ser conocida por autoevidencia y debe por lo tanto ser construida por la razón y propuesta para su

²⁹¹ Kalinowski, G., “Sobre la relación entre el hecho y el derecho”, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, trad. de C. I. Massini Correas *et al.*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, p. 84.

aceptación por la comunidad científica. Estas proposiciones son primeras, fundamentalmente, porque de ellas dependen discursivamente, a modo de inferencia, las proposiciones que se pretende justificar racionalmente. Pero resulta que, en el caso de las normas, y en especial de las jurídicas, también existen normas primeras autoevidentes, la primera de las cuales: “todo hombre debe hacer todo aquello que resulte justo en cada caso relevante”, se contrae en otras inferiores pero también autoevidentes: “todo hombre debe respetar la vida humana inocente”, “todo hombre debe respetar (promover, desarrollar, perfeccionar, etcétera) el conocimiento humano”, y así sucesivamente.

Son entonces estas normas primeras autoevidentes (principios) —con los derechos primeros que les corresponden— las que sirven de fundamento a cualquier justificación de las normas o de los derechos. De este modo, la proposición práctica primera autoevidente “todo hombre tiene derecho a todo aquello que resulte justo en cada caso relevante” resulta ser el fundamento de toda argumentación justificatoria de derechos, en especial de derechos humanos, *i. e.*, de aquellos derechos que tienen por título suficiente sólo la hominidad de su sujeto activo.²⁹² Y del mismo modo, la proposición primera autoevidente “todo hombre tiene derecho al respeto de su vida”, es el fundamento del razonamiento justificatorio del llamado “derecho a la vida”, y así sucesivamente.

III. UNA JUSTIFICACIÓN RACIONAL PRÁCTICA

Tal como se percibe claramente en lo expuesto hasta ahora, las proposiciones primeras —o *principios*— de las que parte el razonamiento justificatorio de los derechos, en especial de los derechos humanos, son proposiciones prácticas, normativas o de derechos, pero nunca proposiciones metafísicas. Esto es así porque, para la tra-

²⁹² Véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del Derecho-I-El Derecho, los Derechos humanos y el Derecho Natural*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 111-130.

dición realista clásica, la filosofía práctica: ético-personal, jurídica, política, no se encuentra *subalternada*, propia y formalmente, ni a la metafísica, ni a la antropología. Esta es una de las razones por las que no puede hablarse en este caso de falacia ser-deber ser, *i. e.*, de la mal llamada *falacia naturalista*.²⁹³ Todo esto ha sido estudiado con especial acribia y extensión por el recientemente fallecido profesor Guido Soaje Ramos, en un extenso trabajo publicado en 1990 en la revista *Ethos*, de su dirección, con el título de “Ética y antropología filosófica”.²⁹⁴

En ese trabajo, el profesor Soaje Ramos precisa que para la tradición realista, en especial la de carácter tomista, la doctrina de la subalternación de los saberes, que tiene su origen en los *Analíticos* de Aristóteles²⁹⁵ y en su *Comentario* por el Aquinate,²⁹⁶ se distingue entre la *subordinación* de los saberes, *i. e.*, la conexión entre dos determinados saberes con dependencia en alguna medida de uno respecto del otro, pero no viceversa, y la denominada propiamente *subalternación* de los saberes, que es un modo específico de subordinación, en el cual una ciencia recibe sus *principios* justificativos de otra ciencia, lo que puede ocurrir: (i) cuando la subalternada no tiene principios *per se nota* (autoevidentes) y debe recurrir para obtenerlos a otra ciencia subalternante, aunque sea algunas veces, y (ii) cuando el *subjectum* de una (lo que hoy se denomina el *objeto*) está contenido en el de otra ciencia.²⁹⁷ En todos los casos se está hablando de los principios *proprios* de cada ciencia, razón por la cual la metafísica no puede ser nunca un saber subalternante, ya que ella tiene por objeto a los principios

²⁹³ Véase, en este punto, Massini Correas, C. I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1994.

²⁹⁴ Soaje Ramos, G., “Ética y antropología filosófica”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 16-18, 1990, pp. 53-106.

²⁹⁵ Aristóteles, *Analytica Posteriora*, I, 7, 75 b 9-20 y *passim*.

²⁹⁶ Aquino, Tomás de, *In Post. Anal.*, 15, 5 y *passim*. Asimismo, véase *De Veritate*, q. 14, a.9, ad. 3 y *passim*.

²⁹⁷ *Cfr.* Soaje Ramos, G., *op. cit.*, pp. 96 y 97. La exposición resume mucho el rico y detallado desarrollo que se realiza en el artículo citado.

comunes a todos los saberes. De todo ello se sigue inmediatamente que sólo existe —según esta doctrina— subalternación o dependencia radical entre distintos saberes cuando uno de ellos debe recurrir a los principios propios de la otra ciencia para justificar racionalmente sus conclusiones, o bien cuando su objeto se encuentra comprendido en el del otro saber.

Ahora bien, resulta evidente que la filosofía práctico-jurídica —para referirnos sólo a ella— tiene sus principios propios, y que su objeto: la ordenación y dirección del obrar humano, no se encuentra comprendido dentro del propio de la metafísica o de la antropología filosófica; por lo tanto, la filosofía práctico-jurídica no se encuentra subalternada a ninguno de esos dos saberes. De aquí se sigue que la fundamentación y justificación racional de los derechos humanos, que es objeto de la filosofía práctico-jurídica, no depende propia y formalmente de los principios metafísicos o de la antropología filosófica. De aquí que en el citado trabajo de Soaje Ramos se concluya que “puede aprehenderse cómo intervienen los principios práctico-morales *per se nota*... en las estructuras justificativas de la ética, sin necesidad estricta de resolverse ésta, en el ámbito propiamente normativo, en principios o en conclusiones de la antropología filosófica”²⁹⁸ o —corresponde agregar— de la metafísica.

Por otra parte, en los últimos años se han propuesto diversos ensayos de justificación racional de los derechos y de las normas que tienen por fundamento, *i. e.*, como principios o premisas primeras de la argumentación justificatoria, proposiciones conocidas por su autoevidencia —lo que Tomás de Aquino llamaba *per se nota*— sin dependencia directa —deductiva— de tesis metafísicas o antropológicas. Dicho en otras palabras, se trata de intentos de justificar racionalmente normas y derechos —principalmente derechos humanos— sin un recurso previo, directo y necesario a doctrinas metafísicas o de la antropología filosófica. Entre estos ensayos se pueden enumerar —entre varios otros— los realiza-

²⁹⁸ Soaje Ramos, G., *op. cit.*, p. 100.

dos por John Finnis,²⁹⁹ Alfonso Gómez-Lobo³⁰⁰ y el autor de estas líneas.³⁰¹

IV. EL APORTE DE LA METAFÍSICA Y LA ANTROPOLOGÍA AL SABER PRÁCTICO

Ahora bien, es claro que no obstante lo anterior, tanto la metafísica como la antropología filosófica tienen bastantes cosas que decir en la tarea de justificar racionalmente los derechos humanos. En efecto, resulta manifiesto que al hablar de “derechos humanos” es necesario tener un conocimiento bastante preciso de qué cosa es el hombre, cuáles son sus atributos constitutivos y cuáles son las líneas centrales de su perfección o acabamiento en cuanto tales hombres, y es evidente que estas nociones sólo pueden ser alcanzadas con un mínimo de rigor con el concurso de la antropología filosófica. Juan Poinset, un tomista portugués del siglo XVII, escribió en este sentido que “la regulación de algo no puede hacerse si no es conocida la naturaleza de lo que ha de ser ordenado... y entonces supondrá el conocimiento especulativo de lo que ha de ser ordenado”.³⁰² Es decir que, si bien “la regulación de algo” no puede *deducirse* del conocimiento de la naturaleza de la realidad regulada, *supone* ese conocimiento para la eficaz regulación o dirección.

Por otra parte, y esta vez con respecto a las tesis metafísicas, es preciso sostener que, como ya se estableció más arriba, las proposiciones de la metafísica en sentido estricto, *i. e.*, el saber

²⁹⁹ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984. Hay traducción castellana de Cristóbal Orrego: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

³⁰⁰ Gómez-Lobo, A., *Morality and the Human Goods. An introduction to Natural Law Ethics*, Washington DC, Georgetown University Press, 2002. Existe traducción castellana de María Alejandra Carrasco: *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile, Mediterráneo, 2006.

³⁰¹ Massini Correas, C. I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006.

³⁰² Poinset, J., *Cursus Philosophicus*, cit. por Soaje Ramos, G., *op. cit.*, p. 102.

filosófico acerca del ente en cuanto ente, no pueden, en razón de su universalidad, servir de fundamento propio de las tesis de la filosofía práctica. En rigor, en el caso de la metafísica se trata sólo acerca de los principios *comunes* a toda la realidad y por lo tanto no es posible deducir de ellos —*sólo de ellos*— principios, normas o derechos. No obstante, al igual que en el caso de la antropología filosófica, las tesis metafísicas resultan necesarias para el conocimiento por autoevidencia de los principios prácticos que fundamentan la justificación racional de los derechos. Así, por ejemplo, la tesis metafísica que sostiene que “el ente y el bien son convertibles”, *i. e.*, que las nociones de “ente” y de “bien” designan la misma realidad, aunque con una significación parcialmente distinta,³⁰³ resulta indispensable para la comprensión del primer principio práctico “lo bueno ha de hacerse”, así como del primer principio jurídico “lo justo ha de hacerse”. Pero de aquí no se sigue que ese primer principio práctico derive lógicamente a modo de conclusión de la mencionada tesis metafísica, sino sólo que ella contribuye a su conocimiento y sirve de premisa para su defensa dialéctica en sede filosófica. Los primeros principios prácticos son, en rigor, y conviene reiterarlo, *autoevidentes*, y por lo tanto no son deducidos de ninguna proposición previa, ni metafísica ni de ninguna otra índole.

V. CONCLUSIÓN: LA TESIS DE ALEXY

De lo que se ha expuesto hasta ahora, se sigue que la tesis de Alexy en el sentido de que “los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal”³⁰⁴ resulta, desde la perspectiva de la tradición clásico-realista, claramente *ambigua*. En efecto, si con la afirmación de que los derechos humanos “no son posi-

³⁰³ Véase McInerny, R., *Studies on Analogy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1968, pp. 55 y ss.

³⁰⁴ Alexy, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?”, trad. de E. Soderó, *pro manuscripto*, p. XIV.

bles” sin metafísica se quiere decir que la justificación racional o fundamentación de esos derechos *se deduce* de tesis metafísicas, esa afirmación es lisa y llanamente *errónea*, ya que la justificación racional de principios, normas o derechos proviene inferencialmente de primeros principios prácticos autoevidentes. Si, por el contrario, lo que se quiere decir con esa afirmación es que para la fundamentación o justificación racional de esos derechos resulta relevante el concurso de tesis metafísicas o antropológicas, la afirmación resulta *correcta*, ya que, como sostiene Kalinowski, “las proposiciones teóricas racionalmente justificadas constituyen el saber necesario para la captación de la evidencia de las estimaciones y normas primarias, analíticamente evidentes”.³⁰⁵

En el trabajo comentado, Alexy no da mayores indicios acerca del sentido preciso con que utiliza la expresión “no son posibles”, por lo cual resulta difícil decidir definitivamente la cuestión de la corrección o incorrección de la tesis en estudio. Por otra parte, del resto del artículo se infiere que Alexy utiliza la expresión “metafísica” en un sentido corriente —no técnico-filosófico— y por lo tanto ambiguo, incluyendo en ella prácticamente a la totalidad de la filosofía teórica, en especial a la antropología filosófica.³⁰⁶ Esto último también dificulta el juicio acerca del acierto o desacierto de sus afirmaciones acerca de la fundamentabilidad de los derechos humanos.

Pero no obstante esta ambigüedad, insuperable en el contexto del artículo analizado, la tesis de Alexy reviste una importancia radical a la hora de estudiar la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos. Esto principalmente en razón de que, frente a las pretensiones posmodernas de hablar de derechos hu-

³⁰⁵ Kalinowski, G., “Sobre la relación...”, *cit.*, p. 92.

³⁰⁶ Resulta especialmente pertinente consignar aquí que, dentro de la tradición de la filosofía de raíz aristotélica, la metafísica es siempre y necesariamente un saber “racional” y “universal”, claramente distinguible de la Doctrina de la Fe o Teología. Véase Kalinowski, G., *L'impossible métaphysique*, París, Beauchesne, 1981, y Mondin, B., *Il sistema filosofico di Tommaso d'Aquino*, Milán, Massimo, 1985.

manos al mismo tiempo que se niega la posibilidad de fundamentarlos racionalmente,³⁰⁷ Alexy llama la atención acerca de la necesidad de que esos derechos: exigencias dirigidas a la libertad y la razón humana, exhiban una justificación racional adecuada y una fundamentabilidad radical y consistente. De lo contrario se abocará necesariamente a una “declaración de bancarrota de la razón humana”, para utilizar palabras de Karl Larenz,³⁰⁸ con la consiguiente pérdida de fuerza moral, y en definitiva de la misma existencia, de los derechos humanos que se intenta defender.

³⁰⁷ Véase Vattimo, G., *Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho*, trad. de C. Revilla, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 156 y ss.

³⁰⁸ Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, p. 233.

CAPÍTULO SEXTO

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS: DOS MODELOS DE COMPRESIÓN Y FUNDAMENTACIÓN

I. UN ESCLARECIMIENTO NECESARIO

Hace poco tiempo (20/10/98, p. 28) el diario *Clarín* de Buenos Aires reproducía una foto en la que dos jóvenes fijaban un afiche con la imagen del general Pinochet y la siguiente leyenda: “Hoy en prisión, mañana al paredón”; por su parte, el epígrafe de la foto decía: “Activistas de los derechos humanos apoyan la detención de Pinochet”. El hecho de que se pueda considerar a quienes propugnan abiertamente el “paredón” como “activistas de derechos humanos”, revela indudablemente que algo no anda bien en la significación usual de la locución “derechos humanos”. Si a ello se le suma la apelación a esos derechos por los defensores del aborto y la eutanasia, la invocación de “derechos morales” de las rocas y las plantas por algunos defensores del medio ambiente, la inclusión superabundante, en varias recientes Constituciones provinciales, de los derechos más peregrinos y la exigencia por parte de activistas *gay* en varios países occidentales del “derecho humano” a cambiar de sexo a voluntad a costa de los bolsillos de los contribuyentes, queda bien en claro que el término y el concepto de derechos humanos necesitan algunas precisiones y esclarecimientos si es que se pretende continuar utilizándolos con una cierta unidad significativa y la consiguiente utilidad práctica. Porque es evidente que una locución que puede llegar a significar prácticamente cualquier cosa termina no significando en realidad nada, y se transforma de

instrumento de comunicación humana en elemento de confusión, manipulación y engaño.

En ese sentido, pareciera que el primero de esos esclarecimientos deberá ser el que versa —una vez más— sobre la noción misma de derechos humanos, ya que su dilucidación conduce como de la mano a la precisión y explicación de otras cuestiones relevantes, como las referidas a su fundamento, su contenido y su alcance práctico. A tal efecto, vamos a esbozar sintéticamente, en primer lugar, los dos más difundidos modelos explicativos de los derechos humanos: el moderno ilustrado y el realista clásico. Sólo luego de esta exposición, estaremos en condiciones de efectuar un balance crítico acerca del valor racional de cada una de estas explicaciones a la hora de definir, fundamentar y fijar el contenido de una noción tan controvertida como la de derechos humanos.

II. LA MATRIZ ILUSTRADA

La primera de las matrices teóricas en las que se inserta y explica habitualmente la noción de derechos humanos es la provista por la ilustración, un movimiento de ideas generado en Europa durante el siglo XVIII, cuyos postulados fundamentales fueron: *i*) la prelación absoluta de la *razón* humana, entendida de modo constructivo y calculador de los datos de la experiencia empírica, para el conocimiento y comprensión de la realidad y para la dirección del obrar humano; *ii*) la inevitabilidad del *progreso* humano al compás de los avances del conocimiento racional de la realidad; *iii*) la superación de la religión como fuente de sentido del mundo y de la vida humana y su sustitución por un *déismo* o concepción meramente natural-racional de la vida espiritual; *iv*) la afirmación radical de la *autonomía humana* entendida como capacidad absoluta de autonormación y autorrealización, y *v*) una intención decidida de *cambio revolucionario* de las estructuras sociales y políticas.³⁰⁹ Ha escrito en este punto Ángel González Álvarez, que

³⁰⁹ Véase Fazio, M. y Gamarra, D., *Introduzione alla storia della filosofia moderna*, Roma, Apollinare, 1994, pp. 191 y ss.

La ilustración, confluencia del racionalismo y del empirismo, es un movimiento filosófico de secularización del pensamiento y naturalización en todas sus formas. Un racionalismo empírico o un empirismo racional que... crea sistemáticamente toda una serie de abstracciones que, aunque no expresen la legalidad natural, imponen rumbos a la acción.³¹⁰

Este movimiento de ideas se concretó, en el ámbito del pensamiento práctico, en una concepción de la ética que puede ser caracterizada, en general, por la defensa de las siguientes afirmaciones: *i*) no es posible conocer objetiva y racionalmente las líneas generales de la perfección humana, lo que supone la aceptación de un escepticismo ético, y por lo tanto el rechazo de toda ética perfeccionista (Hume); *ii*) como consecuencia de lo anterior, el contenido de la perfección o felicidad humana queda en manos de cada individuo, que ha de establecer autónomamente las directrices de su obrar individual y social, sin que la autoridad política pueda decir nada al respecto (Kant), y *iii*) la perspectiva de la ética social cambia de ángulo de mira y pasa a ser la de una ética de derechos o prerrogativas individuales, que el Estado debe, como única función, coordinar y delimitar conforme a principios generales (Locke/Paine).

En este marco teórico tuvieron su formación y nacimiento las primeras declaraciones de derechos, en especial las varias norteamericanas y francesas que vieron la luz en las postrimerías del siglo XVIII. Resultan especialmente reveladoras a ese respecto, unas palabras del prólogo de la Declaración francesa de 1789, en las que se consigna que considerando que

La ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son la sola causa de la infelicidad pública y de la corrupción del Gobierno, han resuelto exponer en una declaración solemne los

³¹⁰ González Álvarez, A., “La ilustración francesa”, *Segundo centenario de la Enciclopedia-Revista de Estudios Franceses*, Mendoza, U.N.C., 1951, núm. 7, t. I, p. 20.

derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre... a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos.³¹¹

En estas palabras se descubren con facilidad las líneas generales del esquema ilustrado: el mal se debe a la ignorancia, la ética social es una ética de derechos subjetivos, los titulares de esos derechos son los hombres considerados universalmente, el fundamento de esos derechos son principios simples e incontestables, es decir, racionales. Si a ello le sumamos la explicación kantiana³¹² de la filosofía de la ilustración, es decir, la centralización de la ética en la autonomía humana, la fundamentación de la dignidad humana y de sus derechos también en la autonomía del sujeto, el rechazo de todo “paternalismo”, es decir, de auténtico gobierno, por parte de la autoridad política y la concepción del derecho como mero límite externo entre las autonomías de los sujetos, queda completo el esquema o la matriz ilustrada de los derechos humanos.

Conforme a esta matriz, los derechos humanos —o “derechos morales” o “derechos naturales”— no son sino prerrogativas de los sujetos individuales —y sólo de ellos— fundadas en su dignidad o “sacralidad”, la que a su vez encuentra su justificación en la autonomía o capacidad de autonormación humana. Por lo demás, el contenido de estos derechos se reduce a las diversas dimensiones de la misma autonomía: libertad de acción, opinión y contratación y libertad de disposición de los bienes materiales (propiedad), a los que se les agrega la seguridad de esos derechos y la igualdad jurídica de su titularidad; esto último supone que el ejercicio de las libertades debe hacerse a modo de

³¹¹ “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, en Fauré, Christine (ed.), *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 11.

³¹² Véase Rosen, A. D., *Kant's Theory of Justice*, Ithaca-Londres, Cornell University Press, 1993.

hacer posible un ejercicio igual por parte de todos los demás.³¹³ Por su parte, la fundamentación de los derechos se encuentra en la razón humana entendida constructivamente, es decir, sin referencia cognoscitiva necesaria con la realidad de las cosas humanas; esta construcción de los principios fundadores puede hacerse mediante el recurso al consenso, el contrato, el procedimiento discursivo o a ciertas intuiciones personales más o menos compartidas, pero siempre con referencia a una objetividad menguada, que termina siendo una mera transubjetividad.³¹⁴

Este modelo o paradigma explicativo de la noción de derechos humanos, así como de su fundamento y contenido, ha sido reiterado, en sus líneas maestras, por gran cantidad de pensadores y juristas contemporáneos; a modo de ejemplo tomaremos las ideas del más notorio doctrinario argentino de los derechos humanos: Carlos Nino. Según este autor, los derechos humanos son prerrogativas inalienables de todos los individuos, que fijan un límite a la consecución de objetivos sociales,³¹⁵ y que encuentran su fundamento en los que él llama “principios liberales”; estos principios son los siguientes: de autonomía de la persona, de inviolabilidad de la persona y de dignidad de la persona. En rigor, todos estos principios se reducen al de autonomía, ya que el de inviolabilidad lo es de la autonomía personal y el de dignidad se dirige al respeto de esa misma autonomía. Todo esto en el marco de un decidido “antiperfeccionismo”, es decir, de la afirmación de que el derecho y la política no tienen nada que decir o hacer en orden a la perfección humana, sino sólo respetar el “plan de vida” de cada individuo y protegerlo de las interferencias de los demás.³¹⁶ Finalmente, como estos principios de autonomía requieren de un anclaje o fundamentación en alguna

³¹³ Véase Kriele, M., *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona, Herder, 1982.

³¹⁴ Véase Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 181 y ss.

³¹⁵ Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 37.

³¹⁶ *Ibidem*, pp. 136 y *passim*.

medida transubjetiva, ya que el puro subjetivismo dejaría a los derechos humanos sin fundamento plausible, Nino recurre como instancia fundamentadora a un discurso moral realizado conforme a ciertas reglas procedimentales, las que garantizarían de modo perfecto el resultado de ese discurso, es decir, la justificación razonable de los derechos humanos. Como se ve claramente, el esquema propuesto por el profesor argentino respeta, más allá de ciertas matizaciones y aportaciones personales, la matriz moderno-ilustrada de explicación y fundamentación de los derechos humanos.

III. LA MATRIZ CLÁSICA

Por su parte, el modelo o matriz clásico de explicación de esos derechos, a los que prefiere llamar con su nomenclatura originaria de “naturales”, resulta ser, en primer lugar, decididamente “perfeccionista; esto significa que desde esta perspectiva se considera posible alcanzar el conocimiento de las líneas fundamentales de la perfección humana; dicho de otro modo, se trata de un decidido cognitivismo ético, según el cual la razón humana puede llegar a conocer con cierta precisión cuáles son los bienes humanos; así por ejemplo, se puede llegar a saber que el conocimiento, la vida y la salud, la amistad o las experiencias estéticas son bienes humanos, es decir, dimensiones del florecimiento o completud humana, vías a través de las cuales se hace posible a los hombre, a todos los hombres, alcanzar la medida realizable de su perfección.³¹⁷ Pero, además, desde la perspectiva realista clásica, no sólo es posible conocer los bienes humanos, sino que también, por mediación del primer principio práctico-ético, es posible conocer su carácter de debidos, es decir, de normativamente exigidos para cada sujeto y para los demás que conviven con él.³¹⁸

³¹⁷ Véase Finnis, J., *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 79 y ss.

³¹⁸ Véase Massini Correas, C. I., “La nueva escuela anglosajona de derecho

Existen divergencias parciales entre los autores acerca de la nómina definitiva de los bienes humanos fundamentales; no obstante, la gran mayoría están de acuerdo en que la integridad corporal, la vida y la salud, el conocimiento, la experiencia estética o cultural, el lenguaje, la socialidad y la amistad, el trabajo y la técnica, el juego, la religión y la moralidad o razonabilidad práctica constituyen bienes humanos básicos.³¹⁹ Por supuesto que no todos los hombres pueden realizar acabadamente todas y cada una de esas dimensiones de su perfección, pero es evidente que: i) si el hombre ha de realizarse o perfeccionarse al menos en cierto modo, habrá de serlo a través de alguna o varias de esas dimensiones perfectivas, y ii) que, en todo caso, no habrá de obrar nunca directamente en contra de ninguna de ellas, es decir, en ninguna oportunidad deberá actuar intencionalmente de modo de frustrar decisivamente la realización de uno de esos bienes.³²⁰

Por otra parte, la concepción realista es claramente objetivista; más aún, es objetivista en sentido fuerte, toda vez que para la determinación del contenido de la perfección humana y de sus dimensiones recurre a las estructuras de la realidad, es decir, a los “objetos” en sentido fuerte. Dicho de otro modo, los bienes humanos no son “construidos” (Rawls), ni “inventados” (Mackie) por los hombres, sino descubiertos a través del conocimiento en los modos de existencia de las realidades humanas, en las disposiciones perfectivas de la condición humana³²¹ y en las relaciones a través de las cuales se alcanza su actualización. Este objetivismo hace posible colocar el núcleo de la moralidad más allá de la manipulación humana, de la disposición absoluta por parte de los

natural”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso-Chile, núm. 41, 1996, pp. 371-392.

³¹⁹ Véase Mondin, B., *L'uomo: chi è? Elementi di antropologia filosofica*, Milán, Massimo, 1993.

³²⁰ Véase Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 118 y ss.

³²¹ Véase Lisska, A., *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction*, Oxford, Clarendon Press, 1997, *passim*.

poderes humanos y, como afirma Günter Ellscheid, “guiar la arbitrariedad del hombre contra el hombre apelando a la intuición de una verdad objetiva del derecho”.³²²

Esta última cita nos lleva directamente a la cuestión del derecho y de los derechos: efectivamente, la realización efectiva del bien humano sólo puede llevarse a cabo en el marco de una comunidad autárquica, es decir, lo suficientemente grande y compleja como para hacer posible la realización común de las perfecciones humanas. Esto supone la existencia del derecho, que circunscribe, promueve y garantiza las diversas formas del bien humano considerado en común a todos los integrantes de la sociedad, y supone como consecuencia la existencia de derechos, es decir, de potestades o prerrogativas de obrar en la consecución de esos bienes. Por lo tanto, desde la perspectiva que estudiamos, el contenido de los derechos humanos son los mismos bienes humanos básicos en cuanto su realización requiere de la cooperación —y por supuesto del respeto— de los restantes miembros de la sociedad autárquica o política. De este modo, *v. gr.*, el bien humano de la vida es el contenido del derecho a la inviolabilidad de la vida, el bien humano del conocimiento, el contenido del derecho a la educación, los bienes humanos de la amistad y la procreación, el contenido del derecho a contraer matrimonio y formar una familia y así sucesivamente.

Por otra parte, en la matriz realista existen derechos humanos absolutos, es decir, que exigen ser respetados sin excepción, en todo tiempo y en todo lugar,

a pesar del consenso en contrario —escribe Finnis— hay derechos humanos absolutos. Porque uno de los requerimientos de razonabilidad práctica es que resulta siempre irracional obrar directamente contra cualquier valor básico, ya sea en nosotros mismos o en nuestros semejantes seres humanos. Y los valores básicos —continúa— no son meras abstracciones: son aspectos del

³²² Ellscheid, G., “Derecho natural”, en Krings, H. *et al.* (eds.), *Conceptos fundamentales de filosofía*, Barcelona, Herder, 1977, p. 528.

verdadero bien de los individuos de carne y hueso. Correlativos a las inexcusables obligaciones impuestas por este requerimiento, existen derechos-reclamo humanos absolutos o sin excepción: el más obvio, el de que la propia vida no sea tomada como un medio para un fin ulterior.³²³

De lo que venimos desarrollando hasta ahora, es posible concluir que, para la concepción realista clásica, los derechos naturales, humanos o “morales”, no son sino la proyección jurídica de las exigencias que plantea la normatividad ética acerca de la realización o actualización social de los bienes humanos básicos: como los bienes básicos han de ser proseguidos o preservados siempre y en todas las circunstancias, los seres humanos son titulares —por el sólo hecho de serlo— de ciertas prerrogativas o facultades jurídicas que protegen o resguardan normativamente la posibilidad de esa realización en el marco de la vida social. Por ello existen tantos derechos naturales o humanos cuantos bienes básicos debe realizar el hombre para alcanzar su plenitud o acabamiento en cuanto tal y en la medida en que es su deber realizarlo.

IV. BALANCE COMPARATIVO DE LOS DIFERENTES MODELOS

Expuestos sucintamente los dos principales modelos o matrices explicativas de los derechos humanos, corresponde ahora hacer una comparación valorativa entre ellos, indagando cuál de las dos ofrece una respuesta más satisfactoria, desde el punto de vista estrictamente racional, a la problemática referida a la noción, fundamentación y efectividad de esos derechos. Por supuesto que, dado el espacio de que disponemos, este balance no podrá ser exhaustivo, pero esperamos que resulte al menos suficiente como para contribuir a la tarea de esclarecimiento y precisión que con-

³²³ Finnis, J., *Natural Law...*, *cit.*, p. 225. Véase, asimismo, Finnis, J., *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*, Washington DC, The Catholic University of America Press, 1991.

sideramos imprescindible al comenzar este artículo. Abordaremos sucesivamente la cuestión del concepto, la del fundamento y la de la función de los derechos humanos:

- a) *El concepto de derechos humanos*: en este punto, resulta manifiesto que la noción ilustrada, basada en un escepticismo acerca de las dimensiones nucleares de la perfección humana y centrada en consecuencia en la noción de autonomía, proporciona una noción difusa y poco precisa de esos derechos, ya que su contenido queda librado en última instancia a los intereses, gustos o decisiones de los sujetos individuales. Desde esta perspectiva, el marco normativo se limita a evitar la colisión entre los planes de vida personales, sin poder establecer objetivamente los contenidos y alcances de los diferentes derechos. Por supuesto que los defensores de esta concepción no se conforman con esto y tratan de establecer algunos contenidos más allá de la mera autonomía, pero, en rigor, estos intentos subsidiarios no alcanzan a satisfacer las exigencias mínimas de solidez argumentativa;³²⁴ el problema que se les plantea es que, una vez centrada la noción en el escepticismo y la autonomía, no hay dónde recurrir consistentemente en la búsqueda de contenidos normativos. Dicho de otro modo: es necesario optar, o bien por el escepticismo ético antiperfeccionista, o bien por los derechos humanos con contenido material, ya que si no se puede saber cuáles son los bienes humanos, no se puede saber tampoco cuáles son los derechos humanos.

Por su parte, la noción realista de esos derechos, para la cual los derechos humanos no son sino la dimensión jurídica de las

³²⁴ Véase, en este sentido, el intento de Joseph Raz de elaborar lo que él llama un “perfeccionismo liberal”; Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988. Véase, asimismo, la crítica a este libro en George, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 161 y ss.

exigencias de la perfección humana que se concretan en los bienes humanos básicos, ofrece una concepción de contenidos precisos —en la medida en que ello es posible en las ciencias humanas prácticas— de los derechos innatos de las personas. En efecto, desde esta perspectiva es posible establecer cuáles son los derechos humanos, así como precisar criterios acerca de su alcance: basta con enumerar los bienes humanos básicos y establecer el modo en que su realización ha de ser promovida y resguardada en la vida social. Por supuesto que esta tarea no está exenta de dificultades y controversias, pero el realismo jurídico ofrece un punto de partida seguro, desde el cual puede iniciarse la necesaria labor de precisión y esclarecimiento.

Además, el realismo filosófico concibe a los derechos como estructurados por cuatro elementos: el sujeto titular, el objeto o prestación, el sujeto obligado a respetar o cumplir con el objeto del derecho, y el fundamento normativo.³²⁵ Si aplicamos este esquema a los derechos humanos, resulta que su sujeto titular es todo ser humano, sin distinción de cualidades o accidentes; que su contenido se desprende de la proyección social de los bienes humanos básicos que integran la perfección humana; que sujetos obligados son también todos los hombres en cuanto se encuentran vinculados a otro por mediación de esos bienes, y que el fundamento normativo de esos derechos se halla en la exigencia universal de realización o actualización de los bienes humanos, exigencia establecida en el primer principio práctico-normativo conocido por autoevidencia. Aquí se percibe con claridad cómo la concepción del iusnaturalismo realista provee una comprensión integral de los derechos humanos y una explicación precisa de cada uno de sus elementos.

- b) *La cuestión del fundamento*: en este punto, la explicación ilustrada remite a una dignidad humana basada solamente

³²⁵ Véase Massini Correas, C. I. y Serna, P., *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 180 y ss.

en la autonomía, conforme al modelo de Kant, o bien a ciertos principios acordados, consensuados o supuestos también autónomamente por los mismos sujetos, titulares u obligados, de los mismos derechos que se trata de fundamentar. Aquí se plantea a la visión ilustrada un dilema irresoluble: ¿es posible fundar derechos inexcusables —y las consiguientes obligaciones— en la voluntad autónoma de quienes están obligados absolutamente a respetarlos? La respuesta debería ser negativa, toda vez que la noción misma de obligación supone la de un vínculo indisoluble por la mera voluntad de aquél a quien está dirigido; en efecto, ya desde su misma etimología, “obligar” significa establecer una relación de necesidad —deóntica o moral, no física— entre una conducta y un sujeto; si esa relación quedara librada a la decisión autónoma del mismo sujeto —considerado de modo individual o colectivo, es en realidad lo mismo— no podría hablarse propiamente de necesidad y, consecuentemente, de obligación.³²⁶ Por supuesto que un derecho que sea correlativo de una “obligación” meramente autónoma, no tendrá la menor posibilidad de ser tenido en cuenta, y no sólo fácticamente, sino también —y principalmente— en el plano deóntico o normativo.

Es cierto que los pensadores ilustrados han intentado de diferentes modos superar esta aporía, pero sucede que, desde las mismas premisas ilustradas, esa superación no aparece como posible. Efectivamente, la ilustración rompió con los tres fundamentos en los que la tradición del pensamiento moral había basado la obligación ético-jurídica: la tradición (Bayle), la naturaleza humana (Hume y Kant) y la revelación (Voltaire). Difuminados estos fundamentos ancestrales, los pensadores ilustrados hicieron recurso a diversos artificios, destinados todos ellos a refundamentar

³²⁶ Véase Kalinowski, G., “Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, núm. 26, Sirey, 1981, pp. 331 y ss.

la obligación ética que previamente habían desfundamentado. De ese modo, se recurrió a la universalización de los principios morales (Kant), a las pasiones (Hume), a la intuición emocional (G. E. Moore) o bien al cálculo de la utilidad reducida al placer (Bentham). Pero resultó que esos nuevos fundamentos, o bien resultaban meramente formales, sin contenido, o bien radicaban en alguna dimensión del mismo sujeto obligado, y se encontraban por lo tanto sometidos a su autonomía. De este modo, tanto las obligaciones como sus derechos correlativos quedaron sujetos a la mera disposición humana y desprovistos, en consecuencia, de exigibilidad, inexcusabilidad o deonticidad en el sentido propio y fuerte de los términos; sentido que, por otra parte, es el único que vale en el ámbito de las relaciones humanas jurídicas.³²⁷

Por el contrario, desde la perspectiva del iusnaturalismo clásico, el fundamento de la obligación jurídica y de la exigibilidad de los derechos que le son correlativos, no se sitúa ya en el mismo sujeto y en su autonomía, sino en la trascendencia, es decir, en algo que, por estar más allá del hombre, está revestido de una objetividad fuerte y que no resulta manipulable por el sujeto. Esta trascendencia es, en clave realista, doble: *i*) es ante todo una trascendencia noética o gnoseológica, que remite cognoscitivamente a una realidad existente más allá del sujeto, y *ii*) es una trascendencia metafísica u ontológica, ya que ese fundamento objetivo remite ulteriormente a un ser trascendente al mundo y, en cuanto tal, absoluto y subsistente.³²⁸

Esto significa principalmente, en clave práctico-jurídica, que el fundamento de los derechos y deberes humanos radica, en cuanto a su contenido, en las cualidades disposicionales del modo humano de existir y los bienes que les corresponden y, en lo que

³²⁷ Véase Massini Correas, C. I., “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. IV-LXXVI, 1997, pp. 635-651.

³²⁸ Véase Massini Correas, C. I., “Inmanencia, trascendencia y derechos humanos”, *Filosofía del derecho*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 215 y ss.

respecta a su normatividad o deonticidad, en el primer principio práctico, conforme al cual todo aquello que resulte bueno-perfectivo para el hombre ha de ser realizado, y todo lo que obstaculice o impida esa bondad o perfección, evitado.³²⁹ En el ámbito de la interacción humana en la sociedad política esto se concreta en una serie de obligaciones y derechos ordenados a favorecer y promover el bien humano y a proscribir las acciones que conduzcan a su frustración; estos derechos, cuando corresponden a los bienes humanos básicos, se denominan habitualmente “derechos humanos” y corresponden a las exigencias ético-jurídicas primeras y absolutas —en el sentido de in-excepcionables— en el ámbito de lo jurídico; en este caso, al de lo jurídico transpositivo o natural.

- c) *La función de los derechos humanos*: en lo que respecta, en último lugar, a la función ético-jurídica que han de cumplir los derechos humanos, ella es evidentemente la de plantear un obstáculo normativo absoluto a los intentos de manipular o aniquilar al hombre o a sus dimensiones perfectivas fundamentales; ahora bien, de lo que hemos desarrollado hasta ahora se sigue claramente que la propuesta ilustrada no resulta idónea para que los derechos puedan llenar esa función de modo suficiente. Ello es así, en razón de que unos derechos que no alcanzan una fundamentación objetiva —en sentido fuerte, por supuesto— y de los que, por otra parte, no es posible alcanzar una justificación de contenido, mal pueden presentarse como vallas normativas —vallas insalvables, se entiende— a la manipulación arbitraria del derecho por parte de los poderes humanos.³³⁰ Y esto resulta inevitable, toda vez que, cortados los vínculos con la tras-

³²⁹ Véase Davies, B., *The Thought of Thomas Aquinas*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 244 y ss.

³³⁰ Véase Ellscheid, G., “El problema del derecho natural. Una orientación sistemática”, en varios autores, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Debate, 1992, p. 149.

endencia, no es posible encontrar en el mismo sujeto —o en los mismos sujetos agrupados— una raíz indisponible e inexcusable para las exigencias sociales básicas del desenvolvimiento humano.

Desde la perspectiva del realismo clásico, por el contrario, la fundamentación trascendente, objetiva y de contenidos, proporciona una justificación racional suficiente —normativamente suficiente— a los derechos humanos básicos. En especial, al precisar el objeto y los límites de esos derechos, el realismo jurídico proporciona de ellos una versión precisa y operable en el ámbito del derecho. Esto último no precisa mayores esclarecimientos: sólo una noción de los derechos que proporcione un cuadro más o menos cierto de su contenido puede aspirar a tener una efectiva vigencia práctica en el mundo jurídico; de lo contrario, todo se reducirá a apelaciones retóricas de carácter emotivo a los lugares comunes del pensamiento más en boga, pero sin el rigor lógico y la consistencia intelectual necesaria como para constreñir a las conciencias a una aceptación y un respeto incondicionados.

V. CONCLUSIÓN

Luego del balance realizado en el punto precedente, las conclusiones habrán de ser necesariamente breves; en rigor, se reducirán a sólo una. Ella es que la concepción realista del derecho y de los derechos, proporciona indudablemente una explicación y fundamentación de los llamados derechos humanos que resulta ser bastante más sólida y operable que la ofrecida por las diferentes vertientes del pensamiento ilustrado. Pero sucede que esta virtud de la perspectiva clásica resulta ser muchas veces la causa principal de su rechazo por ciertos círculos del pensamiento y de la vida jurídica: en efecto, la concepción realista se presta poco a la manipulación partidista y a la utilización ideológica; su misma solidez y su alcance preciso la tornan indeseable para quienes han hecho de los

derechos humanos un *modus vivendi* y una bandera sectaria. Pero si lo que se pretende es que los derechos humanos pasen a ser un instrumento de dignificación de la vida jurídica y de moralización de la convivencia, resultará más conveniente recurrir a las fuentes seguras del iusnaturalismo realista, que desde hace veinticuatro siglos viene manteniendo la causa de la eticidad del derecho y de su indisponibilidad por el mero arbitrio humano.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LUIGI FERRAJOLI Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. LA CUESTIÓN DEL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los datos más notorios del pensamiento iusfilosófico actual radica en el cuestionamiento creciente acerca de la posibilidad y necesidad de establecer una fundamentación o justificación racional de los derechos humanos, también denominados naturales, fundamentales o morales.³³¹ Esto se manifiesta principalmente en el pensamiento de los representantes del nihilismo posmoderno, uno de los cuales, Gianni Vattimo, ha escrito que “el pensamiento que se percata de la insuperable falta de fundamentación que marca últimamente al derecho, haciendo inútil todo esfuerzo por legitimarlo como «justo», puede decidir que su tarea es la de develar esta situación desenmascarando la impostura de cualquier pretensión fundamentadora”.³³² Y en un sentido similar, Richard Rorty afirma que “los proyectos fundacionalistas están pasados de moda... la máxima aspiración de la filosofía es compendiar nues-

³³¹ Véase, para una consideración de la terminología de los derechos, que dista mucho de ser pacífica, Stoljar, S., *An Analysis of Rights*, Londres, MacMillan, 1984, pp. 51 y ss.; White, A. R., *Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 93 y ss.; Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, *passim*, y Cruz Parceró, J. A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 62 y ss.

³³² Vattimo, G., *Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho*, trad. de C. Revilla, Barcelona, Paidós, 2004, p. 161.

tras intuiciones culturales sobre lo que debe hacerse en distintas situaciones”.³³³

Pero a pesar de esta generalizada y radical descalificación de cualquier intento de justificar racionalmente de modo consistente³³⁴ la existencia y exigibilidad de los derechos fundamentales, numerosos autores contemporáneos continúan intentando otorgar alguna fundamentación racional a esos derechos: Robert Alexy, John Finnis, Ronald Dworkin, Carlos Nino y varios más han emprendido la tarea de esta fundamentación con rigor y erudición. Este hecho pone en evidencia que resulta constitutivamente necesario, para los seres humanos, justificar racionalmente sus deberes, normas y derechos, y esto de modo tan demandante, que las críticas des-fundamentadoras no detienen sus reiterados intentos de encontrar una explicación racional —de una cierta consistencia argumentativa— para las realidades ético-jurídicas. Además de los pensadores ya mencionados, ese es el caso del conocido jurista y filósofo del derecho italiano Luigi Ferrajoli, quien en su libro *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, se extiende prolijamente sobre ese tema, además de polemizar sobre él con una serie de iusfilósofos y juristas italianos de la Escuela Analítica.³³⁵

Ferrajoli trata en este volumen —en el que se incluyen tres extensos capítulos de su autoría— varios de los temas vinculados directamente a la problemática de los derechos fundamentales; entre ellos, los referidos al concepto de derecho subjetivo, a su clasificación subjetiva y objetiva, a su vinculación con la idea de

³³³ Rorty, R., “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en Shute, S. y Hurley, S. (eds.), *De los derechos humanos*, trad. de H. Valencia Villa, Madrid, Trotta, 1998, p. 121.

³³⁴ Se entiende aquí por “consistencia” a la cualidad de una argumentación que no contiene proposiciones contradictorias; véase Blanché, R., *La axiomática*, trad. de A. Pulido Rull, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 48.

³³⁵ Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (en adelante FDF), trad. de P. Andrés *et al.*, Madrid, Trotta, 2007. Incluye un debate con L. Bacceilli, M. Bovero, R. Guastini, M. Jori, E. Vitale y D. Zolo.

democracia sustancial, a su relación con las garantías y con la idea de ciudadanía, a sus nexos con el neoconstitucionalismo y a otros similares. Obviamente, también aborda allí el tema del fundamento de esos derechos, tema sobre el que se centrarán las consideraciones que siguen, en un intento de valorar críticamente la propuesta del jurista italiano y de ponderar su contribución al desarrollo de esa problemática en la actualidad.³³⁶

II. EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN FERRAJOLI

Ferrajoli comienza su argumentación acerca de los derechos proponiendo una definición *formal o estructural* de los derechos fundamentales, en los siguientes términos:

Son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘*status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.³³⁷

³³⁶ Corresponde destacar que los temas tratados en el volumen citado han sido desarrollados varias veces por Ferrajoli en otros libros, en especial en los siguientes: Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 8a. ed., trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2006; Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2008, y Ferrajoli, L., *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, trad. de A. Greppi, Madrid, Trotta, 2006. En ninguno de estos libros Ferrajoli modifica sustancialmente sus ideas acerca del tema aquí abordado.

³³⁷ FDE, pp. 19 y 20.

Y Ferrajoli aclara de inmediato que la definición está *estipulada* con referencia a los derechos sancionados positivamente por leyes y Constituciones, aunque se prescinde del hecho de que estén sancionados en tal o cual Constitución o legislación, agregando que, por lo tanto, “son ‘fundamentales’ los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar”.³³⁸

Luego pasa este autor a efectuar una primera división entre los derechos fundamentales: la que existe (i) entre derechos *de la personalidad* y derechos *de ciudadanía*, que corresponden respectivamente a todos o sólo a los ciudadanos, y (ii) entre derechos *primarios o sustanciales* y derechos *secundarios o de autonomía*, que corresponden respectivamente a todos o sólo a las personas con capacidad de obrar. De esta primera distinción deriva una segunda, compuesta de cuatro clases de derechos: (i) los *derechos humanos*, derechos primarios de las personas y que se adscriben a todos los seres humanos; (ii) los *derechos públicos*, reconocidos sólo a los ciudadanos; (iii) los *derechos civiles*, adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, y (iv) los *derechos políticos*, que son los derechos secundarios reservados a los ciudadanos capaces de obrar.³³⁹ En resumen y conforme a esta clasificación, son derechos fundamentales “todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinados por la identidad de «persona», «ciudadano» o «capaz de obrar»”.³⁴⁰

En lo que sigue, Ferrajoli asume la tarea de distinguir su concepción de los derechos fundamentales de la que denomina la “concepción corriente” de los derechos. Esta distinción se realiza

³³⁸ FDE, p. 20.

³³⁹ FDE, pp. 22 y 23.

³⁴⁰ FDE, p. 23. Ferrajoli reitera esta doctrina en varios lugares de su obra, en especial en FDE, p. 334, donde escribe: “«Persona», en el plano de la teoría del derecho, no equivale a ser humano, sino más bien al *status* de los sujetos, cualesquiera que sean, normativamente previsto como presupuesto de situaciones jurídicas y, específicamente, de los «derechos de la persona»”.

a través de cuatro ejes principales: (i) la distinción de los derechos fundamentales de los meramente *patrimoniales*, que consiste principalmente en que los primeros corresponden a toda una clase de sujetos y los segundos a cada uno de sus titulares con exclusión de los demás; (ii) la distinción entre los derechos fundamentales como expresión de la *dimensión “sustancial” de la democracia*, frente a los derechos entendidos como instrumentos de la democracia meramente política y formal; (iii) la distinción entre los derechos fundamentales como derechos *de todos los sujetos jurídicos*, frente a la concepción comunitarista que los restringe sólo a los ciudadanos, y (iv) los derechos fundamentales entendidos como *derechos subjetivos, i. e.*, como expectativas positivas o negativas atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, frente a las *garantías*, primarias o secundarias, establecidas por las normas para asegurar su cumplimiento.³⁴¹

Ferrajoli concluye su primera aportación al libro citado proponiendo su propia concepción de los derechos fundamentales como un nuevo paradigma, destinado a transformar el que denomina paradigma “paleo-positivista”, basado en el principio de legalidad formal o de *mera legalidad*. “Conforme a él —escribe este autor— una norma jurídica, cualquiera que sea su contenido, existe y es válida en virtud, únicamente, de las formas de su producción”.³⁴² En el nuevo paradigma constitucionalista propuesto por Ferrajoli, se afirma el principio de *estricta legalidad, i. e.*, el referido al sometimiento de la ley a vínculos no sólo formales sino sustanciales, impuestos por los principios y derechos fundamentales contenidos en las Constituciones. En este sentido, afirma que

Las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma pre-moderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleo-positivista fueron des-

³⁴¹ FDE, pp. 25-52.

³⁴² FDE, p. 52.

plazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supra-ordenadas a la legislación.³⁴³

III. UN ENSAYO DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

Una vez establecidas las líneas generales del pensamiento de Ferrajoli acerca de la noción y alcance de los derechos fundamentales, corresponde sintetizar su propuesta de fundamentación racional de esos derechos. Este autor comienza su exposición consignando que buena parte de los problemas y debates que se plantean a propósito de los derechos fundamentales se debe a la falta de distinción —y consiguiente confusión— de los diferentes enfoques y distintos tipos de discurso de los que puede ser objeto esa problemática. En este punto distingue, en primer lugar, entre la pregunta acerca de ¿cuáles son? y la referida a ¿cuáles deben ser? los derechos fundamentales, y las opone netamente a la que consiste en preguntar ¿qué son? esos derechos.³⁴⁴

Las tres cuestiones fundamentales —escribe Ferrajoli desarrollando esta distinción— a) cuáles son, b) cuáles deben ser y c) qué son los derechos fundamentales —pertenecen..., al igual que sus respectivas respuestas, a tres tipos distintos de discurso que— para evitar equívocos y falsas divergencias —deben distinguirse rigurosamente. Estos tres tipos de discurso corresponden a otras tantas disciplinas: (i) la *ciencia jurídica positiva*, entendida como análisis empírico de las normas de derecho positivo de un determinado ordenamiento, sea estatal o internacional; (ii) la *filosofía política* o de la justicia, entendida como doctrina normativa en torno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales; (iii) la *teoría del derecho*, entendida como sistema de conceptos y afirmaciones idóneo para denotar y explicar las

³⁴³ FDF, p. 53.

³⁴⁴ FDF, p. 290.

formas y estructuras del derecho positivo. Hay finalmente —concluye— un cuarto sentido de nuestra pregunta... [que] pertenece el ámbito (iv) de la *sociología del derecho* y, por otro lado, de la *historiografía jurídica*. Y admite, por consiguiente, respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo.³⁴⁵

Conviene destacar en este punto, que Ferrajoli precisa claramente que la segunda de las mencionadas “es una respuesta axiológica y, por consiguiente, ni verdadera ni falsa”,³⁴⁶ adhiriendo así expresamente al no cognitivismo ético.

A continuación, y luego de desarrollar una compleja y alambicada tipología de los derechos fundamentales que es necesario obviar por razones de especificidad y de espacio, el autor pasa directamente a la cuestión de la fundamentación de esos derechos, distinguiendo entre cuatro sentidos distintos de la palabra “fundamento”, que se corresponden exactamente con los cuatro tipos de discurso y sus correspondientes disciplinas que fueron especificados más arriba. Por lo tanto, distingue entre (i) un fundamento *teórico*, que sería puramente convencional, ya que “una definición teórica es siempre una definición estipulativa, elaborada en función de las finalidades explicativas que... es capaz de satisfacer”;³⁴⁷ (ii) un fundamento *jurídico*,³⁴⁸ que consistiría en su *atribución* por un determinado ordenamiento positivo a ciertos sujetos en cuanto personas, ciudadanos y/o capaces de obrar; (iii) un fundamento *axiológico*, “cuya fundación racional exige la formulación de los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos

³⁴⁵ FDE, pp. 290 y 291.

³⁴⁶ FDE, p. 290.

³⁴⁷ FDE, p. 315.

³⁴⁸ Cabe precisar que Ferrajoli identifica lisa y llanamente el significado de “jurídico” con el de “positivo”, *i. e.*, que todo lo “no positivo” sería simultáneamente “no jurídico”.

para justificar su estipulación normativa”,³⁴⁹ y finalmente, (iv) un fundamento *sociológico*, al que Ferrajoli no le dedica casi nada de espacio en sus consideraciones.

En lo que sigue, este autor dedica todas sus argumentaciones a la que ha denominado “fundamentación axiológica”, que remite a cuatro criterios, “todos sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo democrático”.³⁵⁰ Estos cuatro criterios son los siguientes: (i) la *igualdad* en su titularidad por parte de los sujetos a los que les son atribuidos; (ii) la que denomina *dimensión sustancial de la democracia*, por oposición a su concepción meramente formal o política; (iii) la *paz*, en el sentido de que “deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica”,³⁵¹ y finalmente (iv) la *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia.

IV. LA ESTRATEGIA DE FUNDAMENTACIÓN

Ahora bien, ¿en qué consiste el nexo de fundamentación que va desde los valores enunciados hacia los derechos fundamentales que se pretende justificar? Ferrajoli es sumamente explícito a este respecto, cuando afirma que

Dicho nexo consiste, creo, en la relación de *racionalidad instrumental* que liga medios a fines, o sea, en la adecuación, relativamente verificable en el plano empírico, de una determinada conducta, técnica o artificio institucional respecto a los objetivos prefijados. Quiero decir —aclara a continuación— que la forma universal de los derechos fundamentales identificada por mi definición teórica no es sino el medio o la técnica normativa racionalmente idónea, cuanto más extensas son las clases de sujetos a los que se

³⁴⁹ FDF, p. 315.

³⁵⁰ *Idem.*

³⁵¹ FDF, p. 316.

refiere, para conseguir los fines o valores, a su vez no justificados sino postulados, que su concreta estipulación positiva persigue.³⁵²

Pero un poco más adelante, Ferrajoli aclara que esos fines o valores postulados:

Son, sin embargo, ajenos a la definición teórica de ‘derechos fundamentales’, en razón de que —como lo ha afirmado páginas antes— se trata de niveles de discurso distintos. También se trata de niveles de discurso diferentes en el caso de los referidos a la génesis histórica de los derechos fundamentales y por ello su coincidencia puede ser sólo contingente y sería una falacia naturalista afirmarla como vinculante.³⁵³

De esta diversidad de niveles de discurso y la consiguiente ausencia de “falacia naturalista”,³⁵⁴ concluye Ferrajoli la inconsistencia de la alternativa entre “iuspositivismo” e “iusnaturalismo”, oponiéndose de este modo a la imputación efectuada por el iusfilósofo Ermanno Vitale en el sentido de que esta argumentación del mismo Ferrajoli mostraría un sesgo iusnaturalista.³⁵⁵

Escribe en este punto Ferrajoli que

Estas dos opciones [iusnaturalismo e iuspositivismo] no son incompatibles porque se refieren a discursos diferentes. Son necesariamente ius-positivistas la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecidas por la ciencia jurídica, que tiene como referencia los concretos ordenamientos de derechos positivo. Por el contrario, la determinación, en sede de filosofía de la justicia, de lo que es justo tutelar como derecho fundamental, no puede no ser iusnaturalista, para quien quiera

³⁵² FDE, p. 317. En el párrafo siguiente, Ferrajoli aclara que esa argumentación es idónea sólo “si queremos” que esos valores queden satisfechos.

³⁵³ FDE, pp. 321 y 322.

³⁵⁴ Véase, en este punto, Saldaña, J., “La falacia naturalista. Respuestas para una fundamentación del derecho natural: la argumentación de John Finnis”, en Rabbi-Baldi, R. (ed.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, pp. 329-342.

³⁵⁵ FDE, pp. 322 y 323.

continuar usando esta vetusta palabra.³⁵⁶ Pero es por la misma razón —concluye— por la que se es ius-positivista en sede teórica y científica: por la separación entre hechos y valores que, si no admite derivar los primeros de los segundos, tampoco consiente derivar los segundos de los primeros.³⁵⁷

Por todo ello, Ferrajoli sostiene enfáticamente que su teoría no es para nada iusnaturalista, sino sólo un desarrollo y perfeccionamiento del positivismo jurídico.

El paso siguiente de Ferrajoli en su tarea de fundamentación racional de los derechos consiste en realizar un análisis pormenorizado de cada uno de los fines-valores que justifican, en el plano o nivel axiológico, los derechos fundamentales, aclarando que “es en la determinación de estos contenidos donde interviene la noción de ‘valor’ que, como tal, no es verdadera ni falsa”.³⁵⁸ Agregando luego que “si *queremos* que tales valores sean satisfechos, la técnica jurídica idónea a tales fines es su formulación normativa como derechos fundamentales”.³⁵⁹ Y después de haber desarrollado su propuesta de los cuatro criterios-valores que fundamentan los derechos fundamentales, Ferrajoli concluye sosteniendo que

El análisis de nuestros cuatro criterios sirve para demostrar cómo el fundamento axiológico de los derechos fundamentales reside no ya en alguna ontología ética o en una racionalidad abstracta, sino más bien... en los valores y necesidades vitales que se han venido afirmando históricamente a través de las luchas y revoluciones promovidas por las diversas generaciones de sujetos excluidos u oprimidos...³⁶⁰

³⁵⁶ En rigor, no se trata de una palabra tan “vetusta”, ya que se difundió recién en el siglo XIX, para designar el conjunto de teorías opuestas al positivismo jurídico naciente. Cf. Serna, P., “Iusnaturalismo”, *pro manuscripto*, p. 2.

³⁵⁷ FDF, p. 323.

³⁵⁸ FDF, p. 332.

³⁵⁹ FDF, p. 333.

³⁶⁰ FDF, p. 372.

V. DISCUSIÓN DE LA ESTRATEGIA ARGUMENTATIVA DE FERRAJOLI

Luego de esta extensa —aunque esquemática— exposición de la argumentación desarrollada por Ferrajoli para justificar racionalmente los derechos fundamentales, entre los que se cuentan los derechos humanos, corresponde indagar si esta estrategia argumentativa alcanza sus objetivos, *e. d.*, si resulta suficiente como para fundamentar de modo riguroso y racionalmente constrictivo esos derechos.³⁶¹ A esos efectos, es preciso partir de la afirmación, desarrollada por numerosos pensadores de diversa filiación filosófica, según la cual el derecho y los derechos subjetivos requieren de razones —razones para obrar— para constituirse en cuanto tales derechos y diferenciarse decisivamente de la mera fuerza fáctica injustificada deónticamente.³⁶²

Mandar —escribe Hart— es característicamente ejercer autoridad sobre los hombres, no el poder de causar daño, y aunque puede ir combinado con amenazas de daños, un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad... porque el elemento de autoridad involucrado en el derecho ha sido siempre uno de los obstáculos en el camino de cualquier explicación fácil de lo que el derecho es.³⁶³

En un sentido similar, aunque no idéntico, se han pronunciado numerosos autores de relevancia, como Raz y Finnis.³⁶⁴

³⁶¹ Sobre el sentido y alcance de la fundamentación en materias prácticas, véase Kalinowski, G., “La justification de la morale naturelle”, en Bruaire, C. (ed.), *La morale. Sagesse et salut*, París, Fayard, 1981, pp. 209-220.

³⁶² En este punto coinciden autores tan distantes en otros aspectos como Joseph Raz y John Finnis, además de muchos otros que resultaría tedioso citar en este lugar. Véase, solamente, Pereira, C., *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, Granada, Comares, 2008, *passim*, en especial cap. 4.

³⁶³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 26.

³⁶⁴ Véase Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Princeton-New Jersey, Princeton

Asimismo, es indispensable aclarar que, en lo que sigue, se intentará llevar a cabo una argumentación de carácter filosófico-racional, *e. d.*, al menos en sentido amplio, *científico*, dejando de lado los recursos retóricos, ordenados a convencer a un auditorio indiferenciado y no especializado.³⁶⁵ Y esto resulta especialmente pertinente, toda vez que muchas de las argumentaciones desarrolladas habitualmente en el ámbito de los derechos humanos, en especial las referidas a la defensa de los valores que justifican los derechos fundamentales, parecen revestir el carácter retórico de un discurso destinado más a convencer a un auditorio no especializado que a justificar racionalmente, en sede filosófica, una argumentación fundamentadora de los derechos morales.

Hechas estas dos aclaraciones, corresponde comenzar con el análisis de la estrategia argumentativa sintetizada más arriba. En esta estrategia, la primera aporía que se presenta al estudioso es la que consiste en que Ferrajoli, luego de haber separado tajantemente cuatro niveles de discurso y haber sostenido enfáticamente su incomunicabilidad, bajo pena de incurrir en la temida “falacia naturalista”,³⁶⁶ procede a justificar racionalmente los derechos fundamentales en un razonamiento instrumental propio del nivel axiológico, *e. d.*, de un nivel de discurso totalmente diverso de aquél donde radica la realidad a justificar. Ahora bien, Ferrajoli defiende que la justificación axiológica no tiene nada que ver —es “ajena”,³⁶⁷ sostiene— tanto con la definición teórica como con la concreción positiva de los derechos; pero si la fundamentación finalista elaborada por este autor es completamente *ajena* a los otros niveles, no *fundamenta* propiamente nada y no se alcanza a ver qué sentido o utilidad tiene tomarse el trabajo de elaborarla.

University Press, pp. 49-84; Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 12-22.

³⁶⁵ Véase Aristóteles, *Retórica*, I, 1, 1354 a 1.

³⁶⁶ Véase, en este punto, Massini Correas, C. I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1995, *passim*.

³⁶⁷ FDE, p. 318.

Pero si, por el contrario, existe efectivamente una cierta ilación lógica entre los valores defendidos y la noción y concreción positiva de los derechos, se está en presencia, evidentemente, de una fundamentación o justificación racional, pero en ese caso el razonamiento se encuentra inevitablemente en el ámbito del iusnaturalismo puro y duro, cosa que Ferrajoli rechaza tajantemente reiteradas veces. Dicho en otras palabras: o bien existe conexión lógica entre valores y derechos, y hay consecuentemente fundamentación racional de éstos, o bien esa conexión no existe, y no hay entonces fundamentación alguna y los derechos se reducen —como parece sostenerlo a veces Ferrajoli— al mero hecho de su inclusión en algún texto constitucional positivo. Se trata, ni más ni menos, que de un dilema similar al que afecta al hoy denominado positivismo jurídico incluyente, y que radica en la imposibilidad de incluir en el razonamiento jurídico parámetros ético-axiológicos y, al mismo tiempo, pretender que se continúa en el ámbito del positivismo.³⁶⁸

Pareciera en este punto que Ferrajoli pretende sostener al mismo tiempo dos tesis contradictorias: la positivista de las fuentes sociales y la iusnaturalista de las fuentes racionales, con el inevitable resultado de la inconsecuencia. Y el recurrir a la ambigüedad en la presentación de los argumentos no resuelve el problema, ya que una vez que éstos se pasan en limpio, queda en evidencia la inconsistencia de toda la argumentación. En rigor, si Ferrajoli se decidiera a permanecer consecuentemente en las filas del positivismo jurídico, tendría que reducir su argumentación a la siguiente: los derechos fundamentales tienen su fundamento exclusivo en el hecho de haber sido sancionados legítimamente en el marco de un sistema jurídico positivo y sólo en los límites establecidos en esa sanción. Todo lo demás excede los marcos del estricto positivismo —aún del neo-positivismo al que adhiere—

³⁶⁸ Véase Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, pp. 387 y ss.

y cae necesariamente del lado de las tesis iusnaturalistas.³⁶⁹ Esta imputación le ha sido realizada por algunos de los coautores del libro mencionado al comienzo, en especial por Ermanno Vitale y Anna Pintore y la respuesta de Ferrajoli, basada en su ya cuestionada división de niveles de discurso, termina dando la razón a sus impugnadores.

VI. RELATIVISMO Y FUNDAMENTACIÓN

Por otra parte, y continuando con esta valoración crítica, corresponde consignar dos puntos especialmente relevantes: el primero, que el ensayo de fundamentación propuesto por el jurista italiano adolece de una debilidad adicional: reviste un carácter meramente hipotético-relativista. En efecto, Ferrajoli reitera que la fundamentación propuesta de los derechos tiene valor sólo *si queremos, e. d.*, por un acto de mera voluntad de índole decisionista, que ellos sean satisfechos. Esto significa inequívocamente que *si no queremos* que esos valores sean satisfechos, o *si no lo queremos en la interpretación* que de ellos elabora Ferrajoli, toda la fundamentación adquiere carácter hipotético, así como su conclusión, toda vez que, según una conocida regla lógica,³⁷⁰ la conclusión no puede ser más fuerte que las premisas.

Esto significa que la argumentación aludida sólo puede concluir rigurosamente que debemos respetar los derechos fundamentales si y sólo si queremos realizar aquellos valores, es decir, en el marco de un radical relativismo subjetivista, con lo que desaparece toda la fuerza deóntica que deben revestir los derechos

³⁶⁹ Véase Coleman, J. y Leiter, B., “Legal Positivism”, en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2000, p. 241. Véase, asimismo, Massini Correas, C. I., “Iusnaturalismo en interpretación jurídica”, en Cianciardo, J. (ed.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, pp. 57-81.

³⁷⁰ Véase Kalinowski, G., *La logique déductive*, París, PUF, 1996, pp. 89; asimismo, Blanché, R., *Le raisonnement*, París, PUF, 1973, p. 210.

para constituirse en cuanto tales. Dicho brevemente: la argumentación propuesta no se vincula lógicamente —no *fundamenta*— de ningún modo con la proposición, que debería ser la *fundamentada*: “es necesario —deónticamente— respetar los derechos fundamentales”. Aquí no basta con decir que los derechos fundamentales son “valiosos” y que “queremos” realizarlos; existen muchas acciones y realidades que son valiosas y nos gustaría realizar y sin embargo no generan —no pueden generar— una obligación estricta como la que corresponde a los derechos; es necesario fundamentar por lo tanto no sólo la mera *valiosidad*³⁷¹ o la opción subjetiva por los valores a que se ordenan los derechos, sino que es preciso establecer primero y principalmente —y de modo racional— su exigibilidad deóntica,³⁷² cosa que Ferrajoli no hace y tampoco puede hacer desde un punto de partida relativista.³⁷³

El segundo de estos aspectos relevantes radica en que la separación tajante que efectúa Ferrajoli entre los diferentes niveles de consideración de los derechos (concepto, catálogo, valiosidad, vigencia) resulta claramente contraintuitiva; en efecto, de una consideración somera de los diversos modos de aproximación al tema, surge claramente que ellos se encuentran íntimamente vinculados: el modo de fundamentación depende del concepto que se tenga de los derechos fundamentales, el contenido de la normatividad positiva a ese respecto se vincula con ese mismo concepto y con los valores que se pretende realizar, los valores no están desvinculados de la índole de la realidad a valorar, la vigencia efectiva depende en gran medida de la positividad normativa y así sucesivamente. La tesis de su incomunicabilidad es,

³⁷¹ Véase Soaje Ramos, G., “Elaboración del problema del valor”, *Ethos. Revista de Filosofía Práctica*, Buenos Aires, núm. 1, 1973, p. 142.

³⁷² Véase Harel, A., “Theories of Rights”, en Golding, M. P. y Edmundson, W. A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2005, p. 191.

³⁷³ Sobre el relativismo ético en general, véase Massini Correas, C. I., “Ley natural y relativismo. Consideraciones a partir de las ideas de Leo Strauss”, *Intus Legere-Filosofía*, Santiago de Chile, núm. 2/2, 2008, pp. 1-16.

en definitiva, contraria a la experiencia más elemental acerca de los derechos.³⁷⁴

VII. EL PROBLEMA DEL SUJETO DE LOS DERECHOS

Estrechamente vinculada con las consideraciones precedentes está la cuestión, central en la filosofía de los derechos humanos, de la determinación de sus sujetos titulares. Y esta cuestión resulta central, toda vez que Ferrajoli sostiene en varios lugares, que la condición de sujeto titular de los derechos fundamentales —entre los que se incluyen los derechos humanos— depende de su reconocimiento efectivo por la normatividad positiva. “«Persona» —escribe—, en el plano de la teoría del derecho, no equivale a «ser humano», sino más bien al *status* de los sujetos, *cualesquiera que sean*, normativamente previsto como presupuesto de situaciones jurídicas y, específicamente, de los «derechos de la persona»”.³⁷⁵ Ya antes había afirmado que entiende “por *status* [entre ellos el de persona] la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva...”,³⁷⁶ y que “de estas normas, o sea, de la parte sustancial de la constitución, son, por decirlo así, «titulares», más que destinatarios, todos los sujetos a los que las mismas adscriben los derechos fundamentales”.³⁷⁷ De aquí se sigue claramente que, en la sistemática de Ferrajoli, sólo tendrían derechos fundamentales —y por consiguiente derechos humanos— aquellos sujetos, *cualesquiera que sean*, que han sido reconocidos como tales por el correspondiente ordenamiento jurídico positivo.

Ahora bien, esto supone, para todos los efectos teóricos y prácticos, la difuminación de la noción misma de derechos humanos. En este sentido, Robert Spaemann ha sostenido que “a

³⁷⁴ Véase Freedman, M., *Rights*, Londres, Open U. P., 1991, pp. 7-11.

³⁷⁵ FDE, p. 334 (énfasis añadido).

³⁷⁶ FDE, p. 19.

³⁷⁷ FDE, p. 38.

ningún hombre le corresponde juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad. Los derechos humanos —continúa— dependen del hecho de que nadie tenga la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder”.³⁷⁸ Y más adelante afirma que, para el positivismo jurídico:

Los derechos humanos son reivindicaciones que nosotros nos concedemos recíprocamente gracias a la creación de sistemas de derechos, con lo cual depende del arbitrio del creador de tal sistema de derecho en qué consistan estos derechos y... quién es hombre en el sentido de la ley y quién no;

un derecho —concluye— que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derecho. Los derechos humanos, entendidos de modo positivista, no son sino edictos de tolerancia revocables.³⁷⁹

De esta larga cita del filósofo alemán queda en evidencia que cuando el criterio para la titularidad de los derechos fundamentales —entre los que se cuentan los derechos humanos— deja de ser la pertenencia a la especie humana y se concede al mero arbitrio de los órganos estatales —sean estos constitucionales o legislativos— la suerte de los derechos —en especial de los de los más débiles— está echada: sus titulares variarán de conformidad con las modas ideológicas del momento y resultarán ocasionalmente incluidos o excluidos de la condición de titulares de derechos los no nacidos, los recién nacidos, los seniles, los comatosos, los afectados de enfermedades mentales y todos aquellos que no militen en las filas de los adultos sanos de cierta capacidad intelectual y económica.³⁸⁰ Resulta claro que, desde esta perspectiva,

³⁷⁸ Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, trad. de D. Innerarity y J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, p. 50.

³⁷⁹ Spaemann, R., *op. cit.*, pp. 89 y 90.

³⁸⁰ Véase Spaemann, R., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de J. Fernández Retenaga y J. Mardomingo, Madrid, EIUNSA, 2003, pp. 347-

los derechos humanos resultarían algo tan variable, contingente y caprichoso, que será prácticamente lo mismo tenerlos que no tenerlos. No parece que sea ésta una concepción de esos derechos que pueda ser considerada relevante desde el punto de vista de su justificación racional.

VIII. DE NUEVO EL POSITIVISMO

Otra cuestión que merece ser disputada, es la afirmación de Ferrajoli en el sentido de que el “paleo-positivismo” meramente formalista se vería sustancialmente superado por el constitucionalismo fuerte, según el cual el contenido de la legalidad ordinaria debería sujetarse a un control estricto —inclusive de contenidos— de su constitucionalidad y, consecuentemente, de su validez. De este modo —sostiene este autor— se introducirían los derechos fundamentales y humanos como límites fuertes y de contenido de la legislación estatal. “Estos derechos —afirma Ferrajoli— existen como situaciones de derecho positivo, en cuanto son establecidos en las Constituciones. Pero, precisamente por eso, representan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y vínculos supra-ordinado a él”.³⁸¹ Y aclara más adelante que su teoría “es rigidamente positivista: el constitucionalismo teorizado por ella como deber ser positivo del derecho positivo no es, en modo alguno, un paradigma interme-

365. Cabe consignar que el profesor de bioética de Manchester, John Harris, que comparte en lo sustancial con Ferrajoli la noción de persona como titular de derechos, niega expresamente el derecho a la vida de los comatosos, los no nacidos y de los dementes severos; véase Harris, J., “La eutanasia y el valor de la vida” y “Un argumento filosófico contra el caso filosófico contra la eutanasia” y “Pensamientos finales acerca de actos finales”, en Keown, J. (ed.), *La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*, trad. de E. Torres Alexander, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 29-108.

³⁸¹ FDE, p. 38.

dio entre iusnaturalismo y iuspositivismo, sino un desarrollo y un perfeccionamiento del positivismo jurídico”.³⁸²

En otros términos, según Ferrajoli, los derechos establecidos positivamente en las Constituciones operarían como límites decisivos y definitivos de la legislación ordinaria, invalidándola cada vez que traspase, no respete o atente contra el contenido de esos derechos. Y esta solución se daría en el interior del más estricto positivismo jurídico, con la única diferencia de que se trataría de un positivismo de nivel constitucional en vez de legal; por supuesto que dentro del más estricto positivismo el contenido de las Constituciones no tiene límites éticos ni jurídicos objetivos y queda librado a la voluntad decisionista de las ocasionales asambleas constitucionales.

Por ello, Anna Pintore escribe con acierto que

El divisionismo [la doctrina de la división estricta entre derecho y ética] y el iuspositivismo actúan como una suerte de tenaza, bajo la cual los derechos corren el riesgo de terminar triturados... Una vez extirpados del tejido objetivo del contractualismo político y de la ética liberal en el que nacieron, se hace necesario confiarlos por entero a un derecho que es, en esencia, *auctoritas* y no *veritas*. Pero la autoridad es voluntad, y la voluntad puede convertirse en arbitrariedad: del mismo modo en que puede poner los derechos, puede también excluirlos. Los derechos, en este marco, parecen abandonados a sí mismos, o mejor dicho a los frágiles e imprevisibles itinerarios de la historia, por otra parte reciente, del constitucionalismo moderno.³⁸³

³⁸² FDF, p. 323.

³⁸³ Pintore, A., “Derechos insaciables”, en FDF, p. 244. En este texto de Pintore resulta discutible la separación tajante entre *auctoritas* y *veritas*; para muchos autores, uno de los elementos de la *auctoritas* es, precisamente, una cierta relación con la *veritas*; véase Anscombe, G. E. M., “On the Source of the Authority of the State”, en Raz, J. (ed.), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, pp. 142-173. En este mismo volumen, véase Finnis, J., “Authority”, pp. 174-202.

IX. CONCLUSIONES SOBRE POSITIVISMO, RELATIVISMO Y DERECHOS

Ahora bien, de todo lo expuesto hasta ahora es posible inferir que, en la cuestión del fundamento o la justificación racional de los derechos fundamentales-humanos, se arriba inexorablemente a una alternativa: o bien se remite ese fundamento a una instancia de apelación transpositiva, a un contenido esencial de los derechos,³⁸⁴ que debe inevitablemente revestir cierto carácter objetivo, o bien se limita esa fundamentación a la que pueden proveerles los textos —necesariamente contingentes y relativos— de las Constituciones ocasionalmente vigentes, y se renuncia en consecuencia a cualquier dimensión crítica —crítica en sentido *fuerte*— del derecho establecido, cualquiera que sea su nivel —constitucional o legal— de positividad.

Esto no es sino una consecuencia directa de la tesis central del positivismo jurídico: *toda norma jurídica tiene sólo una fuente positiva*, que excluye necesariamente a su contradictoria —o tesis iusnaturalista: *existe al menos un principio jurídico de fuente no positiva*.³⁸⁵ Ahora bien, si se acepta la primera de estas tesis, resulta lógicamente imposible aceptar algo, o en parte, o un poco, de su contradictoria tesis iusnaturalista, en razón de que, por su mismo carácter contradictorio, si una de estas tesis es verdadera, la otra es falsa y viceversa, sin que exista una posibilidad intermedia entre verdad y falsedad. En otras palabras, no se puede tomar un poco, o un contenido mínimo, de la tesis opuesta, para salvar los vacíos, antinomias o paradojas de la tesis positivista, sin asumir la contradictoria y refutar la primera tesis de modo completo y definitivo.

³⁸⁴ Véase Serna, P. y Toller, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 40 y ss.

³⁸⁵ Véase Soaje Ramos, G., “Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemo-metodológicas”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 6/7, 1980, pp. 99-107.

Éste y no otro es el dilema —en rigor, se trata de una aporía, ya que carece de solución racional— a que se enfrenta el intento de Ferrajoli de fundamentar los derechos fundamentales a través de una remisión a valores, permaneciendo al mismo tiempo en el ámbito del más estricto positivismo. Más consecuente en este punto fue su maestro Norberto Bobbio, quien, en un artículo bien conocido, alentaba a abandonar la tarea de fundamentar los derechos humanos, ya que ella resultaba —al menos en el marco de su iuspositivismo— completamente imposible.³⁸⁶ Bobbio era consciente —más consciente que Ferrajoli— que desde un punto de partida relativista —aceptado necesariamente por cualquier positivismo consecuente— resulta inviable cualquier intento de fundamentación rigurosa de los derechos.

³⁸⁶ Bobbio, N., “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. XLII-II, 1965, pp. 301-309. Sobre este texto, véase Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 123-142.

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO A LA VIDA

CAPÍTULO OCTAVO

EL DERECHO A LA VIDA EN LA SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. PRECISIONES PRELIMINARES

Se ha solicitado, por parte de los organizadores de este *Simpósio*,³⁸⁷ una exposición acerca del derecho a la vida y de su lugar dentro de una concepción sistemática de los derechos humanos; ahora bien, antes de comenzar propiamente con el desarrollo del tema, resulta conveniente efectuar algunas breves precisiones liminares, que hagan posible la mejor comprensión de las nociones que se han de utilizar en los análisis siguientes. Estas precisiones son especialmente pertinentes en un tema como el de los derechos humanos, en el que la parcialidad ideológica, la sobrecarga retórica y la inflación literaria, han contribuido especialmente a oscurecerlo y tornarlo cada vez más equívoco y confuso.

La primera de estas precisiones se refiere a la pertinencia de la expresión misma “derecho a la vida”, ya que ella parece no corresponder a la verdadera estructura de la relación de derecho subjetivo. En efecto, todo derecho supone una relación de cuatro términos: 1) un sujeto titular del derecho; 2) un obligado a cumplir con el deber correlativo del derecho; 3) una prestación u obrar humano que es el objeto del derecho, y 4) un fundamento justificativo de ese derecho, que es la razón formal por la que él

³⁸⁷ Se hace referencia al *Simpósio Internazionale sull' “Evangelium Vitae” e il Diritto*, realizado en la Ciudad del Vaticano, entre los días 23 y 25 de mayo de 1996, organizado por el *Pontificio Consiglio per l' Interpretazione dei Testi Legislativi*.

existe y es, por lo tanto, debido.³⁸⁸ Por su parte, John Finnis, en su ya clásico *Natural Law and Natural Rights*, sostiene que la relación de derecho es de tres términos, excluyendo al fundamento como componente estricto de la relación.³⁸⁹ De todos modos, y a los efectos de lo que ahora interesa, lo relevante es destacar el hecho de que para que exista un derecho, es necesaria la presencia de, al menos, dos sujetos y una prestación. En el caso del llamado “derecho a la vida”, esta prestación no puede consistir sino en una conducta de respeto y compromiso para con la vida humana, propia o ajena. Esto significa que si se adecuara estrictamente la designación a la estructura constitutiva del derecho, sería preciso hablar de “derecho a no ser muerto injustamente” o a la “intangibilidad” o “inviolabilidad de la vida”, ya que el objeto propio y formal de ese derecho consiste en un obrar humano de respeto y reverencia al carácter viviente del hombre. No obstante esto, es posible hablar, en sentido metonímico,³⁹⁰ de un “derecho a la vida”, toda vez que la permanencia e integridad de la vida humana es la finalidad y el efecto necesario de la acción de respeto o compromiso en que consiste el objeto de ese derecho. Pero a pesar de la legitimidad retórica de esa metonimia, se va a hablar en lo sucesivo de “derecho a la inviolabilidad de la vida”, en razón de que esa denominación precisa mejor el objeto del derecho y disminuye la posibilidad de malentendidos.

La segunda de las precisiones a que hará referencia, alude a que cuando se habla aquí de “la vida” se está designando precisa y exclusivamente a la vida *humana*,³⁹¹ es decir, la de los individuos pertenecientes a la especie *homo sapiens*, y no a las formas infra-

³⁸⁸ Cfr. Gewirth, A., “Are There Any Absolute Rights?”, en Waldron, J. (comp.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 95.

³⁸⁹ Véase Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 201 y ss.

³⁹⁰ Sobre la noción de metonimia, véase Reboul, Olivier, *La rhétorique*, París, PUF, 1990, pp. 43 y 44.

³⁹¹ Sobre la noción de “vida humana” que utilizamos en este texto, véase *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid 1981, t. XXIII, pp. 511-514.

humanas de vida animal o vegetal (o aún mineral, ya que autores como Robert Nash hablan de un “derecho de las rocas”).³⁹² Esta precisión resulta oportuna, toda vez que existe una importante corriente de pensamiento que sostiene la existencia de derechos estrictos de los que son titulares entes no humanos, como los animales, las plantas y los ríos.³⁹³ Esta tesis supone: 1) un desconocimiento palmario de la naturaleza del fenómeno jurídico; 2) una visión distorsionada —o al menos caprichosa— del universo y 3) una decidida posición anti-humanista, que termina negando al hombre sus derechos más fundamentales —entre ellos a la inviolabilidad de su vida— en beneficio de una supuesta conciencia ecológica entendida de modo desmedido. A este tema se ha hecho referencia en otros lugares, a los que corresponde remitirse en razón de la brevedad.³⁹⁴

II. LOS DERECHOS HUMANOS

Hechas estas aclaraciones y precisiones, corresponde entrar en el desarrollo del tema requerido exponiendo las notas fundamentales de la noción de derechos humanos, para encuadrar luego en su sistemática al “derecho a la inviolabilidad de la vida”. En el acápite precedente pusimos de relieve que la existencia de “derechos” supone cuatro elementos en necesaria vinculación: dos sujetos, una prestación y un fundamento. En el caso de ese últi-

³⁹² Véase Nash, R., “¿Tienen derechos las rocas? Pensamientos sobre la ética del medio ambiente”, en Mooney, M. y Stuber, F. (comp.), *Los humanistas y la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 132 y ss.

³⁹³ Véase Singer, P., “Not for Humans Only: The Place of Nonhumans in Environmental Issues”, en Goodpaster, K. E. y Sayre, K. M. (eds.), *Ethics E The Problems of the 21 st. Century*, Indiana, University of Notre Dame Press, 1979, pp. 196 y ss.

³⁹⁴ Véase Massini Correas, C. I., “Dignidad humana y derecho ambiental”, *Actas de las XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, t. I, Valparaíso, EDEVAL, 1995, pp. 125-133; también Ballesteros, J., *Ecologismo personalista*, Madrid, Tecnos, 1995.

mo, es necesario distinguir entre un fundamento próximo y uno remoto: el fundamento remoto o mediato es siempre un principio práctico-normativo, primero o muy próximo a él, y el fundamento próximo o inmediato, es la razón precisa, objetiva y formal por la que alguien es titular de un derecho determinado: esto es lo que técnicamente se denomina “título” de ese derecho. Ahora bien, la noción de derechos humanos hace una referencia especial al cuarto de estos elementos, el del fundamento de los derechos, y denota la existencia de ciertos derechos cuya justificación principal es la dignidad personal de todo ser humano. Dicho en otros términos, se trata de ciertos derechos cuyo fundamento o justificación objetiva, tanto mediata como inmediata, se vincula al carácter personal del viviente humano y a la dignidad que corresponde a toda persona.³⁹⁵

Ahora bien, si se intenta explicitar lo antedicho de modo sumario, es posible afirmar que la justificación primera de cualquier derecho radica en un principio normativo, que no es sino una determinación del primer principio práctico según el cual “el bien ha de hacerse y el mal evitarse”,³⁹⁶ y que puede ser formulado del siguiente modo: “todo hombre debe salvaguardar el carácter de persona de todo hombre”.³⁹⁷ Este principio es autoevidente, ya que se conoce de modo directo no bien se comprende el significado de, por una parte, la locución “persona”, y por la otra, de la locución “salvaguardar”: la persona, por su intrínseca dignidad, aparece inmediatamente como algo a respetar, promover y resguardar.

Desde el punto de vista de la filosofía práctica —ha escrito Millán Puelles— la dignidad ontológica de la persona humana posee una significación esencial: la de constituir el fundamento... de los de-

³⁹⁵ Véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 102 y ss.

³⁹⁶ Sobre la inteligencia de este principio, véase Armstrong, R., *Primary and Secondary Precepts in Thomistic Natural Law Teaching*, La Haya, M. Nijhoff, 1966.

³⁹⁷ Massini Correas, C. I., *Filosofía...*, *cit.*, p. 119.

beres y derechos básicos del hombre..., ya que hay un derecho general en el cual se resumen los diversos derechos de toda persona humana: el de ser tratados cabalmente como personas humanas, no en virtud de razones o motivos particulares, sino en función de la dignidad ontológica del ser sustancial del hombre.³⁹⁸

Por su parte, el fundamento inmediato o “título” de todo derecho humano radica precisamente en la condición de persona que reviste todo ente que pertenece a la especie humana; esto se hace evidente no bien se consideran las principales declaraciones de derechos y, en general, todos aquellos textos en los que se habla o discute acerca de los derechos humanos: en efecto, allí se reconocen esos derechos a las personas humanas sin exigir más determinación que la de ser personas y cuando aparece requerida alguna calificación especial: “mujer embarazada”, “persona en edad núbil”, “padres”, etcétera, es porque esa calidad se vincula directamente con alguna de las dimensiones centrales del desarrollo o perfeccionamiento de la “personidad”. Por otra parte, también resulta evidente que la existencia de los derechos humanos no depende esencialmente de su reconocimiento por los ordenamientos jurídico-positivos: estos derechos existen, es decir, son exigibles, sea que se encuentren positivados o no; lo que es más aún, existen y son exigibles aun cuando un determinado ordenamiento positivo los niegue o los desconozca expresamente.³⁹⁹ Por todo esto, es posible concluir que derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personidad de su sujeto activo, o en alguna de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personidad, de los que se es

³⁹⁸ Millán Puelles, A., *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp, 1984, pp. 465 y 466; sobre la noción de dignidad de la persona humana, en especial desde la perspectiva kantiana, véase Mendonça, W. P., “Die Person als Zweck an sich”, *Kant Studien*, 84 Jahrgung, Heft 2, 1992, pp.167-184.

³⁹⁹ Véase Hervada, J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, *Escritos de derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1986, pp. 427 y 428.

titular los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando éste los niegue.⁴⁰⁰

III. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS

Establecido de modo somero qué cosa son los derechos humanos, queda por determinar cuáles son estos, es decir, establecer precisamente a qué derechos puede atribuirse estrictamente el calificativo de “humanos”. Dicho de otro modo, una vez establecido el constitutivo formal de los derechos humanos: su fundamentación mediata e inmediata en la dignidad personal de todo ente humano, queda por precisar su contenido o aspecto material, sin el cual la fórmula “derechos humanos” resultaría una forma ideal vacía.⁴⁰¹ Se han realizado numerosos ensayos de respuesta a la pregunta por el contenido de la noción de derechos humanos, entre los cuales escogeremos el que aparece como más sólido y acertado: el propuesto por la Nueva Escuela de Derecho Natural⁴⁰² y en especial por John Finnis, para quien la materia de los derechos humanos viene dada por los bienes humanos básicos. En efecto, para este profesor de Oxford, el proceso de especificación y demarcación de los derechos supone necesariamente tener en consideración algún patrón o jerarquía de patrones de aquello en que consiste la perfección humana, es decir, alguna concepción del bien humano, del desarrollo individual en la vida social, a los fines de seleccionar aquella especificación y de los derechos y deberes que tienda a favorecerla o a impedir su frustración.⁴⁰³ Sin esta referencia, desapa-

⁴⁰⁰ Massini Correas, C. I., *Filosofía...*, cit., p. 102.

⁴⁰¹ Véase Serna, P., “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, en varios autores, *Actas de las XXV Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, EDEVAL, 1995, pp. 363-386.

⁴⁰² Sobre esta Escuela, véase Gahl, R., *Practical Reasoning in the Foundation of Natural Law According to Grisez, Finnis and Boyle*, Roma, Athenaeum Romanum Sanctae Crucis, 1994.

⁴⁰³ Finnis, J., *Natural Law...*, cit., pp. 218 y 219.

recería todo criterio válido de especificación y cualquier derecho podría pertenecer a cualquiera, sin límites ni contenido preciso.

La corriente central del pensamiento jurídico anglosajón contemporáneo —en especial la denominada “jurisprudencia analítica”— llama a esta doctrina “perfeccionismo”⁴⁰⁴ y la ataca sosteniendo que resulta injusto preferir una cierta concepción del desarrollo humano e intentar materializarla en la legislación y las costumbres, toda vez que ello significaría tratar con desigual consideración y respeto a aquellos miembros de la comunidad que no comparten aquella concepción, y cuya autonomía se vería restringida por la legislación y las disposiciones jurídicas que la reflejen.⁴⁰⁵ Pero este argumento, no obstante su difusión, resulta injustificado y se refuta a sí mismo; efectivamente,

quienes lo sostienen —escribe Finnis— prefieren de hecho una concepción del bien humano, según la cual la persona tiene un título a ser tratada con igual consideración y respeto y la comunidad actúa incorrectamente negándosele; más todavía, ellos actúan tratando de abolir la legislación restrictiva elaborada por sus oponentes. Pero aquellos que actúan y argumentan así ¿tratan necesariamente con desigual consideración y respeto a aquellos a cuyas preferencias y legislación se oponen? Si es así, entonces sus propios argumentos y acciones son en sí mismos igualmente injustificados y no otorgan base alguna para ciertas preferencias o conductas políticas. Si no es así... entonces tampoco lo hacen aquellos a quienes se oponen.⁴⁰⁶

Esta afirmación de Finnis es estrictamente cierta, en razón de que los autores que dicen oponerse al “paternalismo” han de partir también —y necesariamente— de alguna concepción del bien humano para fundar su oposición al accionar de sus oponentes.

⁴⁰⁴ Acerca de la noción de “perfeccionamiento”, véase Hurka, T., *Perfectionism*, Nueva York, Oxford University Press, 1993.

⁴⁰⁵ Sobre esta perspectiva “liberal” del derecho y de los derechos, véase George, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

⁴⁰⁶ Finnis, J., *Natural Law...*, *cit.*, pp. 221 y 222.

centes. Esta concepción resulta estrictamente individualista, ya que considera al hombre como plenamente autónomo y absolutamente libre, capaz de crearse a través de la razón las normas y paradigmas de su propio obrar. Pero al suponer esta concepción del hombre y del bien humano, bien este último al que conciben como radicando en el mero ejercicio de la autonomía individual, los “liberales” caen también inevitablemente en un “paternalismo” aunque de sentido contrario, que se concreta en la pretensión de orientar la legislación, las decisiones de los jueces y las políticas del gobierno en el sentido de la promoción y difusión de ese modelo humano.⁴⁰⁷

Volviendo ahora al problema de la determinación del contenido de los derechos humanos, que no es sino el de la delimitación de los perfiles centrales de aquel modelo de bien humano, resulta que lo que la razón humana descubre, con la mediación de la experiencia,⁴⁰⁸ no es directa y exclusivamente una visión integral de la perfección humana, sino más bien las diversas formas de concreción o realización de ese bien humano.

Existen ciertos bienes —escriben Boyle, Grisez y Finnis— *v. gr.* el conocimiento de la verdad y la vida en amistad, cuya prosecución parece promover por sí misma a las personas y mantenerlas unidas. Bienes como éstos son aspectos intrínsecos —es decir, partes reales— de la completitud o realización integral de las personas. Llamamos a estos aspectos intrínsecos de la perfección personal ‘bienes humanos básicos’: básicos no para la mera supervivencia, sino para la perfección humana.⁴⁰⁹

Ahora bien, esos bienes humanos básicos no son los objetivos definidos de cierta actividad humana, como lo podría ser la ren-

⁴⁰⁷ Véase Massini Correas, C. I., “Realismo y derechos humanos”, *Atlántida*, Madrid, núm. 1, 1990, pp. 55-63.

⁴⁰⁸ Sobre la noción de “experiencia” en el campo ético, véase Millán Puelles, A., *La libre aceptación de nuestro ser*, Madrid, Rialp, 1994, pp. 73 y ss.

⁴⁰⁹ Finnis, J. *et al.*, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 277.

dición del enemigo en una batalla o el incremento de la producción anual de granos; se trata más bien de bienes que trascienden a cualquiera de sus determinaciones particulares, que van más allá de su realización parcial, cuya participación en una situación concreta no los agota, que son realizables de infinitud de maneras diversas, cada una de las cuales no es sino una concreción parcial de una perfección que la sobrepasa. Un determinado acto de goce estético, *v. gr.*, no agota el bien básico de la experiencia estética, sino que es sólo una forma particular de participación en él. Estos bienes humanos básicos orientan la conducta de los hombres proveyendo las razones para escoger y obrar en ciertas y determinadas direcciones, las cuales se ordenan a la realización de alguna forma de participación en un bien humano básico.

Ahora bien: ¿cuáles son esos bienes? Finnis enumera siete en *Natural Law and Natural Rights*: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad o amistad, razonabilidad práctica y religión.⁴¹⁰ En *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, escrito en colaboración con G. Grisez y R. Boyle, Finnis y sus colaboradores ofrecen una enumeración parcialmente diferente; allí, los bienes básicos son seis: 1) vida (su mantenimiento y transmisión, salud y seguridad); 2) conocimiento y experiencia estética; 3) excelencia en el trabajo y en el juego; 4) amistad, paz y fraternidad; 5) paz interior, autointegración y autenticidad, y 6) armonía con los más amplios ámbitos de la realidad, en especial con Dios y con el entorno natural.⁴¹¹

Estos bienes fundan y especifican los derechos humanos en razón de que la realización de los bienes básicos es una obra de mancomún, estrictamente colectiva y progresiva, que se realiza gradualmente en el tiempo a través de la convivencia social. Es más, la perfección humana no se realiza en comunidad por mero accidente o por azar, sino que esa perfección es el propósito u objetivo mismo por el que los hombres se reúnen en sociedad.

⁴¹⁰ Finnis J., *Natural Law...*, *cit.*, pp. 85-90.

⁴¹¹ Finnis J. *et al.*, *op. cit.*, pp. 278-281.

Y esta inevitable co-existencialidad en la realización de los bienes propiamente humanos, es la que hace necesaria la existencia de toda la trama de derechos y deberes que ordenan el intercambio de prestaciones que es preciso para la existencia y la buena vida en la comunidad política.⁴¹² Por lo tanto, sin coexistencia, sin derecho que determine lo debido a cada uno y sin derechos por medio de los cuales exigir eso que es debido, no es siquiera pensable la concreción o realización de los bienes humanos básicos; de aquí que sean estos bienes los que otorguen justificación racional y contenido a los derechos; en primer lugar, a los más fundamentales de entre ellos: los llamados derechos humanos.

Cada derecho humano se ordena, por lo tanto, a la realización de uno o varios bienes humanos básicos y recibe a su vez de éstos su justificación objetiva; así, el derecho a la educación tiene por contenido y fundamento el bien básico del conocimiento, que perfecciona la dimensión racional del hombre; el derecho a trabajar recibe su fundamentación y alcance del bien humano de la excelencia en el trabajo en cuanto realización humana, expresión de la dimensión cultural del hombre, y en lo que nos interesa aquí especialmente, el derecho a la inviolabilidad de la vida tiene su base racional en el bien básico de la vida, como modo de existir autónomo propio de los entes humanos, que se manifiesta a través de la inclinación a la supervivencia y sin el cual de los restantes bienes quedan sin sujeto y, por lo tanto, sin sentido perfectivo y completo.⁴¹³

IV. EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LA VIDA Y LA NOCIÓN DE PERSONA

El derecho a la inviolabilidad de la vida, por lo tanto, tiene su fundamento o justificación racional en la eminente dignidad de la

⁴¹² Véase Cotta, S., “La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 9, 1982, pp. 13-18.

⁴¹³ Véase Walhout, D., “Human Nature and Value Theory”, *The Thomist*, Washington D. C., núm. 44, pp. 278-297.

persona humana y su contenido o materia está dado por el respeto al bien básico de la vida en cuanto modo propio de la existencia de los entes humanos. En otras palabras, la prestación que corresponde a este derecho consiste en una conducta: acción u omisión, de respeto y salvaguarda al bien básico de la vida. Establecida a grandes rasgos la naturaleza del derecho a la inviolabilidad de la vida, corresponde precisar tres cuestiones, que resultan centrales para la dilucidación del carácter y alcances de este derecho: 1) la cuestión de su duración, es decir, del origen temporal y de la extinción de este derecho; 2) la de su carácter absoluto o *prima facie*, y 3) la de su ubicación en la sistemática de los derechos humanos.

Respecto a la primera de las cuestiones, la respuesta del sentido común es que ese derecho ha de perdurar durante todo el tiempo de persistencia del bien que está destinado a proteger, es decir, de la vida humana, y por lo tanto, desde la concepción hasta la muerte. Desde el momento mismo que en un individuo que pertenece a la especie humana se da ese principio intrínseco de movimiento espontáneo en que la vida consiste,⁴¹⁴ debe existir también el derecho a que no se le prive de ella injustamente. Pero sucede que la respuesta del sentido común no es, ni mucho menos, aceptada indiscutidamente; en efecto, para toda una corriente del pensamiento actual, sólo son titulares de este derecho las “personas”, cuya noción no es co-extensiva con la de entes humanos, ya que existirían —para esta corriente— entes humanos que no son personas. En este sentido, uno de los referentes de la bioética contemporánea, Tristram Engelhardt, escribe que

No todos los seres humanos son personas, no todos son auto-reflexivos, racionales o capaces de formarse un concepto de la posibilidad de culpar o alabar. Los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma profundo

⁴¹⁴ Cfr. Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I, q.18, a. 2. Sobre la inteligencia de este texto, véase Verneaux, R., *Filosofía del hombre*, Barcelona, Herder, 1988, pp. 17-29.

son ejemplos de seres humanos que no son personas. Estas entidades son (sólo) miembros de la especie humana.⁴¹⁵

Pero esta neta distinción entre seres humanos y personas, no es patrimonio exclusivo de Tristram Engelhardt, sino de toda una serie de autores que la han hecho suya y la han defendido con mayor o menor convicción: entre estos autores podemos enumerar a Peter Singer, Michael Tooley, H. J. McCloskey, R. G. Frey, el argentino Martín Farrell y, aunque trata de eludir la cuestión, Ronald Dworkin.⁴¹⁶ Para todos estos autores, la “personidad”, para utilizar un término de Zubiri, no consiste en un constitutivo esencial del ser humano, no es una dimensión óptica del hombre, sino que es más bien el resultado de la posibilidad de ejercicio actual de una serie de facultades o disposiciones, tales como la autoconciencia, la responsabilidad moral, la libertad de movimientos y de elecciones, la capacidad de comunicación, y, así sucesivamente, todas las cuales son susceptibles de poseerse en mayor o menor medida.

Esta opinión, que puede llamarse “empirista”, ya que hace radicar la personidad en una serie de datos verificables desde

⁴¹⁵ Engelhardt, H. T., *The Foundations of Bioethics*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, p. 107. Véase, en sentido similar, Hare, R. M., *Essays on Bioethics*, Nueva York-Oxford, Clarendon Press, 1993.

⁴¹⁶ R. Dworkin, en su reciente libro *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Nueva York, Knopf, 1993, efectúa una distinción entre la “vida en total intensidad”, y aquella que no ha alcanzado o ha perdido esa situación; en estos últimos casos, las “criaturas humanas” carecen de intereses propios y por lo tanto de derechos; el feto, *v. gr.*, “no es consciente del dolor hasta una época tardía del embarazo de la madre, ya que su cerebro no se encuentra suficientemente desarrollado hasta entonces”, razón por la cual “la decisión acerca de terminar con la vida humana en el embarazo temprano debe ser dejada a la mujer embarazada”. Por ello, aunque Dworkin trate de evitar la cuestión de la personidad de los no nacidos o de los enfermos terminales, aduciendo que se trata de una “cuestión traicionera” por los diversos usos que se da en el lenguaje corriente a la expresión “persona”, termina aceptando tácitamente que los no nacidos y todos los que no tienen su “vida en total plenitud” no tienen derechos y, por lo tanto, no son personas; véase pp. 3-22 y *passim*.

una perspectiva estrictamente empírica, incurre en una evidente falacia, toda vez que confunde expresamente ciertas manifestaciones externo-fenoménicas con la raíz esencial de esas manifestaciones. Utilizando la terminología de Vittorio Possenti, esta visión no alcanza a distinguir los caracteres esenciales de un ente de los caracteres no-esenciales, que son sólo un signo y una consecuencia de los primeros.

Los caracteres y las funciones que pueden crecer, disminuir o faltar —escribe este autor— son por eso mismo no-esenciales. En particular, la privación de una cualidad (*v. gr.* la vista, la palabra, la conciencia) admite grados, lo que no ocurre con las propiedades esenciales. En consecuencia, por el mismo hecho de que la conciencia o los estados psíquicos pueden tener grados, ellos no constituyen una determinación esencial del ser persona.⁴¹⁷

Dicho en otras palabras: los fenómenos psíquicos, como la autoconciencia, el arrepentimiento o el raciocinio, que sólo aparecen en los entes humanos, aparecen propiamente porque se trata de entes humanos-personas y esta cualidad no depende de sus manifestaciones externas, psíquicas o no, sino del constitutivo intrínseco por el cual un determinado ente es persona. Es bien claro que un ente no puede llevar a cabo actividades “personales” si previamente él mismo no es persona. Y es persona por una cualidad intrínseca o esencial, que no puede poseerse en grados y que tampoco puede, salvo por una decisión arbitraria, tener un origen y una finalización distinta a la del ente que se constituye como tal por esa esencia. Ha escrito a este respecto Robert Spaemann, que

Reducir la persona a ciertos estados actuales —conciencia del yo y racionalidad— termina disolviéndola completamente: ya

⁴¹⁷ Possenti, V., “L’embrione è persona? Sullo statuto ontologico dell’embrione humano”, *Aprossimazione all’essere*, Padua, Il poligrafo, 1995, p. 124.

no existe la persona sino sólo “estados personales de los organismos”. Esta doctrina se halla en flagrante contradicción con nuestra intuición espontánea más elemental. Es, inclusive, internamente contradictoria, pues los estados personales de conciencia no se pueden describir en absoluto sin recurrir a la identidad entre hombre y persona... Si el hombre fuera un ser vivo que hay que amaestrar, no una persona —concluye Spaemann— no parecería [ni desarrollaría, CIMC] las formas de expresión del ser personal. La personalidad es una constitución esencial, no una cualidad accidental. Y mucho menos un atributo que... se adquiere poco a poco. Dado que los individuos normales de la especie *homo sapiens* se revelan como personas por poseer determinadas propiedades, debemos considerar seres personales a todos los individuos de esa especie, incluso a los que todavía no son capaces, no lo son ya o no lo serán nunca, de manifestarlos.⁴¹⁸

Se puede concluir, por lo tanto, en lo que respecta a esta primera cuestión, que no puede dudarse sería y objetivamente de que todo individuo de la especie humana tiene el constitutivo esencial de la “personidad” o carácter de persona y que, por ello mismo, el derecho a la inviolabilidad de la vida que se sigue necesariamente de ese carácter, pertenece a todo ser humano desde que comienza su existencia con la concepción, hasta que se extingue por la muerte. Todas las demás elucubraciones destinadas a separar conceptualmente las nociones de ser humano y de persona, no son sino construcciones ideológicas destinadas a justificar las diversas formas de violación de ese derecho, en especial aquéllas que tienen por destinatario a las más inermes de las personas.⁴¹⁹

⁴¹⁸ Spaemann, R., “¿Todos los hombres son personas?”, en varios autores, *Bioética*, ed. J. L. del Barco, Madrid, Rialp, 1992, p. 72. Véase D’Agostino, F., *Filosofía del Derecho*, Turín, Giappichelli ed., 1993, pp. 351 y *passim*.

⁴¹⁹ Véase Ollero, A., *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Madrid, Rialp, 1994, *passim* y, del mismo autor, “Todos tienen derecho a la vida”, *Iustitia*, Mílán, núm. 2/1994, 1994, pp. 121-152.

Por otra parte, la determinación más o menos arbitraria del momento en que un ser humano comenzaría a ser “persona” y a ser titular, por lo tanto, del derecho a la inviolabilidad de la vida, tiene como consecuencia necesaria dejar establecido el principio de que la muerte de una persona puede ser moralmente lícita en ciertas circunstancias o dentro de ciertos límites temporales. Y sucede que, una vez aceptado ese principio, todos estamos en peligro inminente de ser asesinados, sin ningún cargo de conciencia, por quien considere —y aporte algunas razones acerca de— que los calvos, los argentinos o los que llevan apellido italiano no son titulares del derecho a la inviolabilidad de su vida. Este peligro se agrava aún más cuando esa convicción se extiende a un amplio sector de la sociedad y se transforma en la ideología de quienes detentan el poder social o político. Ha escrito también en este sentido Robert Spaemann, que la dignidad del hombre:

Se fundamenta en el carácter personal del hombre. Pero la inviolabilidad de la persona depende de que a ningún [o grupo de hombres; CIMC] le corresponda juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad. Los derechos humanos dependen del hecho de que nadie tiene la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder. Esto significa que se fundamentan en el carácter de persona de todo ser humano y que deben reconocerse a todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea ilícito añadir cualquier criterio adicional. [Y concluye que] si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara al juicio de la mayoría [o de los científicos, los legisladores, etc.; CIMC], habríamos de definir en virtud de qué propiedades se posee dignidad humana y se pueden exigir los derechos correspondientes. Pero esto sería suprimir absolutamente la idea misma de derechos humanos.⁴²⁰

⁴²⁰ Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989, pp. 50 y 109.

V. UN DERECHO ABSOLUTO

La segunda de las cuestiones a dilucidar acerca del derecho a la inviolabilidad de la vida es la de saber si reviste carácter absoluto o inexcusable, o bien se trata de un derecho relativo o *prima facie*. La cuestión se plantea porque existe toda una serie de autores que reconocen un cierto derecho a la vida a todo ser humano concebido, pero lo consideran como un mero derecho *prima facie*, es decir, superable o excusable cada vez que consideraciones de utilidad, de interés o de bienestar se opongan a su vigencia. La noción de derechos *prima facie* es la traslación —no demasiado correcta por otra parte— de la noción de deberes *prima facie*, difundida por sir David Ross en la década de los treinta; para Ross, un deber es *prima facie* cuando alguna conducta es debida en ciertos aspectos pero no en otros, lo que ocurre —según él— prácticamente en todos los casos de obligación moral; para que una conducta sea obligatoria —sostiene Ross— es necesario que su obligatoriedad *prima facie* prepondere sobre la no-obligatoriedad *prima facie* de esa misma conducta.⁴²¹

De un modo similar, toda una serie de pensadores de origen anglosajón, sobre todo pertenecientes a la escuela utilitarista,⁴²² sostienen que los derechos humanos, o derechos morales, como ellos prefieren llamarlos, son sólo derechos *prima facie*, es decir, que pueden ser derogados, superados o suspendidos en el caso de que su respeto acarree consecuencias dañosas para el deudor o para la sociedad en general.⁴²³ Y en lo que respecta al derecho a

⁴²¹ Véase Ross, D., *Foundations of Ethics*, Oxford University Press, 1939, cap. IV.

⁴²² Sobre los derechos desde la perspectiva utilitarista, véase Lyons, D., *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1994; varios autores, *Utility & Rights*, ed. de R. G. Frey, Oxford, Basil Blackwell, 1985, y Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 47-81.

⁴²³ Véase Scanlon, T. M., “Rights, Goals and Fairness”, en varios autores, *Theories of Rights*, *cit.*, pp. 137-152; asimismo, véase Lyons, D., “Utility and Rights”, *idem*, pp. 110-136.

la inviolabilidad de la vida, varios de esos autores sostienen que si bien es preciso reconocer en principio ese derecho a los concebidos no nacidos, a los retrasados mentales profundos, a los ancianos y a los enfermos terminales, ese derecho puede ser dejado de lado cuando existan circunstancias que hagan difícil o gravoso su cumplimiento. En este sentido, Judith Jarvis Thompson acepta que puede reconocerse derecho a la vida al concebido, pero sostiene que, no obstante, existen casos: *v. gr.* cuando el embarazo es producto de una violación, en los cuales ese derecho desaparece.⁴²⁴ En un sentido similar, Mary Ann Warren defiende la necesidad de otorgar al feto humano un cierto estatus moral y, por lo tanto, un cierto derecho a no ser muerto, pero que este derecho debe ceder ante el igual o más fuerte de la madre de “desembarazarse” de su hijo.⁴²⁵ Finalmente, Martín Farrell afirma que el no nacido, sobre todo después del primer trimestre de vida, tiene un cierto derecho *prima facie* a no ser muerto, derecho que puede ser desplazado por consideraciones de utilidad, salvo que exista una clara alternativa que permita respetar ese derecho, respetando al mismo tiempo las razones de utilidad.⁴²⁶

El primer problema que se plantea a estas opiniones es que la noción de “derecho *prima facie*” es intrínsecamente contradictoria; efectivamente, un “derecho” cuyo cumplimiento queda librado a que el obligado no tenga grandes —o no tan grandes— inconvenientes para realizar la prestación que es su objeto, no

⁴²⁴ Jarvis Thompson, J., “A Defense of Abortion”, en varios autores, *The Rights and Wrongs of Abortion*, Princeton-Londres, Princeton University Press, 1974, pp. 11 y ss. Sobre este artículo, véase la réplica de J. Finnis en “The Rights and Wrongs of Abortion”, *Philosophy & Public Affairs*, Princeton, 2, núm. 2, 1973.

⁴²⁵ Warren, M. A., “El aborto”, en Singer, Peter (dir.), *Compendio de ética*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 417-431.

⁴²⁶ Farrell, M. D., *La ética del aborto y de la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pp. 61 y *passim*. Pero no sólo los “liberales” consideran al derecho a la inviolabilidad de la vida del no nacido como relegable, sino también algunos “comunitaristas”; véase, *v. gr.*, Bellah, R. *et al.*, *The Good Society*, Nueva York, Vintage Books, 1992, pp. 124-130.

puede ser llamado propiamente “derecho”, sino que se reduce más bien a una mera pretensión, o súplica, o ruego. Correlativamente, es poco posible que el sujeto pasivo de un derecho se considere realmente “obligado” a cumplirlo, si sabe que está autorizado a no hacerlo si le resulta inútil, gravoso o molesto su cumplimiento. Nadie puede “tomar en serio”⁴²⁷ un derecho que está sujeto a la condición suspensiva de que el deudor pueda no cumplirlo por razones de utilidad o de comodidad.

Como consecuencia, y especialmente en un caso como el que estamos estudiando, no existirá propiamente “derecho” alguno, ya que todo derecho supone indefectiblemente la necesidad deóntica del cumplimiento de su objeto, y si esta necesidad no existe, tampoco existirá estrictamente ese derecho. Puede suceder, esto es notorio, que la puesta en la existencia de un derecho esté sujeta a condiciones: *v. gr.* el derecho a la educación supone una capacidad mínima de aprendizaje en el educando. Pero una vez que las condiciones necesarias para su existencia se han cumplido, el derecho se tiene absolutamente en cuanto tal derecho, es decir, como exigencia inexcusable e inexcusable, que se distingue claramente de las meras súplicas, ruegos o pretensiones, las que se dirigen más bien a la simple liberalidad o benevolencia de sus destinatarios.⁴²⁸

Del mismo modo, el derecho a la inviolabilidad de la vida se tiene o no se tiene: si el sujeto es un ser humano-persona, y no se dan ninguna de las causales eximentes de responsabilidad, *v. gr.* la agresión injusta del sujeto y la consiguiente legítima defensa del agredido, ese sujeto tiene el título completo que funda la existencia de su derecho a la inviolabilidad de la vida. Dicho de otro modo, el derecho a la inviolabilidad de la vida no admite grados, no puede tenerse un poco, o más o menos, o mucho, y por lo tanto no puede nunca ser dejado de lado o sobrepasado

⁴²⁷ Véase Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge-Masachussetts, Harvard University Press, 1982.

⁴²⁸ Véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 77 y ss.

por consideraciones de utilidad o conveniencia, por importantes que estas aparezcan. De lo contrario, no estaríamos en presencia propiamente de derechos, sino de meros “edictos de tolerancia revocables”,⁴²⁹ con lo que quedarían sin sentido todas las declaraciones de derechos y los seres humanos más vulnerables quedarán sujetos a la posibilidad, moralmente aceptable, de ser eliminados no bien su desaparición se presente como útil o conveniente.

VI. EL DERECHO A LA VIDA EN LA SISTEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Finalmente, queda por analizar, aunque sea de modo esquemático, la tercera de las cuestiones que se plantearon respecto al derecho a la inviolabilidad de la vida, que es la de su ubicación en el contexto sistemático de los derechos humanos. A ese fin, es preciso agregar a lo afirmado en el párrafo precedente, que los llamados derechos humanos no sólo son absolutos por las mismas razones por las que son todos los derechos, sino que, además, lo son por una razón todavía más radical: porque se trata de exigencias basadas en principios morales absolutos, es decir, in-excepcionables, es decir, que valen siempre y para siempre;⁴³⁰ “los absolutos morales ahora en discusión —ha escrito John Finnis— identifican acciones incorrectas, no acciones correctas; son normas negativas que resultan válidas siempre y en toda ocasión”.⁴³¹ Estos princi-

⁴²⁹ Spaemann, R., *Lo natural...*, cit., p. 90.

⁴³⁰ La bibliografía sobre los absolutos morales es sumamente amplia, por lo que se mencionarán sólo algunos trabajos que aparecen como fundamentales, v. gr., Grisez, G. y Shaw, R., *Beyond the New Morality. The Responsibilities of Freedom*, Notre Dame-Indiana, Notre Dame University Press, 1988; Pinkaers, S., *Ce qu'on ne peut jamais faire*, Friburgo, Éditions Universitaires de Fribourg, 1986; Composta, D., *La nuova morale e i suoi problemi*, Ciudad del Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 1990.

⁴³¹ Finnis, J., *Absolutos morales*, Barcelona, EIUNSA, 1992, p. 33.

pios morales absolutos son aquellos cuya violación o infracción impiden de modo decisivo la realización de un bien humano básico o principal, tales como la vida, el conocimiento o la amistad; y es casualmente por este carácter decisivo del impedimento y por la principalidad del bien desconocido o atacado, por lo que son principios-normas que valen sin excepción, es decir, de un modo absoluto.⁴³²

Esta fundamentación en principios éticos absolutos es propia de todos y cada uno de los derechos humanos; en efecto, todos ellos se ordenan a salvaguardar un bien humano básico y su violación impide siempre de modo decisivo la realización de ese bien; así, por ejemplo, la mentira de un testigo ante un tribunal impide de modo crucial el acceso al bien básico del conocimiento de la verdad y la difamación obstaculiza gravemente la realización del bien principal de la amistad. Ahora bien, respecto de estos bienes —y de los correspondientes derechos— ha escrito Finnis que

En primer lugar, cada uno es del mismo modo una forma auto-evidente del bien. En segundo lugar, ninguno puede ser reducido analíticamente a un mero aspecto de alguno de los otros, o a un mero instrumento para la prosecución de alguno de ellos. En tercer lugar, cada uno, cuando concentramos la atención en él, aparece razonablemente como el más importante. Por ello, no existe entre ellos una jerarquía objetiva... Cada uno es fundamental; ninguno es más fundamental que cualquiera de los otros, porque cada uno puede ser centralizado y, en ese caso, reclama la prioridad de valor. De aquí que no exista prioridad objetiva de valor entre ellos.⁴³³

⁴³² Véase Massini Correas, C. I., “La normatividad de la naturaleza y los absolutos morales”, *Sapientia*, Buenos Aires, núm. 195-196, 1995, pp. 99-105.

⁴³³ Finnis, J., *Natural Law...*, *cit.*, pp. 92 y 93. Esta afirmación ha sido cuestionada por numerosos autores; entre los argentinos, véase Soaje Ramos, G., “Nota crítica a NLNR”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 10/11, 1983, p. 369.

Ahora bien, ¿es correcto que no pueda establecerse jerarquía alguna de valor entre estos bienes y, por lo tanto, entre los correspondientes derechos? Varios autores han objetado esta posición de Finnis, entre los que cabe mencionar a Russell Hittinger y Garth Hallett,⁴³⁴ pero parecería que ninguno de ellos ha dado en el blanco con sus críticas. En rigor, es cierto que no pueden establecerse *a priori* jerarquías objetivas entre los bienes y derechos humanos, pero con una importante excepción: el derecho a la inviolabilidad de la vida. Es decir, puede sostenerse la imposibilidad de establecer un orden de prelación entre los derechos, pero siempre que se excluya de esta afirmación al derecho a la inviolabilidad de la vida, el que se encuentra en un rango especial al del resto de los derechos. Pero ¿cuáles son los fundamentos de esta excepción? Estos pueden reducirse fundamentalmente a dos: uno de carácter teórico y otro de naturaleza práctica.

El de carácter teórico puede resumirse del siguiente modo: los bienes básicos que son el fundamento de los derechos humanos, excepción hecha del derecho a la inviolabilidad de la vida, se refieren a perfecciones humanas que revisten un carácter existencialmente no-autónomo,⁴³⁵ es decir, si utilizamos la terminología tradicional, solamente accidentales. En efecto, dichas perfecciones: el conocimiento, la experiencia estética, la amistad, etcétera, no tienen su existencia en sí sino en un sujeto de inhesión, de carácter existencialmente autónomo, al que cualifican y perfeccionan. Estos accidentes suponen necesariamente para su existencia, la de un sujeto sustancial, según la terminología tradicional, que alcanza su perfección por medio de esas determinaciones accidentales y que las sostiene en la existencia.

⁴³⁴ Véase Hittinger, R., “The Recovery of Natural Law and the Common Morality”, *This World*, núm. 18, 1987, p. 69 y Hallett, G., “The «Incommensurability» of Values”, *The Heythrop Journal*, núm. 28, 1987, pp. 376-381. Para la crítica de estas posiciones, véase Gahl, R., *op. cit.*, pp. 146-150.

⁴³⁵ Véase Kalinowski, G., *L'impossible métaphysique*, París, Beauchesne, 1981, pp. 145 y ss.

Por el contrario, el valor básico de la vida hace referencia directa al modo de existir propio de los entes humanos, que es existencialmente autónomo o sustancial. La persona es, según la clásica definición de Boecio, “sustancia individuada de naturaleza racional”,⁴³⁶ poniendo en evidencia el carácter de sustancia que les compete ante todo a los seres racionales, especialmente al hombre. Este es, por lo tanto, y en primer lugar, “sustancia viviente”, es decir, un ente existencialmente autónomo que existe como ser vivo, en cuanto participa de la perfección radical de la vida. Y es bien claro que, desde una perspectiva filosófica, la perfección radical y raigal de la sustancia es ontológicamente superior a cualquiera de sus determinaciones accidentales, ya que existe en sí autónomamente, sin depender existencialmente de otra realidad.

Por ello, desde un punto de vista estrictamente especulativo, la vida aparece como una perfección más básica que aquella que compete a las restantes perfecciones humanas accidentales. Pero a esto podría objetarse que, en una consideración estrictamente práctica, lo que interesa es la línea de las perfecciones accidentales del sujeto y no la de sus constitutivos existenciales.

El hombre [escribe Casaubon, parafraseando a Tomás de Aquino] como todos los entes vivientes total o parciamente corpóreos, nace con un ser sustancial, pero imperfecto, por lo cual su bien (ontológico) simplemente tal, o sea su perfección ontológica, se halla al término de una evolución que, ontológicamente hablando, es un accidente, un ente accidental. De manera que, aunque ente y bien ontológico sean convertibles, en los entes mencionados el ser sustancial es sólo un bien relativamente tal, mientras que gracias a cierto ser accidental adquirido, llegan a su bien simplemente tal.⁴³⁷

⁴³⁶ Véase, sobre la inteligencia de esta definición, Trigeaud, J. M., *Personne ou la justice au double visage*, Génova, Studio Editoriale di Cultura, 1990, pp. 49 y ss.

⁴³⁷ Casaubon, J. A., “Estudio crítico sobre lógica del ser y lógica del deber ser en la Teoría Ecológica”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 2-3, 1975, p. 51. Véase,

Con esto pareciera que la perfección primera o sustancial del ente fuera, en línea de consideración práctica, menos valiosa que las perfecciones adventicias, en la posesión de las cuales consiste propiamente la perfección, completitud o “floreamiento” del ente.

Pero no obstante lo afirmado, es preciso recordar que, como lo ha sostenido con precisión De Raeymaker, “la bondad sustancial es la fuente de las operaciones accidentales por las cuales el ente particular llega a desarrollarse implicando a las demás realidades en su evolución. Cuanto más perfecto es el ente sustancial, más vasto es su campo de actividad”.⁴³⁸ Dicho de otro modo, la amplitud y la posibilidad de desarrollo de las perfecciones humanas depende raigalmente del modo de la existencia sustancial del hombre, es decir, de la vida humana. Sin vida humana, y por ende racional, no hay posibilidad de conocimiento, de amistad, de experiencia estética, de vida religiosa, y así sucesivamente. Por ello, si bien la perfección que provee al sujeto es menos desarrollada, es no obstante más básica, sobre todo si tomamos la expresión “básica” en el sentido de fundamento radical o de raíz constitutiva.

Pero, además, si se coloca la argumentación en una línea estrictamente práctica de consideración, resulta evidente que la vida tiene un carácter especial en cuanto bien humano básico, ya que reviste una definitividad y una decisividad que no corresponde a los restantes bienes. Efectivamente, un atentado *v. gr.* contra el bien básico del conocimiento, implica una falta moral grave y la violación de un derecho humano, pero, en la gran mayoría de los casos, ese atentado no impide de modo definitivo todo conocimiento humano: permanecen los conocimientos anteriores y podrán adquirirse ulteriormente otros. En cambio, en el caso de los atentados a la inviolabilidad de la vida, cada atentado —si resulta “exitoso”, se entiende— cercena de modo decisivo y definitivo todas las posibilidades humanas de perfeccionamiento. Puede

también, Massini Correas, C. I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 199-222.

⁴³⁸ Raeymaker, L. de, *Filosofía del Ser*, Madrid, Gredos, 1968, p. 244.

decirse que el atentado a la vida lo es, al mismo tiempo, contra todo el resto de los bienes humanos básicos, ya que su ausencia impide la posibilidad misma de su concreción. Por lo tanto, si el criterio para determinar el carácter básico de los bienes radica en la realización humana, es claro que la condición primera y más básica para esa realización es la permanencia en la vida —o la intangibilidad de la vida— del sujeto de esa realización. De este modo, es posible hablar de la vida como de un bien más básico que el resto, como del bien central a cuyo alrededor se organizan los restantes bienes humanos básicos.

Como consecuencia, corresponde considerar al derecho humano a la inviolabilidad de la vida como más fundamental que el resto,⁴³⁹ ya que su violación supone necesariamente la violación indirecta de todos los derechos humanos. “Para ser titular de un derecho —escribe Herrera Jaramillo— primero hay que ser, por eso el más fundamental de los derechos es el derecho a la vida, manifestación de la auto-posesión que la persona tiene sobre sí. Si no se tiene el derecho a ser, no hay posibilidad de tener ningún otro derecho”.⁴⁴⁰ Por lo tanto, y parafraseando a Hannah Arendt,⁴⁴¹ es posible sostener que la categoría central de lo ético-jurídico es la categoría de la vida, o de la “vitalidad”; esto se evidencia, entre otras razones, por el hecho de que la primera de las inclinaciones naturales es la que se ordena a la supervivencia, tal como lo sostiene Tomás de Aquino cuando estudia el orden de los preceptos de la ley natural.⁴⁴²

⁴³⁹ Véase Massini Correas, C. I., “Los derechos humanos y la constitución reformada”, en Sarmiento García, J. (ed.), *La reforma constitucional interpretada*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 86 y ss.

⁴⁴⁰ Herrera Jaramillo, F. J., *El derecho a la vida y el aborto*, Pamplona, EUNSA, 1984, p. 133.

⁴⁴¹ Arendt, H., *The Human Condition*, Nueva York, The University of Chicago Press, 1958. Allí Arendt, sostiene que la categoría más importante del pensamiento político es la de la natalidad, así como que el hombre no es un “ser para la muerte”, sino antes bien un “ser para la vida”.

⁴⁴² Véase Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2. Sobre el derecho a la inviolabilidad de la vida en Tomás de Aquino, véase Kalinowski, G.,

VII. EL MENOSPRECIO DE LA VIDA

Luego de todo lo expuesto acerca de la centralidad de la vida como bien humano básico y del carácter fundamentalísimo del derecho a su inviolabilidad en la sistemática de los derechos humanos, se hace necesario dar una respuesta, aunque sea somera, a una cuestión dramáticamente vigente en la vida social contemporánea: la que plantea el cada vez más difundido menosprecio de la vida humana, tanto en las ideas como en las praxis concretas de los hombres de nuestro tiempo. Los síntomas de este fenómeno son múltiples y abarcan una gran cantidad de dimensiones de la vida humana: en el ámbito jurídico, la despenalización progresiva del aborto; en el del pensamiento ecológico, un anti-humanismo que propone la supresión masiva de vidas humanas para mejor preservar el entorno natural; en el de las políticas sociales, un anti-natalismo militante y agresivo; en el del pensamiento moral, una progresiva pérdida de absolutidad del derecho a la inviolabilidad de la vida, transformado en derecho *prima facie* o relativo; también en el campo ético-jurídico, la despenalización, y la consiguiente autorización jurídica de la eutanasia; también en el campo ético, la difusión a nivel mundial de las más diversas formas de manipulación genética y, más radicalmente, en el pensamiento filosófico, un anti-humanismo cada vez más extendido que llega hasta la negación, explícita o implícita, del sujeto humano y, consecuentemente, de los derechos humanos,⁴⁴³ y especialmente del derecho a la inviolabilidad de la vida.

Frente a este inquietante conjunto de fenómenos, es necesario preguntarse, en sede filosófica, por sus causas fundamentales o más relevantes, para que sea posible luego efectuar un diagnós-

“Le droit à la vie chez Thomas d’ Aquin”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, t. 30, 1985, pp. 316-330.

⁴⁴³ Véase Renaut, A. y Sosoe, L., *Philosophie du Droit*, París, PUF, 1991, pp. 43 y ss., donde se analiza y critica el pensamiento de Michel Foucault y sus discípulos sobre el tema que nos interesa.

tico preciso de nuestra situación contemporánea y de las perspectivas posibles de su futuro. La cuestión no es sencilla, toda vez que se han intentado diversas explicaciones de este fenómeno, la más difundida de las cuales coloca los orígenes del anti-humanismo actual en la crisis del pensamiento de la modernidad, centrado sobre el sujeto humano y sus creaciones.⁴⁴⁴ En lo que sigue, se va a ensayar brevemente un esquema de interpretación de este proceso de des-dignificación de la persona humana, que ha conducido a considerarla como un mero centro de imputación normativa, un núcleo de atribución de cierto tipo de predicaciones, una creación de estructuras objetivas de discurso, un simple conjunto de fenómenos empíricos ocasionalmente vinculados, un “ser genérico” integralmente determinado por la evolución de las estructuras económicas, o bien una mera creación de la historia sin sustrato esencial alguno.⁴⁴⁵

Sin proponer aquí, por evidentes razones de espacio, una explicación del origen histórico de este fenómeno, se adherirá a la siguiente hipótesis interpretativa, defendida por muy notables pensadores de nuestro tiempo: la razón fundamental del proceso de des-dignificación, desvalorización o, en frase de Lewis, de “abolición” del hombre, radica en la ruptura, cada vez más radical, de cualquier referencia a un Ser absoluto y trascendente, fuente raigal, por vía de participación, de la dignidad que compete a todo ser humano. En este sentido, Robert Spaemann ha escrito que

⁴⁴⁴ La bibliografía sobre la crisis de la modernidad es de una amplitud notable; cabe destacar, no obstante, que mucho antes de que el tema se pusiera de moda en los círculos intelectuales, Romano Guardini había escrito un libro relevante sobre el tema: *El fin de los tiempos modernos*, Buenos Aires, Sur, 1973 (la primera edición alemana de este texto es de 1949); por otra parte, entre lo mejor que se ha escrito sobre este tópico está el libro de Innerarity, D., *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Rialp, 1990.

⁴⁴⁵ Sobre todas estas teorías, véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho*, cit., pp. 91 y ss.

La idea de la dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su individualidad en una ontología metafísica, es decir, en una filosofía de lo absoluto... La presencia de la idea de lo absoluto en una sociedad es una condición necesaria —aunque no suficiente— para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo absoluto que es el hombre.⁴⁴⁶

En otros lugares se ha mostrado con cierta extensión cómo el inmanentismo ético-jurídico, con su necesaria negación de todo absoluto noética u ontológicamente trascendente, supone inexorablemente la negación de todo derecho humano inexcusable, ya que un derecho de esa naturaleza, es decir, absoluto e inexcusable, supone necesariamente un fundamento también absoluto, es decir, sin límite ni restricción. Pero como el hombre no es el absoluto —todos tenemos esa experiencia— ni tampoco aparece ese absoluto en el “mundo sublunar”, como gustaba llamarlo Aristóteles, es evidente que un fundamento de esa índole ha de ser buscado mas allá, *transcendens* el universo, es decir, más allá de la contingencia y relatividad del mundo material y humano.⁴⁴⁷

Otro tanto ocurre con la dignidad del hombre, fundamento formal de los derechos humanos y, en primer lugar, del derecho a la inviolabilidad de la vida. Esa dignidad o preeminencia por sobre el resto del universo le viene dada al hombre por su especial y eminente modo de participación en el Ser absoluto; él es, como sostiene Battista Mondin, un “absoluto participado”,⁴⁴⁸ el más perfecto de los entes que no son el Ser, sino que lo tienen participado en un modo de ser o esencia que los acota y limita, pero que les marca al mismo tiempo las líneas fundamentales de su perfeccionamiento. La dignidad de la persona humana no es, por lo tanto, sino un modo egregio de participación en la emi-

⁴⁴⁶ Spaemann, R., *Lo natural...*, cit., pp. 122 y 123.

⁴⁴⁷ Véase, entre otros trabajos, Massini-Correas, C. I., “Diritti umani «deboli» e diritti umani «assoluti»”, *Quaderni di Iustitia*, Roma, núm. 40, 1991, pp. 137-157.

⁴⁴⁸ Véase Mondin, B., *Il valore uomo*, Roma, Dino Editore, 1983, p. 181.

nente dignidad de la persona absoluta; cualquier otra pretensión de fundamentar la dignidad del hombre ha de girar en el vacío y no alcanzará a justificar propiamente nada. En efecto, una dignidad que el hombre, o un conjunto de hombres, se dieran a sí mismos, no merecería el respeto incondicionado de otros hombres que pudieran quitársela, no podría garantizar un reconocimiento universal y menos aún constreñir deónticamente a los otros a respetarla absolutamente.⁴⁴⁹

Ha escrito a este respecto Leszek Kolakowski, que

Hegel decía que el hombre sólo puede respetarse a sí mismo si tiene conciencia de un ser superior, mientras que la promoción del hombre por él mismo a la posición más elevada entraña una falta de respeto de sí... La ausencia de Dios [concluye Kolakowski] cuando se sostiene consecuentemente y se analiza por completo, significa la ruina del hombre, en el sentido de que demuele, o priva de significado, todo lo que nos hemos habituado a considerar como la esencia del hombre: la búsqueda de la verdad, la distinción entre el bien y el mal, la exigencia de dignidad...⁴⁵⁰

Y demuele también —corresponde agregar— el derecho a la inviolabilidad de la vida, ya que la existencia de un ente desprovisto de una dignidad garantizada por un Ser que trascienda todo cuestionamiento humano, no puede plantear una exigencia de respeto e inviolabilidad que genere un deber deónticamente absoluto en los demás sujetos. Mal que les pese a muchos de nuestros contemporáneos, Dios es el único garante seguro de los derechos humanos y de la dignidad que los fundamenta, por lo que el oscurecimiento del Absoluto trascendente en el horizonte humano no puede sino conducir al menosprecio del hombre y a la fragilidad de sus derechos. El derecho a la inviolabilidad de la vida es papel mojado cuando la disposición de la existencia hu-

⁴⁴⁹ Véase, también, Fabro, C., *Drama del hombre y misterio de Dios*, Madrid, Rialp, 1977, pp. 747 y 748.

⁴⁵⁰ Kolakowski, L., *Si Dios no existe...*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 214.

mana ha sido quitada a Dios y puesta en las peligrosas manos de la tecnociencia, la opinión pública o los detentadores del poder.

Por otra parte, es preciso recalcar que esta potestad asumida por ciertos hombres de decidir acerca de quiénes han de continuar con vida y quiénes no, significa lisa y llanamente la abolición de los principios sobre los que se levanta el estado democrático de derecho contemporáneo; efectivamente, los dos principios centrales sobre los que gira la democracia en su versión actual son: 1) la participación de todos los ciudadanos en el ejercicio del gobierno y 2) la vigencia de los derechos humanos.⁴⁵¹ Ambos principios resultan anulados no bien se acepta el criterio de que no todos los seres humanos tienen el derecho a la vida, sino sólo algunos de entre ellos, ya que entonces no todos tienen el derecho a participar de las decisiones públicas y los derechos humanos dejan de ser “humanos”, es decir, correspondientes a todo ente humano, para pasar a ser privilegios de los adultos sanos y mejor dotados.

En este sentido, ha escrito el filósofo belga Michel Schooyans, que

A partir del momento en que el estado [o ciertas corporaciones; CIMC] se reservan el derecho de decidir, por medio de sus órganos institucionales, cuál ente humano tiene el derecho a la protección y al respeto y cuál otro no tiene ese derecho, ese estado cesa de ser democrático, ya que niega la razón fundamental por la que ha sido instaurado: la defensa del derecho de todo ente humano a la vida. Y el poder del estado se transforma en arbitrario, desde que autoriza a ciertos ciudadanos a ejecutar impunemente a sus semejantes, sin haber ofrecido o permitido a las víctimas la posibilidad de ser escuchados.⁴⁵²

⁴⁵¹ Véase De Tocqueville, A., *Inéditos sobre la Revolución*, ed. de Dalmacio Negro, Madrid, Dosat, 1980, pp. 185 y 186.

⁴⁵² Schooyans, M., *Maîtrise de la vie, domination de hommes*, Namur-París, 1986, p. 19.

Por lo tanto, proclamarse ferviente democrático y proponer al mismo tiempo la exclusión de un sector de entes humanos de la titularidad del derecho a la inviolabilidad de la vida, resulta evidentemente autocontradictorio, ya que ambas afirmaciones no pueden ser sostenidas al mismo tiempo, al menos mientras tengan vigencia en este mundo las leyes de la lógica.

VIII. CONCLUSIONES

Luego de los desarrollos efectuados, corresponde ser especialmente breves a la hora de extraer las necesarias conclusiones; ellas pueden resumirse en los siguientes puntos:

- 1) El derecho a la vida, designado más precisamente como derecho a la inviolabilidad de la vida, tiene su fundamento en el bien humano básico de la existencia viviente, que es la condición necesaria, aunque no suficiente, para la realización del resto de los bienes humanos y, por consiguiente, de la completa perfección humana.
- 2) Este derecho corresponde a todo ente que pertenece a la especie *homo sapiens* y durante toda la duración natural de su vida, es decir, desde la concepción hasta la muerte natural; por lo tanto, la distinción entre ser —o ente— humano y persona carece de justificación racional y supone un radical desconocimiento del carácter óntico —no meramente fenoménico— de la personidad del hombre.
- 3) El derecho a la inviolabilidad de la vida es un derecho absoluto, en el sentido de que es inexcusable y vale para todos los hombres, desde siempre y para siempre; la noción del derecho a la inviolabilidad de la vida como mero derecho *prima facie* no sólo es irrazonable, sino que convierte a ese derecho en un mero “edicto de tolerancia revocable”, sujeto a la voluntad de quien detente ocasionalmente el poder social o político.

- 4) Ese derecho tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano que es, al menos en un cierto sentido, más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que in-jieren las restantes perfecciones humanas, existencialmente no autónomas.
- 5) Todas las afirmaciones precedentes se oponen frontalmente al decidido anti-humanismo, con el consiguiente menosprecio de la vida humana, que caracteriza a una buena parte del pensamiento actual. Este anti-humanismo no es sino una necesaria consecuencia del inmanentismo y anti-trascendentismo del pensamiento tardo-moderno y posmoderno, que niegan la posibilidad de acceder al conocimiento de la realidad en sí y, por lo tanto, al del absoluto que la fundamenta. “La filosofía —ha escrito André Frossard— ha roto con la realidad para no oír-la hablar de Dios”.⁴⁵³ Pero este anti-humanismo tiene como consecuencia necesaria, y así debería ser asumido por quienes lo propugnan, la difuminación de los derechos humanos, la negación de la democracia política y, en definitiva, la “abolición del hombre”, prevista hace ya más de cincuenta años por C. S. Lewis.⁴⁵⁴
- 6) Finalmente, cabe responder a una pregunta que surgirá inevitablemente entre los oyentes: ¿qué tiene que ver todo esto con la encíclica *Evangelium Vitae*? En realidad, se trata sólo de un ensayo de fundar racionalmente y de explicitar lo que el pontífice ha querido significar cuando defiende en esa carta la existencia “de algunos derechos fundamentales, que pertenecen originariamente a la persona y que toda ley

⁴⁵³ Frossard, A., *Il y a un autre monde*, París, Fayard, 1973, p. 116.

⁴⁵⁴ Lewis, C. S., *The Abolition of Man*, Londres, Harper-Collins, 1978.

positiva debe reconocer y garantizar. Entre ellos —concluye Juan Pablo— el primero y fundamental es el derecho inviolable de cada ser humano inocente a la vida”.⁴⁵⁵ Y este ensayo no es sino un intento de cumplir con la tarea que el papa encomienda a los intelectuales, cuando les encarga “poner de relieve las razones antropológicas que fundamentan y sostienen el respeto de cada vida humana”.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ *Evangelium Vitae*, III, 71.

⁴⁵⁶ *Evangelium Vitae*, IV, 82.

CAPÍTULO NOVENO

EL EMBRIÓN HUMANO Y LA CUESTIÓN DE LA PERSONEIDAD

I. LA CUESTIÓN A RESOLVER

El tratamiento de la cuestión del estatuto entitativo del embrión humano y de su vinculación —o no— con la respuesta a ciertas cuestiones éticas como el aborto, la manipulación de embriones, la experimentación con células estaminales, y otros semejantes,⁴⁵⁷ está caracterizada en nuestros días en una nota central: en la inmensa mayoría de los casos, la posición que se adopta respecto a esas cuestiones depende constitutivamente de una actitud asumida previamente —y por razones que muchas veces no se confiesan de modo explícito— acerca del sentido de las soluciones a adoptarse en esas cuestiones práctico-morales. Dicho de otro modo, ya adoptada una solución determinada a esas cuestiones éticas centrales, se procura encontrar alguna explicación ontológica, antropológica, ética o epistemológica que dé cuenta y justifique racionalmente esa solución. Y esto queda en evidencia principalmente en razón de que, en la gran mayoría de los casos, las propuestas formuladas no son el resultado de una extensa y rigurosa investigación sobre el tema, sino que los argumentos aparecen claramente armados a los efectos de justificar alguna de las vías de solución más habituales.

⁴⁵⁷ Sobre esta problemática, véase MacKinnon, B., *Ethics. Theory and Contemporary Issues*, Stanford-USA, Wadsworth-Thomson Learning, 2001, pp. 163 y ss., y Zambrano, P. y Sacristán, E., “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 134, 2012, pp. 715-759.

Siendo así las cosas, al menos en la gran mayoría de los casos, resulta muy difícil exigir a los que participan en estos debates una objetividad absoluta en los puntos de partida, objetividad que —por otra parte— resulta imposible de alcanzar aún en los ámbitos del conocimiento menos comprometidos éticamente. Pero lo que en todos los casos sí resulta posible —y necesario— exigir a los participantes en un debate intelectual al menos la aceptación de los datos obvios, la coherencia lógica entre las diferentes afirmaciones, y la aceptación de las consecuencias necesarias de las cuestiones asumidas. Con este convencimiento, y siguiendo esos parámetros, en lo que sigue se discutirán las afirmaciones defendidas sobre la cuestión del estatuto entitativo del embrión y de la solución ética a la cuestión de la legitimidad del aborto provocado, en un trabajo del jurista y pensador italiano Luigi Ferrajoli. Este autor es uno de los más difundidos defensores de lo que puede denominarse el bioderecho “liberal”, y por lo tanto tiene una posición decisivamente tomada en favor de la eticidad del aborto, a través de una argumentación en la que sugiere constantemente —y muchas veces afirma expresamente— que la posición contraria tiene raíces meramente dogmáticas y no racionales.⁴⁵⁸ En lo que sigue, se expondrán brevemente sus argumentos principales, para pasar después a una discusión sucinta de estas afirmaciones.

II. LOS ARGUMENTOS CENTRALES DE LUIGI FERRAJOLI

Como ya se insinuó más arriba, la posición de Ferrajoli en todas estas cuestiones parte siempre de una premisa asumida *a priori* como inconcusa: que todas las afirmaciones de la Iglesia católica son inexorablemente erróneas. Por ello comienza su argumentación presentando esa posición del siguiente modo:

⁴⁵⁸ Ferrajoli, L., “La cuestión del embrión entre el derecho y la moral”, *Democracia y garantismo*, ed. de M. Carbonell, trad. de P. A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 2008, pp. 153-172 (en adelante EDM).

La primera posición es la de la confusión, o sea, de la recíproca implicación entre cuestiones jurídicas y correspondientes cuestiones morales... Es la posición expresada de manera emblemática por la religión católica: si un comportamiento es inmoral debe ser también prohibido por el brazo secular del derecho; si es un pecado, debe ser también tratado como delito.⁴⁵⁹

Ahora bien, es ampliamente sabido que la doctrina de la Iglesia católica es precisamente la contraria, es decir, que las leyes jurídicas no deben castigar todos los vicios, sino sólo los que se oponen directamente al bien común de la sociedad política, tal como lo expuso *in extenso* Tomás de Aquino y lo recoge el *Catecismo de la Iglesia Católica*.⁴⁶⁰ Y esta doctrina es tan clara y conocida que no es posible creer razonablemente que Ferrajoli la ignore completamente, como parece surgir del texto de sus afirmaciones citadas.

Un poco más adelante, el autor italiano desarrolla una doctrina —de clara matriz positivista— acerca de la vinculación entre derecho y valores morales que, afirma, “puede identificarse con un postulado del liberalismo” y que consiste en la afirmación de que “el derecho y el estado no encarnan valores morales”, razón por la cual las únicas conductas que resultan punibles desde esa perspectiva son aquellas que procuren o impliquen una lesión o algún daño directo a un tercero. Pero inmediatamente después —y contradiciendo abiertamente todo lo anterior—, sostiene que el derecho tiene el cometido de “asegurar la paz y la convivencia civil” y que “su único deber es garantizar la igualdad, la seguridad y los mínimos vitales”,⁴⁶¹ todos ellos objetivos de innegable valor ético y que en su mayoría no suponen un daño directo a terceros.

⁴⁵⁹ EDM, pp. 153 y 154.

⁴⁶⁰ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 2 y 3. *Catecismo de la Iglesia Católica*, núm. 1931.

⁴⁶¹ EDM, p. 154.

Ahora bien, entrando ya a la cuestión del embrión humano, el autor italiano afirma que las cuestiones referidas a la condena moral y a la punición jurídica del aborto (así como a las cuestiones de la fecundación asistida y la clonación o manipulación de embriones, que asimila aquí a la del aborto) suelen identificarse:

Con la de la naturaleza del embrión: si éste es o no una *persona*, como entiende la Iglesia Católica... En efecto, el principal argumento de las posiciones antiabortistas es que el aborto es un homicidio, al ser el feto una *persona*. Ahora bien —continúa— esta tesis, como también su negación, es sólo en apariencia una aserción. Habitualmente tiene apoyo en la observación, cada vez más precisa y documentada, de la vitalidad del embrión como forma de vida inicial de la persona. Pero la tesis de la vitalidad del embrión, empíricamente verdadera, no equivale ni permite deducir la de que el embrión es una persona. Podemos saber... exactamente todo sobre las características empíricas del embrión... Pero esto no impide que... deducir la prohibición del aborto de la tesis de que la vida precede al nacimiento sea un *non sequitur*, es decir, una implicación indebida en cuanto viciada de la falacia naturalista. En efecto —concluye— una deducción similar supone, subrepticamente, la tesis moral de la calidad de *persona* del feto: que no es una aserción, sino una prescripción; no es un juicio de hecho, sino un juicio de valor, y como tal ni verdadero ni falso sino confiado a la valoración moral y a la libertad de conciencia de cada uno.⁴⁶²

Y un poco más adelante precisa y desarrolla esta argumentación, afirmando que “las tesis que afirman y las que niegan que el embrión es una persona no son ni verdaderas ni falsas... al ser «persona» un término del lenguaje *moral* y la calificación de algo como «persona» un juicio moral que, por la ley de Hume, no puede ser deducido de un juicio de hecho”.⁴⁶³ Y en este punto agrega que este tipo de proposiciones *morales*, si bien no son ver-

⁴⁶² EDM, p. 156.

⁴⁶³ EDM, pp. 156 y 157

daderas ni falsas, pueden algunas de ellas ser “más razonables” que otras y resultar “incompatibles” entre sí.⁴⁶⁴ Siendo así las cosas, queda por ver cuál es el papel que juega el derecho en esta determinación de algo como persona, ya que los hechos no pueden contar para nada. “Lo que el derecho puede hacer —escribe Ferrajoli—... es sólo establecer una convención que, respetando el pluralismo moral..., defina los presupuestos en presencia de los cuales la cuestión deja de ser solamente moral”,⁴⁶⁵ y pone como ejemplo de esto a la ley italiana de 1978 que establece el plazo de tres meses desde la concepción para la realización lícita del aborto.

Pero también en el ámbito moral tienen su lugar las convenciones referidas al estatuto del embrión humano; a ese respecto el jurista italiano sostiene que

Sólo hay una convención que haga compatible la tutela del feto y, en general, del embrión en cuanto persona potencial, y la tutela de la mujer que, precisamente porque es persona, conforme a la segunda máxima de la moral kantiana, no puede ser tratada como un medio para fines ajenos. Es la convención según la cual el embrión es merecedor de tutela *si y sólo si* es pensado y querido por la madre como persona.

Y esto a su vez se funda en “la tesis moral de que la decisión sobre la naturaleza de «persona» del embrión debe ser confiada a la autonomía moral de la mujer, en virtud de la naturaleza moral y no simplemente biológica de las condiciones merced a las cuales aquel es «persona»”. Todo esto, continúa, “significa aceptar la tesis moral de que «persona», y como tal merecedor de tutela, es el ser nacido o en todo caso destinado por la madre a nacer”. Es breve: es la madre la que le confiere o no al embrión el “valor de persona”, la que “crea a la persona”. “En suma —concluye— la calidad de «persona» resulta decidida por la madre,

⁴⁶⁴ EDM, p. 159.

⁴⁶⁵ EDM, p. 157.

es decir, por el sujeto que está en condiciones de hacerlo nacer como tal”.⁴⁶⁶

De lo expuesto hasta ahora acerca de las ideas de Luigi Ferrajoli referidas a la “personidad”⁴⁶⁷ del embrión humano y la licitud o ilicitud moral del aborto, es posible concluir que los argumentos centrales esgrimidos en este lugar por el pensador italiano son reducibles a los siguientes: (1) existe una separación completa y radical entre derecho y moral, según la cual las determinaciones jurídicas son meramente convencionales, sin vínculo alguno ni con las valoraciones morales, ni con los datos de hecho; (2) asimismo, se da una desvinculación absoluta entre las proposiciones teórico-descriptivas y las práctico-morales, de modo tal que ningún dato de hecho —así como la proposición que lo describe— puede integrar un razonamiento ético y, a su vez, las proposiciones morales no son susceptibles de verdad o falsedad; (3) en relación con lo anterior, las afirmaciones acerca de la “personidad” o “no-personidad” de un ente no revestirían carácter teórico-descriptivo, sino sólo práctico-moral, y en consecuencia —siempre según Ferrajoli— no puede atribírseles el carácter de verdaderas o de falsas, a pesar de lo cual pueden resultar “incompatibles” entre sí; (4) además, ese carácter de persona no depende de datos o cualidades objetivas de ninguna especie, sino de la mera atribución libre y autónoma de esa condición por la

⁴⁶⁶ EDM, pp. 157-159. En rigor, Kant afirma, en *Grundlegung zur metaphysik der Sitten*, que “los seres racionales están todos bajo la ley de que cada uno de los mismos debe tratarse a sí mismo y a todos los demás *nunca meramente como un medio*, sino siempre *a la vez como fin en sí mismo*” (énfasis en el original); II, 433, 25.

⁴⁶⁷ Se utiliza aquí el término “personidad” para designar la cualidad constitutiva de la persona, evitando el uso en ese caso de “personalidad”, que designa más bien a las modalidades psicológicas y morales de cada persona particular; véase Zubiri, X., *Sobre el hombre*, Madrid, Alianza, 1986, pp. 113 y *passim*. También, véase, Ballesteros, J., “El estatuto ontológico del embrión”, en Montoya Rivero, V. M. y Ortiz Trujillo, D. (coords.), *Vida humana y aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*, México, Porrúa, 2009, pp. 99-113, y Altieri, S., *El estatuto jurídico del cigoto*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2010, *passim*.

voluntad de la madre gestante, considerada ella sí *persona*, aunque en este caso sin necesidad de atribución alguna.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

Estas tesis defendidas —y no sólo en el lugar citado—⁴⁶⁸ por Luigi Ferrajoli, aparecen *prima facie* —por lo menos— como desconcertantes, ya que implican la aceptación de doctrinas y supuestos habituales en el pensamiento jurídico y moral de varias décadas atrás, y que han sido discutidos y cuestionados fuertemente por numerosos autores y desde muy diversas perspectivas. Así, por ejemplo, sus referencias a la denominada “falacia naturalista” desconocen todo el debate a su respecto desarrollado en las últimas décadas, y la gran cantidad de precisiones y salvedades realizadas a su respecto,⁴⁶⁹ asumiéndola sin matices como una verdad indiscutida. Otro tanto ocurre con las afirmaciones acerca de la separación radical entre derecho y moral y sobre el carácter enteramente a-valorativo de las realidades y del discurso jurídico, que parecen ignorar en absoluto todas las discusiones más recientes a ese respecto, aún dentro del ámbito del positivismo jurídico.⁴⁷⁰

Pero más allá de este “salteo” —no se puede saber a ciencia cierta si voluntario o involuntario— de los más recientes debates en materias tan centrales a la filosofía jurídica como la cuestión ser-deber o la valoración en el derecho, corresponde analizar las

⁴⁶⁸ Véase Massini-Correas, C. I., “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 61, 2009, pp. 227-247.

⁴⁶⁹ Véase Massini-Correas, *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1995, pp. 33-56 y *passim*, así como la bibliografía allí citada.

⁴⁷⁰ Véase, entre muchos otros, Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006; del mismo autor, *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009; para el planteamiento epistémico de la cuestión, puede verse Finnis, J. M., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 3-22 y *passim*.

argumentaciones propuestas por Ferrajoli acerca de la índole entitativa o moral del embrión humano y de su vinculación —o no vinculación— con cuestiones práctico-morales como la referida al juicio ético del aborto provocado. En este punto, se plantea en primer lugar que las afirmaciones del autor italiano acerca del carácter completamente a-valorativo del derecho, se contradicen con numerosos textos del mismo autor que afirman —y otras veces implican necesariamente— la presencia de instancias valorativas en el discurso y la praxis jurídica. En este sentido, Ferrajoli sostiene, tal como se vio más arriba, que el derecho tiene el sentido de garantizar la igualdad, la seguridad, los mínimos vitales, la certeza, la paz, la convivencia civil y la libertad, realidades que revisten un innegable carácter valorativo. Y en otro lugar, este autor sostiene explícitamente que la fundamentación de los derechos humanos (o “derechos fundamentales”) sólo se logra a través de una remisión a los valores de la igualdad, la democracia sustancial, la paz y la “ley del más débil”.⁴⁷¹

Ahora bien, resulta extraño que, luego de esas afirmaciones valorativas contundentes, Ferrajoli sostenga sin inmutarse que los valores no tienen ningún lugar en el derecho, otorgándole a este último una índole completamente a-valorativa y en consecuencia meramente fáctica o de hecho. Es más, afirma que, en este punto, “lo que el derecho puede hacer... es sólo establecer una convención”,⁴⁷² que habrá de ser necesariamente, para ser coherente con lo anterior, una convención meramente fáctica, no orientada a, ni regulada por, valores de ninguna especie. Pero esto resulta sorprendente y extraño, toda vez que el establecimiento mismo de una convención supone valores tales como la relevancia ética de la palabra dada y el deber de atenerse y cumplir con sus términos, sin los cuales no es posible hablar de

⁴⁷¹ Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de P. Andrés et al., Madrid, Trotta, 2007, pp. 315-317 y *passim*.

⁴⁷² EDM, p. 157.

“convención” en ningún sentido inteligible.⁴⁷³ En otras palabras, hablar de convenciones, acuerdos o pactos supone valoraciones y principios de carácter práctico-moral sin las cuales no es posible pensar esas nociones y menos aún darles efectividad en la praxis ética y jurídica.

Por otra parte, llama también la atención que, luego de adherir al no-cognitivismo ético más radical, negando en consecuencia los valores de verdad o falsedad para las proposiciones prácticas, Ferrajoli sostenga explícitamente que

No todos comparten esta concepción moral [la suya] de la persona y de la maternidad. Tal concepción no es más “verdadera” (sino a mi juicio sólo más razonable) que la que ve en el embrión una persona independientemente de la voluntad de la madre de traerlo al mundo. No es más verdadera ni tampoco más falsa. Sin embargo, las dos concepciones son incompatibles.⁴⁷⁴

Es evidente que se está en presencia de toda una revolución en la ciencia lógica: dos proposiciones que no son susceptibles de los valores de verdad y falsedad, pero que son “incompatibles” entre sí, es decir, que lo que afirma una de ellas no puede sostenerse al mismo tiempo que lo que sostiene la otra. Esto ha sido estudiado desde hace veinticinco siglos por la ciencia lógica,⁴⁷⁵ bajo el título de “oposición de las proposiciones” u otros semejantes, y supone que las proposiciones que se oponen y pueden llegar a excluirse —que se denominan “contradictorias” o “contrarias”— son sólo aquellas que revisten los valores de verdad y falsedad. En ese sentido, *v. gr.*, las proposiciones interrogativas o rogativas, que no son ni verdaderas ni falsas, no pueden ser contradictorias y excluirse entre sí.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Véase, en este punto, Finnis, J., *Natural Law...*, *cit.*, pp. 3-22.

⁴⁷⁴ EDM, p. 159.

⁴⁷⁵ Véase Bochenski, I. M., *Historia de la lógica formal*, trad. de M. Bravo Lozano, Madrid, Gredos, 1976, en especial pp. 69-75 y 333-348.

⁴⁷⁶ Véase Ziembinski, Z., *Practical Logic*, Dordrecht-Boston-Warsawa, D.

Por lo tanto, es necesario escoger: o bien (i) se niega todo valor de verdad a las proposiciones —morales, según Ferrajoli— acerca del carácter de persona y consecuentemente no pueden resultar incompatibles con sus “contrarias” o “contradictorias”, o bien (ii) se acepta que esas proposiciones pueden resultar incompatibles con otras y resulta necesario aceptar su valor de verdad. De lo contrario, el extraño tipo de proposiciones —propuestas por Ferrajoli— que no pueden ser verdaderas, pero sí contradictorias, deberían ser defendidas en el contexto de la ciencia lógica como un nuevo tipo jamás estudiado en ese marco en el transcurso de los siglos. Es cierto que ese ha sido el eterno problema de los defensores del no-cognitismo ético,⁴⁷⁷ que luego de negar la categoría de verdad a las proposiciones éticas, se dedican *in extenso* a defender la verdad de sus propias posiciones morales, en razón principalmente de que el escepticismo absoluto es autorefutatorio.⁴⁷⁸ Y ese es precisamente el problema que enfrenta el autor italiano al pretender la defensa intelectual de la legitimidad del aborto provocado, después de haber sostenido que ese tipo de argumentaciones no pueden calificarse de verdaderas ni de falsas. Al menos, Ferrajoli debería haber aclarado qué quiere decir cuando afirma que su posición “no es más verdadera”, sino sólo “más razonable”, es decir, cuáles son las diferencias entre “verdad” y “razonabilidad” y si estamos —o no— ante una nueva categoría lógica —la “incompatibilidad”— desconocida hasta nuestros días.

Reidel Publishing Company-Polish Scientific Publishers, 1976, pp. 211-217, y Domínguez Prieto, P., *Lógica. La ciencia del logos*, Madrid, BAC, 2010, pp. 165-180.

⁴⁷⁷ En este punto, véase MacIntyre, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Notre Dame-Indiana, University of Notre Dame Press, 2010, pp. 6-35; también Canto-Sperber, M., *La philosophie morale britannique*, París, PUF, 1994, pp. 51 y ss., y Bourke, V.J., *History of Ethics, vol. 2 Modern and Contemporary Ethics*, Mount Jackson, Axios Press, pp. 207 y ss.

⁴⁷⁸ Véase Finnis, J., “Natural Law Theories”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 20, disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>.

IV. LA PERSONEIDAD MERAMENTE ATRIBUIDA

Otro punto que es necesario debatir especialmente ahora, es el referido al valor de la afirmación según la cual la proposición “todo ser humano es persona” no revestiría carácter descriptivo sino meramente *moral*, excluyéndose de ese modo de las categorías de verdad o falsedad. Pero sucede que, en rigor, las proposiciones morales son sólo de tres tipos:⁴⁷⁹ estimativas o valorativas, normativas e imperativas, y en ellas los términos se encuentran vinculados por funtores estimativos (es justo que x), normativos (a debe hacer x) o un estado de cosas, como, por ejemplo, “este río es profundo” (s es p), en las que los términos se vinculan con funtores descriptivos, tales como es, no es, puede ser, etcétera. Desde este punto de vista, resulta claro que la proposición “todo ser humano es persona” tiene innegablemente carácter descriptivo o asertórico y no moral.⁴⁸⁰

Una cuestión distinta es la referida a si esa afirmación asertórica puede tener una connotación moral al ser incluida en un razonamiento moral, es decir, que contiene al menos una proposición práctica; en este caso, la conclusión ha de ser también una proposición moral, en virtud de la conocida ley lógica según la cual la conclusión ha de seguir el carácter de la premisa más “débil”, en este caso la proposición moral.⁴⁸¹ Dicho en otras palabras, la citada proposición puede tener un lugar en un razonamiento moral, sin ser necesariamente ella *moral*. Por otra parte, todo razonamiento moral ha de incluir al menos una proposición descriptiva, bajo pena de caer en la llamada “falacia normativista”,⁴⁸² la contracara de la “falacia naturalista”, según

⁴⁷⁹ Sobre este tema: Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. de E. Marí, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pp. 101 y ss.

⁴⁸⁰ Véase Tugendhat, E. y Wolf, U., *Propedéutica lógico-semántica*, trad. de G. Hoyos, Barcelona, Anthropos, 1997, pp. 26 y *passim*.

⁴⁸¹ Véase Blanché, R., *Le raisonnement*, París, PUF, 1973, p. 210.

⁴⁸² En este punto, consúltese: Höffe, O., “Derecho natural sin falacia naturalista: un programa iusfilosófico”, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Alfa, 1988, p. 127; allí escribe: “donde falta la premi-

la cual un razonamiento práctico correcto ha de incluir al menos una proposición práctico-moral para alcanzar una conclusión normativa concreta y/u operante. En el caso de la “falacia normativista”, un razonamiento integrado sólo de proposiciones normativas —y en general, prácticas— que no se integrara con referencias asertorias referidas a situaciones concretas, se movería necesariamente en un nivel puramente abstracto, sin alcanzar el nivel *fronético* de las normas particulares. De aquí se sigue que una proposición descriptiva puede integrar un razonamiento moral —y *debe* integrarlo si quiere concluir con imperativos concretos— y continuar siendo descriptiva, no propiamente práctico-moral. Y, al menos desde un punto de vista lógico, es innegable que “todo ser humano es persona”⁴⁸³ es una proposición de tipo *descriptivo* o *asertórico* y no *moral*, y por lo tanto es innegablemente susceptible de verdad o de falsedad.

Pero lo que resulta más sorprendente en la argumentación de Ferrajoli, es su pretensión de reducir el carácter de persona a una cualidad que puede atribuirse o quitarse a voluntad por otros sujetos —en especial uno de ellos— distintos del afectado. Como ya se ha visto, el autor italiano sostiene la opinión según la cual el carácter de persona —que ha denominado aquí “personabilidad”— le es atribuido al embrión o al feto por un acto de mera

sa descriptiva, se comete una *falacia normativista*. Por ella entiendo la concepción opuesta a la falacia ser-deber ser y a la falacia naturalista y según la cual a partir de reflexiones exclusivamente normativas no es posible inferir obligaciones concretas para la vida y la convivencia humanas. En realidad, reflexiones puramente normativas proporcionan sólo una pauta de normación sumamente general que tiene todavía que ser puesta en conexión con las legalidades objetivas específicas del ámbito vital en cuestión en cada caso, por lo pronto, con las condiciones de aplicación de la justicia”.

⁴⁸³ Además, la proposición “todo ser humano es persona” es autoevidente, con evidencia analítica, toda vez que su verdad se basa en su significado, de modo que el predicado pertenece a la esencia del sujeto, es decir, que la definición de “hombre” (animado racional) coincide con la definición de “persona” (sustancia de naturaleza racional); véase Tugendhat, E. y Wolf, U., *op. cit.*, pp. 39 y ss.

voluntad de la madre gestante, quien decide llevar el embarazo a término; si por el contrario, la madre decide abortar, simultáneamente el embrión-feto pasa a carecer de la índole de persona y en consecuencia —ya que sólo una persona es titular de derechos— de cualquier derecho a la vida. Esta línea argumental no es original de Ferrajoli sino que tiene varios antecedentes, entre ellos el trabajo de Geiseler Rüpke publicado en 1974 en el *Zeitschrift für Rechtspolitik*,⁴⁸⁴ en el que sostiene que el carácter de titular del derecho a la vida no se refiere a la vida humana en el sentido de las ciencias naturales, sino que se adquiere sólo en virtud de “expectativas y estimaciones sociales de valor” respecto del no nacido, especialmente de las que provienen de la madre. Sólo la impronta social es capaz de otorgar personabilidad a un ser humano, lo que ocurre —sostiene Rüpke— sólo en el caso de los adultos capaces de interactuar socialmente que, esos sí, son titulares *per se* del derecho a la vida.

Esta línea argumentativa, tanto en el caso de Ferrajoli como en el de, antes que él, Geiseler Rüpke, desconoce o menosprecia una distinción, con orígenes en el pensamiento griego clásico, pero claramente perceptible aún en la experiencia corriente, entre las cualidades *constitutivas* de los sujetos existentes y sus atributos adventicios o determinaciones *accidentales*. En este sentido, escribe Alejandro Serani Merlo que

En todo individuo natural, vivo o no, es posible discernir una íntima composición ontológica. En efecto, en todo ente natural es posible discernir racionalmente entre aquello que es sujeto y aquello que son sus determinaciones o accidentes. El sujeto es aquello que existe por sí mismo, que a lo largo de toda la existencia de un individuo se encuentra completo, y que permanece inmodificado. Las determinaciones o accidentes son todo aquello que no existe

⁴⁸⁴ Rüpke, G., “Persönlichkeitsrecht und Schwangerschaftsunterbrechung”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Múnich, núm. 7/4, 1974, pp. 73 y ss.

por sí mismo, sino que existe en el sujeto, determinándolo o cualificándolo, y que pueden modificarse, aparecer o desaparecer.⁴⁸⁵

Serani pone a continuación el ejemplo de la extensión, sin la cual no existe cualquier ser material, pero que puede ser modificada sin que cambie su sujeto; en rigor, no existen extensiones sino sujetos dotados de extensión.

Aquí los ejemplos pueden resultar esclarecedores: es posible —y necesario— distinguir entre la forma constitutiva que hace de un caballo lo que es, y su color, alzada o mansedumbre; es posible percibir claramente la diferencia entre lo que constituye una silla: la forma y solidez que la hacen apta para sentarse, y el color con que está pintada, el lugar en que fue colocada o el material con que está construida; finalmente, no tienen la misma índole los caracteres que constituyen un ser humano en cuanto tal, que aquellos que lo determinan accidentalmente, como la estatura, la posición, el lugar, las relaciones con otros o la edad. En el caso especial del sujeto humano, el carácter constitutivo, que lo determina a ser un humano y no otra cosa, se ha denominado, al menos desde el siglo VI por obra de Anicio Boecio, “persona”,⁴⁸⁶ o más propiamente “personidad”. Por lo tanto, la personidad es el nombre propio del carácter constitutivo de la humanidad de un sujeto, y se distingue claramente del resto de determinaciones ad-

⁴⁸⁵ Serani Merlo, A., *El viviente humano. Estudios biofilosóficos y antropológicos*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 80-81. Allí agrega: “Dicho de modo más formal, todo ente natural se compone, desde el punto de vista del ser, de aquello que «es por sí» y que es el sujeto especificador e individualizador, y de aquello que «siendo-en-el-sujeto» constituyen sus determinaciones adventicias. Ciertamente, no existen determinaciones que no estén en un sujeto, como tampoco sujetos que no tengan determinaciones. El sujeto y sus determinaciones se distinguen, no obstante, nocional y realmente, por mucho que ninguno de ellos pueda tener una existencia física separada”. Véase, en este punto, Kalinowski, G., *L'impossible méta-physique*, París, Beauchesne, 1981, pp. 162 y ss.

⁴⁸⁶ En este punto, véase Magnavaca, S., *Léxico técnico de filosofía medieval*, Madrid-Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2005, pp. 518-519. Véase, también, Corazón González, R., Voz “Persona”, en González, A. L. (ed.), *Diccionario de filosofía*, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 859-867.

venticias que lo modalizan y afectan, como lo son especialmente las relaciones que guarda el sujeto humano con otros sujetos o con animales o cosas.

En otras palabras, corresponde distinguir claramente entre la personabilidad (propiedad de todo sujeto individual de índole racional y, en tanto que racional, libre), es decir, entre los caracteres constitutivos del sujeto como tal, y sus determinaciones accidentales, como su lugar o situación espacial, edad, sexo, color de piel o las diferentes relaciones que lo vinculan con los demás. En especial, es claro que las relaciones categoriales que el sujeto mantiene con otros sujetos: de compraventa, de amistad, de paternidad, de convivencia política, etcétera, determinan en cierta medida al sujeto pero no lo constituyen en cuanto tal, no lo hacen ser eso que efectivamente es y no otra cosa. El sujeto mismo permanece inalterado en cuanto tal a través de todas sus determinaciones adventicias, que si bien suponen una cierta modalización o particularización en su modo de existir, no lo constituyen en cuanto tal sujeto.

En el caso de la propuesta de Ferrajoli, según la cual la personabilidad de un no nacido sería un atributo que se otorga y se quita a través de un acto —siempre revisable— de la voluntad de la madre gestante, queda en evidencia el olvido, la preterición o el desconocimiento de esta distinción básica y radical, al suponer que el carácter raigal o constitutivo del sujeto no nacido puede radicar en una relación —siempre accidental, accesoria y eventual— entre la madre y el nonato (resulta difícil hablar aquí de “hijo”, toda vez que sólo lo es propiamente una persona humana, que —en esta opinión— podría serlo o no según el estado ocasional de la voluntad de la madre). Esta relación, que no es recíproca, sino unidireccional, está claro que no puede modificar raigalmente la índole misma del sujeto nonato, que vendría a ser sólo el término de una relación accidental y tan variable como pueden serlo los estados de ánimo de la madre gestante.⁴⁸⁷ Un

⁴⁸⁷ Sobre la noción de “relación” y sus tipos, véase Hood, P. M., *Aristotle*

sujeto humano que lo sería un rato sí y un rato no, según el humor, las pulsiones u opiniones ocasionales de otro sujeto, no sería propiamente un sujeto existencialmente autónomo, sino el mero término material de una relación afectiva del otro sujeto. Pensar que la personidad-humanidad puede atribuirse o quitarse a voluntad significa confundir lo que es claramente distinto e ignorar lo que aparece como evidente.

V. LAS CONSECUENCIAS DE LA PERSONEIDAD “ATRIBUIDA VOLUNTARIAMENTE”

Pero la equiparación del carácter personal-humano con una determinación de carácter adventicio —en este caso una relación afectiva— no sólo resulta contraintuitiva y desconcertante, sino que además supone la aceptación de una serie de consecuencias necesarias que resultan difíciles —si no imposibles— de aceptar. La primera de ellas es la que se refiere a que Ferrajoli aplica su criterio de “personidad atribuida” sólo al embrión-feto pero no al resto de los seres humanos, en especial a la madre gestante, que no sólo sería persona *per se*, sino que estaría dotada del poder de otorgar la personidad al embrión-feto que está gestando. Aquí el autor italiano no aclara quién ha otorgado o atribuido la personidad a la madre, quien la tendría por causas diversas a la atribución, que quedan lamentablemente inespecificadas. Rüpke, en el artículo citado, otorga esa facultad a la sociedad como un todo, adoptando una deriva claramente totalitaria, pero no es el caso de Ferrajoli, que guarda en este punto un silencio ominoso. Dicho de otro modo, se da la paradoja de un sujeto —la madre— que puede otorgar —o no— la personidad a quien está gestando, pero a quien nadie se la habría otorgado, sin que se sepa bien en razón de qué se le considera persona.

on the Category of Relation, Lanham-Boulder-Nueva York-Toronto-Oxford, University Press of America, 2004, y Ferrer Arellano, J., *Metafísica de la relación y de la alteridad. Persona y relación*, Pamplona, EUNSA, 1998.

Pero, además, esa doctrina del carácter atributivo de la personería tiene como consecuencia directa la difuminación y —en definitiva— la abolición de la noción de derechos humanos. En efecto, tal como lo sostiene Robert Spaemann:

La independencia de la persona depende de que a ningún hombre le corresponda juzgar si otro hombre posee o no los rasgos fundamentales de la personalidad [personería]. Los derechos humanos dependen del hecho de que nadie tiene la prerrogativa de definir el círculo de aquellos a quienes corresponden o dejan de corresponder. Esto significa que, aunque se fundamenten en el carácter de persona del ser humano, se deben reconocer para todo ser que descienda del hombre y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier criterio adicional.⁴⁸⁸

Cualquier criterio que se agregue a la pertenencia a la especie humana, resultaría fatal para los derechos humanos, ya que quedarían librados a la voluntad de poder y a las veleidades de los poderosos ocasionales.

Y eso es casualmente lo que ocurre en el criterio defendido por Ferrajoli: el derecho a la vida del no nacido depende absolutamente de la voluntad ocasional de la madre gestante, que es quien detenta el poder fáctico de eliminarlo o perdonarle la vida.⁴⁸⁹ Es por eso que el mismo Spaemann concluye que “un derecho que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecería en absoluto el nombre de derechos. Los derechos humanos, entendidos de modo positivista, no son otra cosa que edictos de to-

⁴⁸⁸ Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, trad. de D. Innerarity y J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, pp. 49 y 50.

⁴⁸⁹ Corresponde hacer notar que Ferrajoli consigna expresamente esta idea, al referirse a que la calidad de persona del no nacido “resulta decidida por la madre, por el sujeto que está en condiciones de hacerlo nacer como tal”, es decir, por quien está en una posición de poder ilimitado fácticamente; EDM, p. 159.

lerancia revocables”.⁴⁹⁰ Pero esta conclusión necesaria es bastante más de lo que un jurista experimentado como Ferrajoli sería capaz de sostener y defender expresa y claramente.

Por otra parte, la opinión analizada supone un criterio *discriminatorio* indudable,⁴⁹¹ toda vez que —según esta opinión— ciertos sujetos pertenecientes a una generación posterior a la de otros gozan de un poder absoluto sobre la existencia de los segundos, sin ningún criterio objetivo propuesto, como no sea la voluntad libérrima de un individuo del primer grupo. Para Spaemann, una tesis de este tipo “termina equivaliendo a que quienes hayan avanzado bastante en ese despliegue [de la vida] tienen derecho, con el fin de [facilitar] su ulterior despliegue, a parar en seco ya los primeros pasos que den por ese camino quienes aún no hayan avanzado tanto”.⁴⁹² En otras palabras, esto significa, lisa y llanamente, una tiranía sin límites de los adultos mayores, capaces y sanos, sobre los que aún no han llegado a ese estatus, en especial, sobre los que se encuentran en las primeras etapas del proceso de maduración vital humana. De hecho, estos integrantes de la especie humana se ven reducidos a meras *cosas*, de las que se puede disponer a voluntad (aunque Ferrajoli no acepta esta conclusión⁴⁹³), y sujetos a la mayor de las discriminaciones, la que se vincula con la supervivencia, y según un criterio meramente temporal, un accidente —el tiempo— que transforma en legítima la eliminación del sujeto subsistente.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 90. Véase, también, Spaemann, R., “Is Every Human Being a Person?”, *The Thomist*, Washington, núm. 60, 1966, pp. 463-474.

⁴⁹¹ Sobre el concepto de “discriminación”, véase Massini-Correas, C. I., “Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de «discriminación»”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 189, 2000, pp. 689-695.

⁴⁹² Spaemann, R., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de J. Fernández y J. Mardomingo, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 352.

⁴⁹³ EDM, p. 158.

VI. CONCLUSIONES: EL OLVIDO DE LA HUMANIDAD

Llegado el momento de extraer las correspondientes conclusiones de los desarrollos anteriores, es posible reducirlas a las siguientes:

- a) La propuesta de Ferrajoli del carácter meramente atribuido —por la madre— de la personabilidad del embrión-feto humano, está desarrollada en un contexto de desconocimiento —o preterición— general de los debates ético-jurídicos contemporáneos, asumiendo como verdades inconcusas afirmaciones que han sido y son objeto de intensos debates y matizaciones. Estos debates han tenido lugar aún en el marco de las doctrinas iuspositivistas, que es en el que se ubica a sí mismo el autor italiano, por lo que no parece razonable que las desconozca. Es posible colegir, por lo tanto, que ha preferido menospreciarlas o ignorarlas.
- b) La doctrina propuesta por Luigi Ferrajoli acerca de la “atribución” del carácter de persona, no respeta un dato de experiencia tan evidente como la diferencia entre las cualidades constitutivas y las determinaciones adventicias de las cosas; a partir de este desconocimiento extrae una serie de consecuencias: que la personabilidad es una cualidad accidental, que puede ser otorgada por un mero acto de voluntad de la madre gestante, que la relación —de carácter afectivo— entre la madre y el nonato es causa suficiente de la personabilidad de este último, que el acto de voluntad de la madre quitándole la personabilidad autoriza moralmente a matarlo, y otras más. Y se ha mostrado que ese desconocimiento de la experiencia y esa asunción de consecuencias no alcanzan una justificación racional pertinente y suficiente.
- c) Que de esta insuficiencia argumentativa, así como del tono general del trabajo, se infiere fácilmente que todos los desarrollos allí incluidos no son sino instrumentales para una

- posición moral y jurídica adoptada de antemano: la de la legitimidad moral y legalidad jurídica del aborto provocado.
- d) Finalmente, resulta claro que los argumentos propuestos por Ferrajoli para justificar sus afirmaciones morales y jurídicas acerca del aborto provocado, ponen en evidencia una vez más la deriva anti-humanista de buena parte del pensamiento contemporáneo que, olvidada de nociones centrales para la inteligencia occidental como la dignidad de la persona, la proscripción del homicidio como principio básico de la sociedad, la indisponibilidad por parte de la comunidad y de cualquier individuo del carácter personal de los sujetos y de sus derechos humanos, el estado de derecho como garantía racional de los derechos en la vida social, y la vida como bien humano básico y fundamento de principios éticos centrales, no duda en instrumentalizar al hombre, su vida y sus derechos en homenaje al placer inmediato, riqueza sin límites razonables y la nuda voluntad de poder.

CAPÍTULO DÉCIMO

ENTRE LA AUTONOMÍA Y EL BIEN HUMANO DE LA VIDA: ¿EXISTE UN “DERECHO AL ABORTO”?

I. LA CUESTIÓN DEL ABORTO, ALGUNOS PLANTEAMIENTOS RECIENTES Y TRES TESIS

En los debates contemporáneos acerca de la legitimidad moral del aborto provocado, uno de los argumentos más corrientes es el que se centra en un presunto conflicto de derechos morales entre un derecho de autonomía de la madre gestante y un derecho a la vida del feto. En este conflicto, los partidarios de la legitimidad moral del aborto, generalmente autodenominados “liberales”, se decantan por la prelación del supuesto derecho de autonomía de la madre gestante, que la autorizaría a tomar decisiones completamente libres, es decir, independientes de cualquier criterio ético objetivo, acerca de la continuidad o no del embarazo. Dicho más directamente, la madre tendría el derecho prácticamente absoluto de decidir si ha de practicarse un aborto o bien continuar con la gestación. Por supuesto que los autores contrarios a la legitimidad moral del aborto, a los que se denomina “conservadores”, afirman que la prelación corresponde al derecho a la vida del nonato, con la necesaria consecuencia de que la práctica del aborto es lisa y llanamente un crimen y por lo tanto intrínsecamente inmoral.

En lo que sigue se analizarán los términos centrales de esta argumentación y del consiguiente debate, aunque estudiando solamente el núcleo del planteamiento, es decir, si existe un derecho moral de autonomía de la madre dotado de una fuerza deóntica

suficiente como para sobrepasar el derecho a la vida del feto⁴⁹⁴ y habilitar moralmente el aborto. Se dejarán de lado, por lo tanto, cuestiones tales como las de la legislación positiva referida a la licitud jurídica, o ilicitud, del aborto inducido, o las que abarcan otro tipo de argumentos de tipo consecuencialista, feminista, político o las referidas a la personabilidad moral del feto.⁴⁹⁵ Además, en esta oportunidad la exposición se centrará principalmente en dos trabajos suficientemente representativos: el libro de Rodolfo Vázquez, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*,⁴⁹⁶ y el artículo de Arleen Salles, “El aborto”;⁴⁹⁷ incidentalmente se hará también referencia a otros estudios, representativos de diferentes posiciones acerca de la problemática abordada.

Y respecto a esta problemática, se defenderán aquí principalmente las siguientes tesis centrales: (i) no existe un “derecho general de autonomía”, ya que la denominada “autonomía” es una realidad de otro tipo; (ii) sí existe un derecho moral a la vida en el feto (en rigor, se trata del derecho a no ser muerto) con fundamento en el bien humano de la vida; (iii) la denominada “bioética liberal”, al menos en sus formulaciones más habituales, incurre en inconsistencias y falacias graves e insuperables. También se extraerán algunas conclusiones relevantes referidas a la cuestión que es el objeto primordial de estas consideraciones.

⁴⁹⁴ El autor no ignora que el nonato se denomina científicamente de diferentes formas según las etapas temporales de su desarrollo, pero a los efectos expositivos se lo llamará genéricamente “feto”, ya que la argumentación vale igualmente para el no nacido en todas las fases de su evolución en el seno materno.

⁴⁹⁵ En este punto, véase Massini-Correas, C. I., “Sobre el embrión humano y la cuestión de la personabilidad. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión”, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, núm. 76, 2013, pp. 65-77.

⁴⁹⁶ Vázquez, R., *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

⁴⁹⁷ Salles, A., “El aborto”, en Luna, F. y Salles, A., *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 247-279.

II. ¿EXISTE UN DERECHO GENERAL DE AUTONOMÍA?³(I)

Una de las características omnipresentes en la corriente central del pensamiento ético contemporáneo es la de plantear las cuestiones en términos —al menos preponderantemente— de derechos. En este sentido, Arleen Salles sostiene que

Algunas sociedades occidentales se caracterizan por dar una gran importancia a los derechos individuales. Es éste probablemente el motivo por el cual la mayoría de los argumentos a favor o en contra de prácticas de diversa índole se plantean en términos de los derechos de las personas. Ahora bien —continúa— aunque los derechos cumplen una función importante... se ha señalado que, en lo que hace a la cuestión moral, pensar sólo en términos de derechos frecuentemente lleva al empobrecimiento de la discusión.⁴⁹⁸

Esto es indudablemente verdadero, ya que significa la reducción de las categorías éticas sólo a la de derechos morales, dejando de lado otras especialmente relevantes, como las que corresponden a los bienes, las normas y principios, los deberes, las virtudes, los valores y varias más que integran el universo conceptual tradicional de los estudios éticos.

Es más, el mismo tratamiento de algunas cuestiones en estrictos términos de derechos supone una referencia necesaria y estructural a ciertos *deberes* que son correlativos de esos derechos, a *bienes humanos* que los justifican, a principios y *normas* que los precisan e imperan y así sucesivamente.⁴⁹⁹ Por eso, al hablar del presunto derecho de autonomía de la madre gestante, será preciso vincularlo con los principios, deberes y bienes que lo explican —si es que realmente lo explican— y le dan sentido y justificación racional. Y esto resulta necesario, toda vez que, tal como lo

⁴⁹⁸ Luna, F. et al., *Bioética. Investigación, muerte, procreación y otros temas de ética aplicada*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000, p. 358.

⁴⁹⁹ Véase Polo, L., *Lecciones de ética*, Pamplona, EUNSA, 2013, pp. 160-165.

synthetiza con precisión Alan Gewirth, para que pueda hablarse de “un derecho”, así se trate de un derecho moral, deben concurrir el menos cuatro elementos indispensables: (i) el *sujeto titular* del derecho (A); (ii) el *objeto* o la materia sobre la cual el derecho versa o recae, que suele llamarse *prestación* (X); la *contraparte* del titular del derecho, que tiene el deber de cumplir con el objeto del derecho (B), y finalmente (iv) la *base justificatoria* del derecho (Y). A partir de este análisis, Gewirth propone una fórmula general que expresa lo que es “un derecho”: “A tiene derecho a X frente a B, en virtud de Y”.⁵⁰⁰

Por lo tanto, si se pretende abordar la problemática del aborto inducido en términos de derechos —más allá de sus limitaciones— será preciso esclarecer los términos de su estructura básica, pero en especial su objeto y su justificación racional, ya que los sujetos activo y pasivo son, en general, fácilmente determinables. En el caso que nos ocupa, el objeto, es decir la “prestación” que es preciso realizar para cumplir con la exigencia del derecho de autonomía, ha de ser la de respetar todas y cada una de las elecciones que realice el sujeto titular, conforme lo establece el denominado “principio de autonomía”. En este punto, Rodolfo Vázquez reconoce que para que exista “un derecho” dotado de justificación racional, es preciso que sea posible identificar ciertos “bienes” sobre los que versan los derechos.⁵⁰¹ Pero “el bien más genérico protegido por este principio es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros”; dicho en otras palabras, “un liberal... parte del supuesto de que toda elección individual es valiosa por el mero hecho de ser libre”.⁵⁰²

⁵⁰⁰ Gewirth, A., “Are there Any Absolute Rights?”, en Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 95.

⁵⁰¹ Vázquez, R., *op. cit.*, p. 12.

⁵⁰² Vázquez, R., *op. cit.*, p. 11. Acerca de los orígenes históricos de la idea moderna de autonomía, véase Schneewind, J. B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, trad. de J. H. Ruiz Rivas, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, *passim*.

Por su parte, Carlos Nino sostiene explícitamente que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”.⁵⁰³ Esto significa que la “libre elección individual de planes de vida” resultaría valiosa en sí misma, con total independencia de los contenidos de esos “planes de vida” y de ese modo, la elección de una vida dedicada al consumo desenfrenado de drogas, a la manía de meter los dedos en los ventiladores o al odio a los extranjeros y a los niños, resulta dotada de valor del mismo modo que la opción por la ayuda a los necesitados, la lucha contra la desnutrición infantil y el cultivo de las ciencias y las artes; la elección de cualquier curso de acción perverso, estúpido o degradante revestiría un valor moral positivo en sí mismo, sólo por el hecho de haber sido elegido.

Y esto es así, toda vez que la mera autonomía, la capacidad de elegir, despojada de todo sentido referencial a algún bien humano, tiene un valor normativo completamente neutro: puede ser usada para el bien o para el mal más horrendo, para el heroísmo moral o para la degradación más radical. El problema en este punto radica en que, como lo defiende Alfonso Gómez Lobo:

En el pensamiento moderno ha habido una tendencia a no ver la libertad como precondition para el disfrute de otros bienes, sino como su sustituto en cuanto razón última de la acción;... [pero] no parece que lo sea, y por una razón muy simple: lo bueno para nosotros no es sólo elegir libremente, sino elegir libremente aquello que es bueno... las acciones no se evalúan según si fueron o no libres (ello se asume), sino según si se eligió o no algo bueno... Por consiguiente, la libertad es necesaria para alcanzar la vida plena,

⁵⁰³ Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 135.

pero no es un componente de ella, del mismo modo en que lo son los bienes humanos básicos.⁵⁰⁴

Por su parte, el filósofo liberal Joseph Raz sostiene inequívocamente que la autonomía, para tener algún significado, requiere la presencia de varias opciones, algunas de ellas negativas, malas o disvaliosas, en definitiva, inmorales. La autonomía —según este autor— es intrínsecamente valorable, y su valor depende de que sea bien usada, es decir, en la prosecución de objetivos y relaciones moralmente valiosos; “la autonomía es valiosa sólo si se ejerce en la prosecución de algún bien”.⁵⁰⁵ Por lo tanto, desde esta perspectiva, una opción inmoral puede ser autónoma pero resulta desprovista de valor ético; elegir una opción inmoral hace al agente una peor persona, con una vida disvaliosa y degradada, por más que su elección haya sido —y con más razón aún por haber sido— completamente libre.⁵⁰⁶

Todo esto resulta confirmado por una remisión al uso corriente del lenguaje ético, fuente privilegiada de experiencia moral,⁵⁰⁷ ya que en ese lenguaje no se califica de “buena”, o de “valiosa”, o de “excelente” a una opción en favor de una conducta envidiosa, o rencorosa, o de odio racial, por la única razón de haber sido escogida libremente. Es más, muchas veces se considera mejor, o menos mala, una acción disvaliosa que ha sido adoptada en condiciones de libertad limitada; la responsabilidad moral negativa es, en estos casos, menor que si la decisión se hubiera

⁵⁰⁴ Gómez Lobo, A., *Los bienes humanos*, Santiago de Chile, Mediterráneo, 2006, p. 49.

⁵⁰⁵ Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 381.

⁵⁰⁶ Para la interpretación de estos textos de Joseph Raz, véase George, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 173-188.

⁵⁰⁷ Véase: Massini-Correas, C. I., “Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, *Persona & Derecho*, Pamplona, núm. 67, 2012, pp. 353-385.

adoptado en condiciones de libertad moral completa.⁵⁰⁸ Nadie afirma razonablemente que “fulano estuvo muy bien al escoger envidiar a su hermana”, o bien que “mengano ha realizado una acción de gran contenido ético al decidirse sin trabas a odiar a su cuñado porque es judío” y así sucesivamente.

Más aún, la misma experiencia moral confirma que la experiencia psicológica del deber ético es la de una limitación efectiva a las opciones electivas de los sujetos; el deber no se percibe como algo por lo que se puede optar a voluntad, sino por el contrario como una suerte de necesidad —no física, ni lógica, ni psicológica, sino de carácter deóntico, ya que incluye la posibilidad física de violarla— que impone éticamente al sujeto la realización de un cierto curso de acción frente a otros posibles. La existencia de un principio moral de autonomía supone que la simple preferencia de un curso de acción cualquiera, aún de una acción degradante, es un bien para el hombre, que lo perfecciona y lo enaltece moralmente, y que resulta ser una razón decisiva para la acción moral; dicho en otras palabras, la elección sería la razón que justifica la elección misma, y no el bien que se persigue a través de esa elección. Es evidente que esa perspectiva resulta lisa y llanamente contraria a los datos de la experiencia moral más elemental.⁵⁰⁹

Y es por esa razón que todos los defensores de la existencia de un principio de autonomía han debido imaginar inmediatamente límites que den algún sentido a las elecciones humanas y hagan posible pensar ese principio sin incurrir en absurdos demasiado notorios. El primero de estos autores fue el primer formulador del principio, Emmanuel Kant; en efecto, el filósofo de

⁵⁰⁸ Véase Fagothey, A., *Ética. Teoría y aplicación*, trad. de C. G. Ottenwaelder, México, Interamericana, 1973, pp. 126-134; también véase Debeljuh, P., *El desafío de la ética*, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial, 2003, pp. 76-110.

⁵⁰⁹ Véase Massini-Correas, C. I., “Acerca del principio ético de autonomía. Consideraciones a partir de la bioética contemporánea”, en Araos San Martín, J. (ed.), *Amor a la sabiduría. Estudios en homenaje al Profesor Juan de Dios Vial Larráin*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004, pp. 595-619.

Königsberg, desde los mismos orígenes de su propuesta de un principio de autonomía moral, ató a ese principio a una limitación constitutiva: la del denominado “imperativo categórico”.

La autonomía de la voluntad —escribe Kant— es la constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para ella misma (independientemente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de autonomía, pues, es así: no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal.⁵¹⁰

De aquí se sigue la estructura del principio de autonomía: que el fundamento radical del deber moral reside en la voluntad o razón práctica del mismo sujeto obligado, pero debe cumplir para resultar operativo con un *test* o prueba: que sus mandatos revistan carácter universal y valgan para todos los sujetos que se encuentren en una situación moral similar.

Otro tanto ocurre con los defensores contemporáneos de ese principio en el contexto de concepciones “liberales” de la bioética; en efecto, el conocido bioeticista James Childress defiende el principio de (respeto por la) autonomía pero sólo con el carácter de principio *prima facie*, es decir, en cuanto sobrepasable o derrotable por otros principios complementarios; “son muchas las situaciones clínicas —afirma esta autor— en las que el peso de la autonomía es mínimo y el de la no-maleficencia y la beneficencia máximo. De la misma manera, al adoptar medidas públicas, la necesidad de justicia puede resultar superior a la obligación de respetar la autonomía”.⁵¹¹ Por su parte, otros autores como Rodolfo Vázquez y Carlos Nino limitan el principio de autonomía, ante todo, con el agregado de que las decisiones autónomas no pueden causar daño a otros, y con la adición de otros principios,

⁵¹⁰ Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición bilingüe de J. Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 440, 15.

⁵¹¹ Childress, J. F., “El lugar de la autonomía en la bioética”, en Luna, F. y Salles, A., *Bioética. Investigación, muerte...*, cit., p. 181.

como el de dignidad de la persona humana y el de igualdad de las personas, en los que se incluyen asimismo otros bienes humanos, como la vida, la integridad física, la privacidad afectiva y familiar y el honor y la propia imagen.⁵¹²

En definitiva, resulta que los mismos autores que defienden la existencia del principio de autonomía, se ven en la necesidad de buscarle a ese principio límites que le otorguen un sentido deóntico o estimativo; en otras palabras, que hagan posible su operatividad razonable y le provean una dimensión valiosa a la conducta humana, dimensión que el propio principio de autonomía no está en condiciones de proveer. Y esto es así en razón de que no existe un principio —un principio *normativo*, se entiende— de autonomía, que regule y otorgue sentido moral a la conducta humana. Lo que sí existe es un supuesto antropológico de la eticidad: que los hombres son autónomos, es decir, dotados de libertad de elección en la búsqueda de su bien personal, el que se actualiza por medio de la búsqueda, promoción, persecución y realización de los bienes humanos básicos.⁵¹³

En este mismo sentido, Robert P. George defiende que

El significado de la autonomía, es posible concluir, no es el de proveer una razón para la acción, sino, mejor, el de suministrar una condición para la posibilidad de la deliberación práctica y la elección..., ya sea que uno delibere bien y elija rectamente (es decir, actúe en razón de, y realizando, el bien de la razonabilidad práctica, entre otros bienes), o no haciéndolo.⁵¹⁴

La autonomía —afirma en otro lugar del libro— no puede proveer una razón última para la acción. La autonomía no puede proveer una razón última para realizar una determinada acción allí donde existen razones competitivas para no realizarla... Estas

⁵¹² Vázquez, R., *op. cit.*, pp. 12-15, y Nino, C., *op. cit.*, pp. 159-184, y Salles, A., “El aborto”, *cit.*, pp. 255 y ss.

⁵¹³ Véase, en este punto, Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 59-99.

⁵¹⁴ George, R. P., *op. cit.*, p. 181.

razones son provistas por las varias realidades intrínsecamente valiosas que pueden ser hechas y realizadas por la elección humana y la acción, no por la autonomía en sí misma. Estas cosas intrínsecamente valiosas son los denominados ‘bienes básicos’, que proveen razones últimas para la elección y la acción.⁵¹⁵

Resumiendo lo anterior sucintamente, es posible sostener que la autonomía, o la capacidad de elegir distintos cursos de acción, es una cualidad constitutiva del ser humano, que debe actualizarse para que una acción sea propiamente humana y por lo tanto susceptible de calificación moral como buena o mala. El ejercicio de la autonomía es, por lo tanto, una condición necesaria para ser prácticamente razonable —o irrazonable— y para realizar algunas instancias de ciertos bienes humanos básicos. Pero sin esta referencia —positiva o negativa— a un bien humano, la mera autonomía o capacidad de elección no tiene contenido moral; en otras palabras, no es ni buena ni mala, ni moral ni inmoral, ni valiosa ni disvaliosa. Y es por eso que aquellos autores que hablan de un “principio de autonomía” se ven obligados a añadirle otros principios: de universalidad, de dignidad, de respeto a los demás, etcétera, para que aquel principio adquiera un sentido normativo: en definitiva, un sentido moral.⁵¹⁶

III. ¿EXISTE UN DERECHO GENERAL DE AUTONOMÍA? (II)

Por todo ello, y si se regresa a la propuesta de Alan Gewirth acerca de la estructura de “un derecho”, no es posible sostener razonablemente la existencia de un “derecho general de autonomía”, es decir, del mero ejercicio de la autonomía considerada en sí misma, toda vez que la denominada por ese autor “base justificatoria del

⁵¹⁵ *Ibidem*, pp. 179 y 180.

⁵¹⁶ Acerca del debate sobre el “principio de autonomía”, véase Kemp, P. *et al.* (ed.), *Bioethics and Biolaw. Vol. II. Four Ethical Principles*, Copenage, Centre for Ethics and Law in Nature and Society, 2000, *passim*.

derecho” no puede radicar en un principio inexistente en cuanto principio normativo. Para que un derecho resulte justificado racionalmente debe basarse en un principio que incluya como razón para la acción a un bien humano⁵¹⁷ y ordene a él la conducta —de exigencia o de cumplimiento— de los sujetos de la relación de derecho. De este modo, el bien humano de la sociabilidad —y el principio que en él se basa— será el fundamento radical del derecho de asociarse, el bien del conocimiento será la raíz del derecho a la educación, el bien del trabajo justificará el derecho a trabajar “y ejercer toda industria lícita”, el bien de la vida humana será la causa normativa del derecho a la vida (o a la “inviolabilidad de la vida”⁵¹⁸) y así sucesivamente.

Por supuesto que ciertos bienes humanos requieren del ejercicio efectivo de la autonomía para su realización adecuada; así, por ejemplo, el bien de la sociabilidad-amistad exige una decisión libre de los socios o amigos, ya que nadie puede ser amigo a la fuerza; el bien del conocimiento supone una receptibilidad libre de los contenidos cognitivos, pues de lo contrario no se produciría su necesaria aprehensión o captación; el bien humano del trabajo, privado de alguna medida de decisión autónoma, se transforma en esclavitud y degrada al hombre, y así sucesivamente. Por lo tanto, es evidente que no se trata aquí de una *mera* autonomía, aislada e independiente de toda relación con un bien básico o alguna de sus concreciones. Afirma a este respecto Cruz Prados, que “la autonomía humana no se basa en el escepticismo acerca del bien, en la falta de conocimiento acerca de lo que es bueno. Sabemos que la autonomía es valiosa porque conocemos que es necesaria para la obtención de determinados bienes”.⁵¹⁹ De este modo, los derechos, que tienen por objeto la realización

⁵¹⁷ En este punto, véase Finnis, J., *Natural Law...*, *cit.*, pp. 198-230.

⁵¹⁸ Sobre este derecho, véase Massini-Correas, C. I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en Massini-Correas, C. I. y Serna, P. (eds.), *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 179-222.

⁵¹⁹ Cruz Prados, A., *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, EUNSA, 1999, p. 32.

social de esos bienes, están constitutivamente vinculados a ellos y no puede pensarse que la mera capacidad de elección, sin objeto alguno, pueda constituir el contenido de un derecho específico.⁵²⁰

Pero el mayor problema que se presenta a la presunta alegación de un derecho de la madre a decidir autónomamente abortar un feto vivo, es que el *objeto* de ese “derecho” —la prestación que se reclama— no podrá ser la autonomía en sí —por las razones apuntadas— sino la muerte del no nacido, es decir, se tratará de un derecho a provocar la muerte —es decir, *matar*— a un ente humano vivo. Y no se trata de otra cosa en el caso del aborto, aun cuando se lo intente diluir u ocultar con el uso de expresiones tales como “interrupción del embarazo” u otras similares. Ahora bien, resulta bastante claro que la eliminación física de un ente humano vivo no puede consistir en un bien humano, es decir, en alguna dimensión de su perfección o realización, y por lo tanto no puede considerársela como el objeto legítimo de un derecho moral. Por más que suene antipático, no existe un “derecho a matar” deliberadamente a un ser humano inocente, por más que sea pequeño, y no pueda realizar todavía cálculos matemáticos o efectuar opciones políticas, acciones que podrá realizar eventualmente si no se practica el aborto y se lo deja vivir.⁵²¹

Por otra parte, todas las varias doctrinas que sostienen que en el caso del aborto es posible matar a un ser humano, porque todavía no ha adquirido el estatus de “persona” son, como lo sostiene Finnis, “racionalizaciones”⁵²² producidas para excusar la decisión, ya tomada por motivos hedonistas, económicos o ideológicos, de sacarse de encima el problema de un embarazo. Y

⁵²⁰ Véase Massini-Correas, C. I., “La eutanasia activa voluntaria: ¿existe un derecho a morir?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. LXXX-3, 2003, pp. 398-408.

⁵²¹ Véase Spaemann, R., *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de J. Mardomingo *et al.*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, pp. 358 y ss.

⁵²² Finnis, J., “Justice for Mother and Child”, *Collected Essays-III-Human Rights & Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 314.

esto queda demostrado toda vez que, con anterioridad al debate contemporáneo sobre el aborto, la inmensa mayoría de los estudiosos identificaban las nociones de “ser humano” y de “persona humana”, comenzando por Boecio de Dacia,⁵²³ y quienes no lo hacían, como el caso excepcional de John Locke, se oponían decididamente al aborto.⁵²⁴

Además, resulta claro que una cualidad constitutiva de un determinado ente, como lo es la “personidad” en el caso del hombre, que lo establece en su índole propia, no se puede tener por grados, o más o menos, o sólo un poco, sino que se posee o no se posee integralmente, y si se posee, constituye al ser en su modo de ser intrínseco, diferenciándolo de los restantes seres de la realidad. Distinto es el caso de las cualidades adventicias, o determinaciones accidentales, que afectan al sujeto especialmente en su operación, pero no lo constituyen en cuanto tal sujeto. Es por esto que la operación o actividad del sujeto evidencia su constitución esencial pero no la determina; de este modo, *v. gr.* el lenguaje articulado evidencia el carácter inteligente del hombre, pero no lo constituye en cuanto tal: el hombre habla porque es inteligente, pero no es inteligente porque habla. Y respecto a la personidad, esto significa que el hombre actúa como un ser personal porque es persona constitutivamente, pero esa actividad no es la que lo integra en cuanto tal, de modo que un ser humano es persona aunque todavía —o ya no— pueda ejercer todas las actividades que le corresponden por su índole propia. Por ello, pretender que existen seres humanos que no son personas porque aún no están en condiciones de ejercer todas las actividades que corresponden a un adulto sano,⁵²⁵ y además que por ello se les puede

⁵²³ Véase Amengual, G., *Antropología filosófica*, Madrid, BAC, 2007, pp. 215 y ss.

⁵²⁴ Véase Kalinowski, G., “El derecho a la vida en Tomás de Aquino”, en varios autores, *El derecho a la vida*, *cit.*, pp. 219 y ss.

⁵²⁵ Entre los varios autores que defienden esta posición, se destaca Hugo Tristram Engelhardt, quien sostiene que “no todos los seres humanos son personas, no todos son auto-reflexivos, racionales o capaces de formarse un con-

matar sin cometer ninguna falta moral, es una argumentación irracional e inadmisibile.⁵²⁶

En un sentido similar, ha escrito Robert Spaemann que

Reducir la persona a ciertos estados actuales —conciencia del yo y racionalidad— termina disolviéndola completamente: ya no existe la persona sino sólo “estados personales de los organismos”. Esta doctrina se halla en flagrante contradicción con nuestra intuición espontánea más elemental. Es, inclusive, internamente contradictoria, pues los estados personales de conciencia no se pueden describir el absoluto sin recurrir a la identidad entre hombre y persona... Si el hombre fuera un ser vivo que hay que amaestrar, no una persona, no asimilaría [ni desarrollaría] las formas de expresión del ser personal. La personalidad [o personalidad] es una constitución esencial, no una cualidad accidental. Y mucho menos un atributo que... se adquiera poco a poco. Dado que los individuos normales de la especie *homo sapiens* se revelan como personas por poseer determinadas propiedades, debemos considerar seres personales a todos los individuos de esa especie, incluso los que todavía no son capaces, no lo son ya o no lo serán nunca, de manifestarlos.⁵²⁷

IV. ¿EXISTE UN DERECHO A LA VIDA?

Habiendo argumentado en favor de la inanidad e inconsecuencia de la propuesta de un derecho general de autonomía que incluya un derecho a abortar, corresponde decir unas palabras acerca de la posibilidad de defender la existencia del denominado “derecho

cepto de la posibilidad de culpar o alabar. Los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma profundo son ejemplos de seres humanos que no son personas. Estas entidades son (sólo) miembros de la especie humana”, Tristram Engelhardt, H., *The Foundations of Bioethics*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, p. 107.

⁵²⁶ En este punto, véase Serani Merlo, A., *El viviente humano. Estudios biofilosóficos y antropológicos*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 77-92.

⁵²⁷ Spaemann, R., “¿Todos los hombres son personas?”, en Barco, J. L. del (ed.), *Bioética*, Madrid, Rialp, 1992, p. 72.

a la vida”, que en rigor debería llamarse “derecho a la inviolabilidad de la vida” o “derecho a no ser muerto deliberadamente”. Tal como se expuso más arriba, el sentido del derecho en general, y de los derechos-facultades en especial, radica en la prosecución del bien humano, en sus diversas dimensiones y en el contexto de la vida social.⁵²⁸ Particularmente, los derechos morales consisten en facultades deónticas de exigir la prestación de un cierto objeto, que consiste decisivamente en una acción ordenada a un determinado bien humano en su realización intersubjetiva. De este modo, *u. gr.* existe un derecho a constituir asociaciones que se ordenan a la concreción del bien humano de la sociabilidad-amistad, así como un derecho a la libertad de prensa que procura alcanzar algunas de las dimensiones del bien del conocimiento, y así sucesivamente.⁵²⁹

Ahora bien, antes de abordar el caso del bien humano de la vida, conviene recordar una distinción que efectúa Robert P. George en los bienes humanos entre los “sustantivos” y los “reflexivos”. Sostiene este autor que los bienes de:

‘Vida’, ‘conocimiento’, ‘juego’ y ‘experiencia estética’ son bienes *sustantivos*: si bien ellos pueden ser concretados a través de las elecciones por las cuales actuamos en su prosecución, cada uno de ellos es participado por nosotros antes y aparte de nuestras elecciones y de las comprensiones prácticas presupuestas por nuestras elecciones, como un don de la naturaleza y parte de nuestro patrimonio cultural. Por su parte, ‘sociabilidad’ y ‘razonabilidad práctica’... son bienes *reflexivos*: pueden ser concretados sólo y a través de las elecciones por las cuales actuamos por ellos. La elección entra en su misma definición; no pueden ser realizados o participados excepto a través de la elección de realizarlos o de participar en ellos.⁵³⁰

⁵²⁸ Véase Massini-Correas, C. I., *Filosofía del derecho-I*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo-Perrot, 2005, pp. 31-175.

⁵²⁹ Véase Massini-Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 143 y ss.

⁵³⁰ George, R. P., *Making Men Moral...*, *cit.*, p. 14 (énfasis añadido).

Esto significa que algunos bienes básicos incluyen en su misma constitución los actos electivos y los previos de la razón práctica por los que se alcanzan o realizan; pero hay otros bienes en los que razón y elección pueden ocasionalmente aparecer, pero no resultan necesarias para su presencia.

A estos últimos pertenece el bien humano de la vida, toda vez que la existencia humana persiste sin necesidad —en el sentido de condición necesaria— de opciones o elecciones de los sujetos; la vida se tiene por razones naturales y se conserva habitualmente por esas mismas razones; las elecciones humanas pueden afectar su calidad o su continuidad, pero no su existencia misma, al menos no de modo necesario. Dicho en otras palabras, el sujeto no tiene que realizar elecciones para poseer ese bien, aunque puede escoger el atentar directa y deliberadamente en su contra. Y consecuentemente, el correspondiente derecho, denominado comúnmente como “derecho a la vida”, no consiste en un derecho moral a *tener* la vida, sino a que se *respete* la vida existente en todas sus dimensiones y en toda su duración natural.

Ahora bien, si se concentra la atención en el mencionado “derecho a la vida”, resulta claro que éste tiene por objeto la protección, amparo y defensa del bien de la vida humana, bien que reviste una particular relevancia, toda vez que no sólo constituye una de las dimensiones del perfeccionamiento humano, sino que aparece como la condición necesaria para la realización de los restantes bienes humanos.⁵³¹ De este modo, la vida se manifiesta como un bien que hace a la sustancia del ser humano —es el bien sustantivo por excelencia— contrariamente a lo que ocurre con los demás bienes humanos, que perfeccionan determinaciones adventicias del hombre, como su relación con los demás, su disfrute de la belleza o su capacidad de interiorizar intencionalmente una realidad o un aspecto de ella a través del conocimiento. “La bondad sustancial —ha escrito de Raeymaker— es la fuente de las operaciones accidentales por las cuales el ente particular

⁵³¹ Véase Massini-Correas, C. I., “El derecho a la vida...”, *cit.*, pp. 204-212.

llega a desarrollarse implicando a las demás realidades en su evolución. Cuanto más perfecto es el ente sustancial, más vasto es su campo de actividad”.⁵³²

Pero, además, y si se analiza la cuestión desde un punto de vista estrictamente práctico, resulta claro que la vida tiene un carácter especial en cuanto bien humano básico, ya que reviste una definitividad y una decisividad que no corresponden a los restantes bienes. En efecto, un atentado *v. gr.* contra el bien básico del conocimiento, como una mentira deliberada, implica una falta moral y un atentado contra el derecho moral al conocimiento, pero ese atentado no impide de modo definitivo *todo* conocimiento humano: permanecerán los conocimientos anteriores en la memoria y podrán adquirirse ulteriormente otros nuevos. En cambio, en el caso de los atentados al derecho a la inviolabilidad de la vida, cada atentado que resulte exitoso cercenará de modo decisivo todas las posibilidades humanas de perfeccionamiento. El atentado a la vida lo es, al mismo tiempo, contra todo el resto de los bienes humanos básicos, ya que la extinción de la vida supone al mismo tiempo la extinción del resto de las vías y posibilidades de realización. De este modo, el derecho a la inviolabilidad de la vida humana se constituye en un derecho sustantivo, decisivo y radical, cuyo respeto tiene una trascendencia única para el logro de todo el resto de los bienes humanos.⁵³³

Y por todo lo anterior, también es necesario defender el carácter inexceptionable del derecho a la vida, es decir, aquello que algunos autores denominan condición de “absoluto” de ese derecho.⁵³⁴ En rigor, lo que quiere expresarse aquí es que este

⁵³² Raeymaker, L. de, *Filosofía del ser*, Madrid, Gredos, 1968, p. 244.

⁵³³ Véase Massini-Correas, C. I., “Los derechos humanos y la Constitución argentina reformada”, *Persona & Derecho*, Pamplona, núm. 58, 2008, pp. 88 y ss.

⁵³⁴ En este trabajo se evitará el uso de la locución “absoluto” para referirse a los derechos, debido a que se trata de un término polisémico, con polisemia analógica, que se presta a argumentaciones semánticas generalmente falaciosas; se utilizará en su lugar la voz “inexceptionable”, que significa de modo más preciso lo que se quiere expresar. Véase Brugger, W. (ed.), *Diccionario de filosofía*,

derecho no reviste, tal como lo pretenden numerosos autores, un carácter meramente *prima facie*, con lo que se significa que se trata de un derecho sobrepasable o anulable en ciertas circunstancias o cuando se prevean ciertas consecuencias negativas. Los principales sostenedores de esta condición *prima facie* de este derecho, son los autores utilitaristas y en general consecuencialistas, para quienes las previsibles consecuencias gravosas para la madre o para el mismo feto pueden justificar moralmente la realización de un aborto, aun aceptando que el feto sea titular de un derecho *prima facie* a la vida.⁵³⁵

El problema que aquí se plantea es que, de aceptarse la categoría de “derechos *prima facie*”, técnicamente ha de desaparecer la misma categoría de “derechos”. Efectivamente, la noción de “derecho *prima facie*” resulta intrínsecamente contradictoria, ya que un “derecho” cuyo cumplimiento quede librado a que el obligado no tenga ciertos inconvenientes como consecuencia de realizar la prestación que es su objeto, no puede ser llamado propiamente “derecho”, y quedará reducido a una mera pretensión, deseo o anhelo. Correlativamente, es imposible que el sujeto pasivo de un derecho resulte propiamente “obligado” a cumplirlo, si sabe que estará autorizado a no cumplirlo si le resulta inútil, gravoso o molesto su cumplimiento. Nadie podrá “tomarse en serio”, en expresión de Dworkin,⁵³⁶ un derecho que está sujeto a la condición permanente y suspensiva de que el deudor no tenga razones de utilidad o conveniencia para no cumplirlo. Dicho en

trad. de J. M. Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1975, voz “absoluto”; Magnavacca, S., *Léxico técnico de filosofía medieval*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 2005, voz “absolutum”, y González, A. L., *Diccionario de filosofía*, Pamplona, EUNSA, 2010, voz “absoluto”.

⁵³⁵ Véase Farrell, M. D., *La ética del aborto y de la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, *passim*; desde un punto de vista crítico, véase Grisez, G., *El aborto. Mitos, realidades y argumentos*, trad. de L. Bittini, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1972, pp. 437 y ss.

⁵³⁶ Véase Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1982.

otras palabras, un derecho que se tiene condicionalmente a la ocurrencia o posibilidad de ciertos resultados no es propiamente un derecho; en rigor sólo es un derecho, una facultad de obrar o de exigir del que se es titular cada vez —y todas y cada una de las veces— que se den las condiciones requeridas para su existencia.⁵³⁷ Y es precisamente lo contrario lo que sostiene *v. gr.* M. A. Warren cuando afirma que el feto humano tiene un cierto derecho a no ser muerto, pero que ese derecho cede sistemáticamente frente al presunto derecho de la madre de “desembarazarse” de su hijo.⁵³⁸

En definitiva, de lo expuesto en este acápite es posible concluir al menos las siguientes afirmaciones: (i) los derechos-facultades morales tienen como objeto el cumplimiento de una prestación ordenada a la realización de un bien humano en un contexto social de alteridad; (ii) ese mismo bien humano es el que justifica racionalmente el correspondiente derecho, ya que provee razones decisivas, es decir, insuperables deónticamente, para la acción humana —acción, dación u omisión— que llena el contenido del derecho; (iii) la vida humana es un bien humano sustantivo, ya que para poseerlo no resulta necesaria una elección o preferencia, pues se tiene originariamente, desde que comienza la vida hasta su extinción natural; (iv) por esta razón, la prestación que corresponde al derecho a la vida es fundamentalmente de respeto, cuidado o defensa de un bien que se posee naturalmente, sin necesidad de elección alguna ni del titular, ni del deudor obligado; (v) este derecho tiene carácter inexceptionable, toda vez que no puede ser sobrepasado por razones de utilidad, conveniencia o riesgo de ninguna especie;⁵³⁹ (vi) por lo tanto, la mera capacidad de optar por diferentes vías de acción —la deno-

⁵³⁷ Véase Cianciardo, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 214 y ss.

⁵³⁸ Warren, M. A., “El aborto”, en Singer, P. (ed.), *Compendio de ética*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 417-431.

⁵³⁹ Véase Ramírez, H. y Pallares, P., *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011, pp. 67 y ss.

minada “autonomía”— no puede justificar por sí sola una acción deliberada —el aborto— dirigida intencionalmente a dar muerte a un feto humano, ya que esa muerte —que es objeto del acto— no puede ser justificadamente una razón moral para la acción.

V. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

(Y UN BALANCE DE LA BIOÉTICA LIBERAL-AUTONOMISTA)

De lo expuesto hasta ahora se sigue consistentemente que la pretensión de la existencia de un denominado “principio de autonomía”, fundamento suficiente de un llamado “derecho de autonomía”, es completamente infundada y hasta arriesgada. En efecto, pretender que la ética se limite a la consagración, promoción y defensa del albedrío individual —aunque luego haya que agregarle límites para otorgarle cierta racionalidad— significa un inaceptable reduccionismo de la ética, tal como se la ha entendido todo a lo largo de su existencia, que coincide con la existencia de los seres humanos. En la perspectiva liberal-autonomista, las normas morales, las virtudes, los bienes, los valores, los principios y todas las realidades éticas desaparecen como resultado de la “emancipación” de la moral de sus contenidos tradicionales y de los datos de la experiencia moral. Para Leonardo Rodríguez Duplá, es necesario recordar:

El principio de la solidaridad de todos los aspectos de la vida moral. Según este principio, las distintas virtudes y excelencias que hacen de un hombre un hombre bueno se hallan en mutua dependencia. La presencia de cada una confirma a las demás, su ausencia las debilita. La vida moral es, por lo tanto, un todo orgánico cuyas partes no sobreviven aisladas.⁵⁴⁰

De este modo, una ética reducida a la mera tolerancia de las opciones personales de los sujetos, incluida la opción por realizarse todos los abortos que vengan en gana, deja de lado la ma-

⁵⁴⁰ Rodríguez Duplá, L., *Ética de la vida buena*, Bilbao, Desclée de Brower, 2006, p. 57.

yor parte de la teoría de la vida humana lograda,⁵⁴¹ en especial todo lo referente a la generosidad, la valentía, la austeridad, la gratuidad, la solidaridad, el compromiso, la sobriedad, la amistad, la obediencia a las autoridades y tantas virtudes más. “En realidad —escribe el autor recién citado— la pedagogía moral basada en una ética de máximos, lejos de socavar el pluralismo, es su mejor garantía, pues... ni la tolerancia ni la autonomía pueden sobrevivir en el hombre si no se injertan en el entramado de las virtudes”.⁵⁴²

En especial, deja de lado las virtudes vinculadas con el respeto de los bienes ajenos, en especial el bien de la vida. Todos los bienes humanos de los demás o en los que ellos participan han de ser objeto de respeto.

El precepto del respeto [afirma Alfonso Gómez Lobo] también encuentra su justificación última en el principio formal de la razón práctica [“el bien ha de hacerse”] en cuanto su violación es exactamente lo contrario a hacer y perseguir el bien. Pero el precepto es más específico, pues agrega al principio la referencia *al daño causado intencionalmente*. De hecho, de este precepto procederán las normas morales negativas, que por su misma naturaleza son las más específicas y estrictas de la moral... Engañar a la esposa, mentir a un amigo, hacer trampa en el juego o hablar mal de un colega, faltan el respeto a la dignidad de los afectados sencillamente porque ciertos bienes de los que ellos participan están siendo atacados.⁵⁴³

Con mucha mayor razón que en los ejemplos aducidos por el antiguo profesor de Georgetown, en el caso de la muerte intencional de un feto se está atentando contra un bien humano básico y faltando el respeto a la dignidad de quien participa de ese bien.

⁵⁴¹ Véase Chappel, T., *Ethics and Experience. Life Beyond Moral Theory*, Durham, Acumen Publishing, 2009, p. 2 y *passim*.

⁵⁴² Rodríguez Duplá, L., *op. cit.*, p. 59.

⁵⁴³ Gómez Lobo, A., *op. cit.*, p. 69.

Por lo tanto, se trata de una acción intrínsecamente maliciosa y constitutivamente negativa desde el punto de vista moral. En definitiva, si el feto es un organismo humano y la norma de respeto aplicada al bien de la vida prohíbe matar entes humanos inocentes, ningún aborto intencional puede estar moralmente permitido, sean cuales sean las consecuencias previsibles del embarazo. Estas últimas pueden atenuar o agravar el juicio moral, pero nunca lo constituyen, ni pueden hacer que la acción de matar resulte buena o tolerable.

Por todo lo anterior, la bioética liberal-autonomista no ofrece una explicación satisfactoria de su aprobación, aunque sea a veces condicionada, del aborto intencional. Es más, se ve obligado a aceptar proposiciones desconcertantes, como ésta que Rodolfo Vázquez atribuye a Carlos Nino: “Si admitimos que es inmoral matar al feto, de ello no se sigue que alguien, especialmente la madre, tenga la obligación moral de no causarle la muerte. La obligación en cuestión debe justificarse en vista de la grave restricción que representa el embarazo y la crianza para la autonomía de la madre”.⁵⁴⁴ Dicho en otras palabras, esto significa sostener al mismo tiempo las siguientes proposiciones estimativas: “no es moral matar al feto” (universal negativa) y “es moral que la madre mate al feto” (particular afirmativa), las que resultan contradictorias y por lo tanto no pueden ser a la vez verdaderas.⁵⁴⁵ Es evidente que si la madre no tiene ninguna obligación moral de respetar la vida de su hijo, poco importa que la muerte del feto sea inmoral; seguramente será muerto autónomamente y la ética liberal aprobará la acción.

Todo esto es el resultado del abandono de los parámetros éticos de la tradición central de occidente, en especial del carácter referencialmente objetivo de los juicios morales, de la abdi-

⁵⁴⁴ Vázquez, R., *op. cit.*, p. 60.

⁵⁴⁵ Véase Ziembinski, Z., *Practical Logic*, Dordrecht-Boston-Warsawa, Reidel Publishing-Polish Scientific Publishers, 1976, pp. 77-83, y Kalinowski, G., *La logique déductive. Essai de présentation aux juristes*, París, PUF, 1996, pp. 85 y ss.

cación del papel insustituible que juegan los bienes humanos en la formación de los juicios práctico-éticos, del olvido de toda la dimensión virtuosa de la moralidad,⁵⁴⁶ así como del carácter eminentemente racional que ha de tener la dirección de la conducta humana y de la consecuente reducción de la realidad moral a la simple afirmación de una autonomía sin sentido finalista, objeto de una tolerancia casi universal. Se trata, por lo tanto, de una cómoda ética del todo vale, en el que la condición de no producir daño a otros se reduce a los daños directos a los sujetos individuales, sin tener en cuenta los daños colaterales, futuros y los que pueden causarse al bien común de las diferentes comunidades. Es por ello que

La reducción de la ética a una ética de mínimos, comporta un considerable empobrecimiento del análisis moral. Dicho en dos palabras, asistimos hoy a la suplantación de la ética por el derecho. Obsérvese... que ‘lo exigible’ al ciudadano de una sociedad pluralista se identifica a menudo con lo que el Estado puede legítimamente imponer con medios coercitivos.⁵⁴⁷

En definitiva, la reducción de la ética —realizada enfáticamente por la ética liberal— a la mera tolerancia de cualquier elección autónoma que le venga en gana al sujeto, con la única salvedad de que no cause un daño directo e inmediato a otros individuos, significa en los hechos la supresión de la ética como doctrina de la vida humana lograda y su disolución como guía racional hacia objetivos de perfección personal y colectiva. En este contexto, el de una ética que ha dejado de lado los límites

⁵⁴⁶ Véase, en este punto, Russell, D.C., *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 37-71. Sobre la ética de virtudes en el marco de la bioética contemporánea, véase: Ferrer, J. J. y Álvarez, J. C., *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*, 2a. ed., Madrid, Universidad de Comillas-Desclée de Brower, 2005, pp. 183-204.

⁵⁴⁷ Rodríguez Duplá, L., *op. cit.*, p. 54.

objetivos en el obrar,⁵⁴⁸ es posible considerar que la muerte deliberada de un ser humano en estado fetal es una conducta legítima —aunque se trate de un daño a otro— siempre que sea el resultado de una opción autónoma de la madre gestante. El principal problema que aquí se plantea es que esa opinión significa la ruina de la ética como actividad racional y el olvido del principio basilar sobre el que se levantan todas las comunidades humanas: el de que no se debe matar *nunca*⁵⁴⁹ deliberada y directamente a los demás seres humanos.

⁵⁴⁸ Spaemann, R., *Límites...*, *cit.*, pp. 347.

⁵⁴⁹ Véase, en este punto, Finnis, J., *Moral Absolutes. Tradition, Revision, and Truth*, Washington D.C., CUA Press, 1991.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

LA EUTANASIA ACTIVA VOLUNTARIA: ¿EXISTE UN DERECHO A MORIR?

I. LA CUESTIÓN DEL DERECHO A DISPONER DE LA PROPIA VIDA

No es necesario extender demasiado los estudios para constatar que el núcleo central de la ética social contemporánea se formula, en especial a partir de la década de los cincuenta, en términos casi exclusivamente de derechos individuales; en efecto, desde que las Naciones Unidas promulgaron la llamada Declaración Universal de Derechos Humanos, comenzó a generalizarse en la cultura ética y jurídica de occidente la tendencia cada vez más pronunciada a resolver principios, deberes y exigencias morales en términos de estrictos derechos. Este fenómeno significó un evidente empobrecimiento o reducción en el ámbito de la ética, del que se fue excluyendo, o al menos postergando, toda la temática de las virtudes, deberes, valores y objetivos de excelencia humana,⁵⁵⁰ para centrarse casi en exclusiva en las facultades jurídicas o jurídico-morales de los sujetos. Ahora bien, dentro de este amplio campo de las exigencias ético-jurídicas de los sujetos humanos, se han efectuado numerosas clasificaciones y subdivisiones; una de las más difundidas es la que divide a los derechos según “generaciones”, es decir, a partir de las diversas etapas históricas en las que fueron apareciendo y adquiriendo relevancia.

En este sentido, un buen número de autores ha dividido los derechos en cuatro “generaciones”, que si bien no tienen una estricta continuidad histórica, se pretende que tengan una cier-

⁵⁵⁰ Véase Massini Correas, C. I., “Verdad, libertad y el paradigma ético contemporáneo”, *Sapientia*, Buenos Aires, núm. 206, 1999, pp. 427-435.

ta secuencialidad lógica o racional;⁵⁵¹ estas “generaciones” son las siguientes: (i) derechos de la primera generación o derechos libertades, que establecen ámbitos de libertad de los individuos exentos de la actuación del estado, del que exigen sólo una abstención; (ii) derechos de la segunda generación o derechos sociales, con los que se pretende establecer las condiciones económico-sociales necesarias para el ejercicio más igualitario posible de los derechos libertades, y para cuyo cumplimiento resultan necesarias ciertas actuaciones positivas del estado o de los particulares; (iii) derechos de la tercera generación o derechos difusos, entre los que se incluyen los vinculados con el medio ambiente⁵⁵² y aquéllos que no tienen un sujeto deudor suficientemente determinado, como *v. gr.* el denominado derecho a la paz o los llamados derechos de las generaciones futuras; (iv) finalmente, si bien el contenido de los derechos de la cuarta generación resulta altamente discutido, en general se hace referencia con ellos a lo que podemos llamar “derechos de emancipación”, es decir, supuestos derechos vinculados con la afirmación a ultranza de la autonomía del sujeto contra toda subordinación a normas éticas objetivas, en especial las propuestas por las concepciones morales tradicionales.⁵⁵³

Entre estos últimos derechos, ha comenzado a defenderse en los años más recientes el llamado “derecho a morir”,⁵⁵⁴ o “de-

⁵⁵¹ Véase Ara Pinilla, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 94 y ss.

⁵⁵² Véase Martínez Pujalte, A. L., “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en Ballesteros, J. (ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 95 y ss.; también Squella Narducci, A., “¿Nuevas generaciones de derechos humanos?”, *Estudios sobre derechos humanos*, Valparaíso-Chile, EDEVAL, 1991, pp. 189 y ss.

⁵⁵³ Véase Lo Duca, J. M., “Derechos del erotismo y derechos al erotismo”, *Janus*, Buenos Aires, núm. 5, 1966, pp. 79 y ss. Para la crítica de estas concepciones, véase Cotta, S., “Le problème du fondement des droits de l’homme”, *Memoria del X Congreso Mundial de Filosofía del Derecho*, vol. VI, México, UNAM, 1982, pp. 46 y ss.

⁵⁵⁴ Acerca de esta terminología, véase Kass, L. R., “Is There a Right to Die?”, *Hastings Center Report*, enero-febrero de 1993, pp. 34 y ss.

recho a disponer de la propia vida”, conforme al cual correspondería respetar a ultranza la voluntad autónoma de los sujetos respecto a la duración de su existencia, hasta el límite de configurarse un derecho —reclamo por el que toda persona podría exigir a otros— en especial a los médicos que lo atienden —que le quiten activa y directamente la vida a su solo requerimiento. Escribe a este respecto el bioeticista ultraliberal Max Charlesworth, que

El derecho a la autonomía o autodeterminación es de hecho el fundamento de todos los demás derechos humanos, ya que no tendría ningún sentido hablar de ‘derechos’ a no ser que seamos capaces de decidir por nosotros mismos y ser responsables de nuestra vida... Este derecho a la autonomía moral, como hemos visto, lleva consigo un derecho subsidiario a controlar la duración de la vida de uno y la manera de morir.⁵⁵⁵

De acuerdo con este razonamiento, existiría indudablemente un derecho humano a disponer al momento y modalidades de la propia muerte, derecho que supondría el deber estricto de otros —en especial de los médicos— de proporcionar a su titular los medios correspondientes.

Pero el planteamiento de este derecho no está exento de ambigüedades, toda vez que con la locución “derecho a morir” y las relacionadas con ella, se designa toda una serie de situaciones radicalmente diferentes, tales como las ejemplificadas por los siguientes casos: (i) el conocido caso *Cruzan*, en el que una mujer en situación de coma irreversible, sólo podía continuar viviendo por medio de mecanismos artificiales de respiración y alimentación y cuyos padres reclamaron judicialmente la suspensión de los tratamientos para dejarla morir naturalmente;⁵⁵⁶ (ii) el caso

⁵⁵⁵ Charlesworth, M., *La bioética en una sociedad liberal*, trad. de M. González, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 43. Véase Meisel, A., *The Right to Die*, vol. I-II, Nueva York, John Wiley & Sons, 1995.

⁵⁵⁶ Véase Finnis, J., “The «Value of Human Life» and «The Right to

Dax Cowart,⁵⁵⁷ en el que un hombre, seriamente quemado en un accidente y que sólo podía subsistir por medio de tratamientos dolorosos, pero en pleno estado de conciencia, solicitaba él mismo que se suspendieran esos tratamientos para dejarse morir, o finalmente, (iii) el caso *Jane Adkins*, en el que una mujer con los primeros síntomas del *Mal de Alzheimer*, pero en perfecto estado de conciencia, solicitó al célebre doctor Kevorkian que la conectara a su “máquina de la muerte” para terminar sus días antes de que la enfermedad avanzara demasiado.

En todos estos casos se ha hablado de “derecho a morir”, pero es bien claro que se trata de realidades esencialmente diferentes, que merecen un juicio ético diferente y que plantean cuestiones jurídicas y morales diversas. En el presente trabajo, y por cuestiones de rigor metodológico, vamos a limitarnos a tratar el caso de quienes, en plena posesión de sus facultades, afectados o no de una enfermedad terminal, deciden exigir a otros, especialmente a sus médicos, que les proporcionen los medios para morir de modo rápido e indoloro; en la generalidad de los casos, el solicitante estará afectado de un mal incurable y resultará previsible que habrá de sufrir dolores o incomodidades de diversa índole en el transcurso de su enfermedad, pero esta última circunstancia no es estrictamente necesaria en la situación que estudiaremos. Es más, prescindiremos deliberadamente de este tipo de situaciones —de la terminalidad y de la presencia de dolores— en el tratamiento del tema del derecho a morir, ya que ellas no resultan estrictamente necesarias para el planteamiento acerca de la existencia de ese derecho.

Esto significa que *no trataremos ni discutiremos*: (i) los casos en los cuales personas en coma irreversible y afectadas de una enfer-

Death»: Some Reflections on Cruzan and Ronald Dworkin”, *Southern Illinois Law Journal*, vol. 17, 1993, pp. 559 y ss., así como Hooft, P. F., “El caso Nancy Cruzan: ¿eutanasia, ortotanasia o encarnizamiento terapéutico?”, *Bioética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1999, pp. 81 y ss.

⁵⁵⁷ Véase Cavalier, R. y Covey, P. K., *A Right to Die? The Dax Cowart Case*, Londres-Nueva York, Routledge, 1996.

medad terminal no pueden permanecer vivas sin la asistencia de respiradores, corazones artificiales, etcétera, y el problema que se plantea es el de continuar o no con la aplicación de esos medios extraordinarios de subsistencia, sin los cuales la muerte se produciría irremediamente de modo natural; en estos tipos de casos algunos autores como Hans Jonas hablan de “derecho a morir”, pero se trata de situaciones esencialmente diferentes de aquellas en las que esa locución se aplica con más propiedad;⁵⁵⁸ (ii) las situaciones en las que una persona con una enfermedad incurable y que conducirá casi seguramente a la muerte, es medicada con calmantes o sedantes que pueden acelerar su muerte, pero con el único objetivo de mitigar sus dolores; en estos casos se asume el riesgo de la muerte como posible efecto colateral, pero la finalidad central del tratamiento es la de reducir los dolores y angustias que puede sufrir el paciente; en estos y otros casos similares se habla de *eutanasia indirecta*, pero su consideración bioética o biojurídica es radicalmente diferente de la que corresponde al tipo de situaciones que nos interesa abordar en esta oportunidad.⁵⁵⁹

Dicho brevemente, abordaremos aquí sólo la cuestión de saber si existe en los sujetos humanos un derecho estricto a disponer de su propia vida —aun en el caso de que se requiera colaboración de otro sujeto— en el momento y en el modo en que lo consideren oportuno, estemos o no en presencia de una enfermedad terminal o de una declinación física o mental definitiva. Algunos autores hablan en este caso de *suicidio asistido*, pero la tónica general es la de hablar en estas situaciones de la existencia —o

⁵⁵⁸ Jonas, H., “Técnicas de aplazamiento de la muerte y derecho a morir”, en *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*, trad. de C. Fortea Gil, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 159 y ss.

⁵⁵⁹ Para la consideración de las diversas situaciones que pueden presentarse con ocasión de la muerte humana y su tratamiento bioético, véase Roa, A., *Ética y Bioética*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1998, pp. 111 y ss.; Romeo Casabona, C. M., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Areces, 1994, pp. 419-490; Sgreccia, E., *Manual de Bioética*, trad. de V. M. Fernández, México, Diana, 1996, pp. 605 y ss., y Vidal, M., *Bioética. Estudios de bioética racional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 62-71.

no— de un presunto “derecho a morir”, o bien “a disponer de la propia vida”.⁵⁶⁰ A esos efectos, desarrollaremos primero algunos de los argumentos centrales esgrimidos a favor de la existencia de ese derecho, centrándonos en el pensamiento de algunos de sus más destacados defensores: (i) el profesor norteamericano Ronald Dworkin, quien fuera consultado oficialmente por el Congreso de los Estados Unidos y por el Parlamento inglés, acerca del tema de la des-incriminación de la eutanasia;⁵⁶¹ (ii) el teólogo alemán Hans Küng, y (iii) el iusfilósofo argentino Martín Diego Farrell. Luego de esta exposición discutiremos los supuestos teórico-filosóficos de esta defensa del “derecho a morir”, para finalizar con algunas conclusiones acerca de la pertinencia o no de ese pretendido derecho. El nivel de consideración que adoptaremos será el de la filosofía práctica, en especial de la filosofía jurídica, que es en el que se debaten actualmente estas cuestiones, ya que desde el punto de vista jurídico-positivo la enorme mayoría de las legislaciones, incluida la Argentina, no aceptan la existencia de ese derecho.⁵⁶²

⁵⁶⁰ El derecho a disponer de la propia vida fue defendido por varios de los más notorios eticistas y filósofos del derecho norteamericanos en una presentación que efectuaron, en calidad de *Amicus Curiae*, ante la Corte Suprema norteamericana cuando ésta tuvo que resolver acerca de la despenalización de la eutanasia (lo hizo negativamente) en el caso *Washington v. Glucksberg* (117 s. Ct. 2258, 138, L.Ed. 2d. 772 1997). Véase Dworkin *et al.*, “Assisted Suicide: The Philosophers Brief”, *The New York Review of Books*, Nueva York, marzo de 1997, pp. 41 y ss. Sobre esta presentación, véase Padrón, H., “Consideraciones sobre las perspectivas actuales del morir humano”, *Sapientia*, Buenos Aires, núm. LIV-206, 1999, pp. 253 y ss.

⁵⁶¹ Véase, sobre las ideas de Dworkin a este respecto, Stith, R., “Sobre la muerte y Dworkin. Una crítica de la teoría de la inviolabilidad de Ronald Dworkin”, *pro manuscripto*, 1999.

⁵⁶² Véase Gelli, M. A., “La prohibición del suicidio asistido. (La) Garantía de la igualdad en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 1998-B, Sección Doctrina, 1998, pp. 1346 y ss.

II. SOBRE DWORKIN Y OTROS ARGUMENTOS EN FAVOR DEL “DERECHO A MORIR”

A pesar de lo extenso, matizado y alambicado de su posición,⁵⁶³ cuando se dejan de lado todos los rodeos y se va al meollo de las cosas, el pensamiento de Dworkin termina reduciéndose en definitiva a una forma más del difundido anti-paternalismo autonomista,⁵⁶⁴ tal como se desprende de los párrafos finales del capítulo que dedica específicamente a tratar el problema de la muerte humana; en efecto, allí escribe:

Existe la suposición extendida de que la eutanasia activa —el hecho de que los médicos maten a pacientes que suplican morir— siempre constituye una afrenta a ese valor (el de la santidad de la vida) y debería, por esa razón, prohibirse. Pero la pregunta que provoca la eutanasia no es si la santidad de la vida debería ceder ante algún otro valor, como la humanidad o la compasión, sino cómo se debería comprender y respetar la santidad de la vida... porque nadie puede tratarlos (a estos valores) como suficientemente triviales como para aceptar las órdenes de otras personas acerca de lo que esos valores significan. Hacer que alguien muera en una forma que otros aprueban, pero que él cree que es una contradicción horrorosa con su propia vida, constituye una devastadora y odiosa forma de tiranía.⁵⁶⁵

⁵⁶³ Véase para la exposición detallada del pensamiento de Dworkin en este punto, Massini Correas, C. I. y Zambrano, P., “Vida humana, autonomía y el final de la existencia: ¿existe un derecho a disponer de la propia vida?”, en Borda, G. A. (comp.), *La persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 105-137.

⁵⁶⁴ Véase Massini Correas, C. I., “La concepción deontológica de la justicia: el paradigma kantiano”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 3, 1999, pp. 351 y ss.

⁵⁶⁵ Dworkin, R., *El dominio de la vida*, trad. de R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona, Ariel, 1998 (edición original: Dworkin, R., *Life's Dominion. An Argument About Abortion and Euthanasia*, Londres, Harper Collins Publishers, 1993).

De aquí se desprende que luego de toda la larga y trabajosa argumentación acerca de los intereses críticos de los hombres, la santidad de la vida, el “modelo del desafío” y el significado de la muerte, todo termina en la necesidad de que el Estado y los demás particulares no interfieran con la autonomía⁵⁶⁶ de cada sujeto en lo que respecta a la forma de morir, la que puede ser determinada por cada uno libremente y debe ser tratada con igual consideración y respeto por todos. Dicho de otro modo, existiría un derecho moral irrestricto a fijar las condiciones de la propia muerte sin interferencias de nadie; cualquier otra alternativa significaría caer en el repudiable paternalismo, al que Dworkin califica, tomando prestados los epítetos a Kant,⁵⁶⁷ como “odiosa tiranía”. No se trata, por lo tanto, en el caso de Dworkin, sino de una versión más alambicada y compleja de la ética liberal centrada en la autonomía entendida de modo absoluto y en la negación de cualquier actividad —“paternalista”— del estado ordenada al bien de los ciudadanos.⁵⁶⁸

Pero antes de concluir con el pensamiento de Dworkin, es preciso señalar especialmente el particular modo de razonar y argumentar que utiliza el jurista norteamericano en todos sus desarrollos acerca del derecho a disponer de la propia vida: en todos ellos los argumentos centrales se basan en remisiones a la presunta opinión de “la mayoría de las personas”, “la gente”, “muchas personas”, “muchos”, “la mayoría de la gente”, “frecuentemente”, o bien “algunos individuos”. Ahora bien, Dworkin no hace nunca el intento serio de probar, aunque sea por indicios o indirectamente, la plausibilidad de esas opiniones, al menos en lo que

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 279. Véase Padrón, H., “Consideraciones sobre las perspectivas actuales del morir humano”, *Sapientia*, Buenos Aires, núm. LIV-206, 1999, pp. 253 y ss.

⁵⁶⁷ Véase Kant, I., “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, *Schriften zur Geschichtsphilosophie*, Stuttgart, Philipp Reclam, 1992, pp. 118 y ss.

⁵⁶⁸ Véase Arneson, R. J., “Mill versus Paternalism”, *Ethics*, Chicago, núm. 90-4, 1980, pp. 490 y ss.

a la eutanasia o al suicidio asistido se refiere: no se hace mención de ninguna encuesta, no se remite a algún referéndum, ni a la legislación de cierto número de países.⁵⁶⁹ No se está afirmando que este tipo de referencias tengan una especial fuerza argumentativa, sino que *ni siquiera* se remite a ellas, por lo que el nivel argumentativo de todos los razonamientos dworkinianos es de una debilidad manifiesta y especialmente llamativa en un profesor de Oxford y Harvard. En rigor, lo que hace Dworkin es remitirse a una presunta *communis opinio* liberal como si se tratara de un punto de partida incontrastable; esto resulta ser, en sede filosófica, una falencia de proporciones, ya que casualmente el cometido central de la filosofía es el de someter a la prueba de la racionalidad rigurosa las opiniones corrientes de los ciudadanos comunes.⁵⁷⁰

Otra argumentación en favor de la eutanasia activa voluntaria o suicidio asistido es la desarrollada por el teólogo cristiano —originariamente católico— Hans Küng, en especial en un libro publicado con el título de *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*.⁵⁷¹ Allí el teólogo suizo manifiesta que su objetivo en ese trabajo es el de “iniciar el necesario cambio de mentalidad... sin razonamientos fundamentalistas o autosuficientes” y admite ser consciente de que

Nuestro alegato a favor de la ayuda a morir activa, o eutanasia activa, por la que nos pronunciamos, ha de tropezar con múltiples oposiciones. Pero quizá encuentre también múltiples adhesiones —concluye— entre aquellos que quisieran encontrar una nueva manera de tratar la última gran cuestión de toda vida: con la con-

⁵⁶⁹ Dworkin se refiere a encuestas, plebiscitos, etcétera, sólo con referencia al aborto y en casi todos los casos de modo muy discutible. Véase *ibidem*, pp. 22-25, 31, 51, 67-68, 82-91.

⁵⁷⁰ Véase Lauth, R., *Concepto, fundamentos y justificación de la filosofía*, trad. de R. Gabás, Madrid, Rialp, 1975, pp. 113 y *passim*.

⁵⁷¹ Küng, H. y Jens, W., *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*, trad. de J. L. Barbero, Madrid, Trotta, 1997. Sobre Küng, véase Composta, D., *La nuova morale e i suoi problemi*, Ciudad del Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 1990, pp. 146 y ss.

ciencia de que la propia autonomía personal, presupuesto de una existencia fiable y ejemplar en lo personal y en lo social, no tiene porqué acabar allí donde empieza el morir.⁵⁷²

La argumentación de Küng a favor de la existencia de un derecho a la eutanasia activa parte de una declaración efectuada por las *Right to Die Societies* en 1976 en Tokio, en la que se proclamaba programáticamente que “cada persona debe decidir por sí misma sobre su vida y su muerte”.⁵⁷³ A partir de allí, el teólogo estudiado argumenta que casualmente porque el hombre es persona en todos los tramos de su vida, ha de tener el derecho de decidir el modo y el tiempo de morir, es decir, el “derecho a una muerte y una despedida digna de seres humanos, no sólo a una vida digna de personas”;⁵⁷⁴ “al seguimiento de Jesús —concluye— corresponde una respuesta según una ética de configuración responsable de la vida... desde su comienzo hasta su final”.⁵⁷⁵

El centro de la argumentación de Küng es, tal como lo evidencia el título del libro, que una muerte en cuya antesala el sujeto pierda la consciencia, deje de controlar sus procesos biológicos y motores o sufra dolores especialmente agudos, significa una pérdida o grave disminución de la dignidad humana. Frente a esta posibilidad, el sujeto cuenta con la autonomía más absoluta para decidir una forma de morir que resguarde esa dignidad amenazada.

Con la libertad [afirma Küng] Dios ha confiado a los hombres el derecho a la *plena* autonomía... ¿es que no ha de prevalecer, también ante el médico, el respeto a la conciencia del paciente y su autodeterminación (incluso en el caso de una libertad posiblemente debilitada)? Lo que no fuera este respeto a la conciencia me parecería un paternalismo desfasado por la medicina.

⁵⁷² *Ibidem*, p. 10

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 43.

Y retomando ese camino teológico, el pensador suizo termina afirmando que “el Dios todo misericordia que ha donado la libertad al hombre y le exige la responsabilidad de su vida, también ha confiado precisamente al ser humano moribundo la responsabilidad y la decisión en conciencia sobre el modo y el momento de su muerte”.⁵⁷⁶

Cabe destacar que en toda esta argumentación, Küng habla como teólogo cristiano, aunque en su línea argumental se evidencian algunas características al menos extrañas en el ámbito de la teología; en efecto: (i) el argumento central esgrimido por Küng es, de modo similar a lo que sucede con Dworkin, el argumento estadístico, tratando de mostrar que su posición es compartida por la mayoría de las personas, particularmente en Holanda (?), pero a diferencia del jurista norteamericano, al menos esgrime algunas estadísticas —no siempre bien identificadas— para fundar su posición; (ii) excluye expresamente a la Biblia como *locus theologiae* privilegiado, sosteniendo que “la humanidad se encuentra en esta época en una situación básicamente nueva, para la que no podemos sin más buscar simples recetas en la Biblia”, lo que no le impide recurrir a ese Libro Sagrado cuando resulta conveniente para la defensa de sus afirmaciones, y (iii) extraña su insistencia en dar consejos a la Iglesia católica, a la que considera profundamente equivocada por no aceptar la opinión de la que considera la mayoría de sus fieles, que es casualmente la que coincide con sus postulados. “Particularmente a las iglesias —escribe— y en especial a la iglesia católica,⁵⁷⁷ se les demanda que abran un camino intermedio entre el rigorismo moral y el libertinaje moral, contribuyendo así a un consenso, en vez de polarizar y dividir a la sociedad por sus posiciones extremas”.⁵⁷⁸

Finalmente, cabe hacer algunas breves referencias a las argumentaciones desarrolladas por el jurista argentino Martín Diego

⁵⁷⁶ *Ibidem*, pp. 44-54 (énfasis añadido).

⁵⁷⁷ En minúsculas en el original.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 52.

Farrell, en su difundido libro *Ética del aborto y de la eutanasia*.⁵⁷⁹ Farrell comienza su tratamiento del tema de la eutanasia partiendo de la afirmación, que en ningún momento intenta fundar, que prácticamente la totalidad de los argumentos en contra de la eutanasia “son de índole religiosa”.⁵⁸⁰ Contra estos argumentos, propone desarrollar una argumentación estrictamente ética, que comienza con la definición de la eutanasia como “el privar de su vida a otra persona sin sufrimiento físico, a su requerimiento, o al menos con su consentimiento, y en su interés”.⁵⁸¹ Y continúa con su justificación mediante el “argumento anti-paternalista”, según el cual:

Decidir el destino de una persona adulta y con inteligencia normal, es un acto que solamente corresponde a esa misma persona... La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es suficiente.⁵⁸²

Y en lo que respecta concretamente al derecho a la muerte, Farrell sostiene que “cualquier persona que comparta una ideología genuinamente liberal admitirá el derecho de un individuo sobre su propio cuerpo. Va de suyo que ese derecho implica el de terminar la vida cuando ese individuo lo dese”; pero como no siempre el individuo está en condiciones de proporcionarse la muerte, Farrell defiende que no existe “nada de contradictorio en decir que esa persona tiene derecho a (que el médico le proporcione) la inyección, lo cual equivale, por supuesto, al derecho

⁵⁷⁹ Farrell, M. D., *Ética del aborto y la eutanasia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985. Este autor ha reiterado lo esencial de sus argumentos a favor de la eutanasia en un trabajo publicado con el título de “Eutanasia”, en Guariglia, O. (ed.), *Cuestiones morales*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 259 y ss.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 103.

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 106.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 109.

a ser muerto”.⁵⁸³ Pero como, por otra parte, “el derecho de una persona parece implicar la obligación de alguna otra persona determinada o de la sociedad en pleno”,⁵⁸⁴ se plantea la cuestión de si existe un deber estricto de los médicos de proporcionar a quien lo desee los medios para morir sin sufrimiento. Farrell afirma que sostener este derecho “parece exagerado”, pero que resulta indudable que es necesario *facultar* al médico para que mate al que lo solicita, con lo cual la eutanasia activa voluntaria dejaría de ser un delito.⁵⁸⁵ Pero si bien no existiría un deber jurídico de matar *en el médico*, para Farrell resulta indudable la presencia de una “obligación moral de acceder a los deseos de su paciente”, estrictamente correlativa del “derecho a la muerte”.⁵⁸⁶

III. RECAPITULACIÓN DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR DEL “DERECHO A MORIR”

Luego de esta exposición de las argumentaciones de tres autores bien conocidos a favor de la existencia de un derecho humano o derecho moral a morir o a la disposición de la propia vida, resulta conveniente sintetizar las principales razones esgrimidas en defensa de ese derecho; ellas son las siguientes:

- a) Los derechos de las personas, en especial los derechos suprapositivos: los llamados derechos morales o derechos humanos,⁵⁸⁷ tienen su fundamento central —para estas doctrinas— en la autonomía de las personas, entendida ésta de modo etimológico y absoluto, es decir, como la libertad

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 111.

⁵⁸⁴ *Idem*.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 113.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁵⁸⁷ Véase, en este punto, Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

- radical del sujeto de crear sus propias normas morales;⁵⁸⁸ en este sentido, todos los derechos morales, incluido en este caso el derecho a morir, no son sino modos de expresión o concreciones de aquél derecho general a la autonomía.
- b) Si el derecho básico de todo ser humano es el derecho a la autonomía, resulta consecuente que cualquier intervención del Estado o de otros particulares en las cuestiones referentes al bien del sujeto, aparezca como esencialmente injusta y violenta; se trata de lo que en el pensamiento liberal se llama, siguiendo en esto a Kant, “paternalismo”,⁵⁸⁹ y constituye el modo más oprobioso de tiranía que pueda concebirse, aunque por definición esté ordenado al bien del sujeto autónomo.
- c) La vida y la muerte tienen un valor sólo con referencia y en virtud de la apreciación del sujeto autónomo; por más que se hable en estos contextos de “valor intrínseco” o de “santidad” de la vida, se trata siempre de un valor y de una santidad que son tales con referencia al criterio del individuo humano y jamás con independencia de éste; el hecho de que a veces se haga referencia al consenso o al acuerdo, fáctico o contrafáctico, de un grupo mayor o menor de sujetos, no cambia en nada la cuestión: siempre se tratará de valoraciones radicalmente subjetivas.
- d) Si la autonomía y su ejercicio efectivo son el constitutivo radical de la personificación de los seres humanos y el fundamento excluyente de su dignidad, cualquier circunstancia que afecte o menoscabe el ejercicio de esa autonomía significará un atentado directo y grave contra la dignidad de las personas; en especial, resultan —desde esta perspec-

⁵⁸⁸ Véase, acerca de la noción contemporánea liberal de autonomía moral, Laun, A., *La conciencia. La norma subjetiva suprema de la actividad moral*, trad. de J. M. Yanguas, Barcelona, EIUNSA, 1993, pp. 42 y ss.

⁵⁸⁹ Acerca de la noción de “paternalismo”, véase Fotion, N., “Paternalism”, *Ethics*, Chicago, núm. 89-2, 1979, pp. 191 y ss.

- tiva— gravemente atentatorias de la dignidad humana la privación de la conciencia, la disminución de las opciones posibles, la pérdida de control sobre los procesos vitales y, en general, cualquier circunstancia que atente contra las posibilidades de ejercicio efectivo de la autonomía humana.
- e) Por todo ello, resulta evidente que, en este contexto de ideas, el proclamado derecho a la autonomía incluye el derecho a disponer de la propia vida y de la propia muerte, que tendrían valor sólo con referencia al sujeto y en especial cuando se presentan algunas de las circunstancias que, disminuyendo o eliminando el ejercicio efectivo de esa autonomía, atentarían gravemente contra la dignidad humana; este derecho supondría la obligación moral del Estado y de los médicos de colaborar con el ejercicio de ese derecho de autonomía en lo que respecta al modo y oportunidad de la muerte de cada sujeto.⁵⁹⁰

IV. EL DERECHO A MORIR EN DEBATE: LOS SUPUESTOS FILOSÓFICOS

El debate en sede filosófica, en especial filosófico-práctica, del pretendido derecho humano a la muerte o a la disposición de la propia vida, supone ante todo el establecimiento preciso de los supuestos teóricos de la defensa de ese derecho y la posterior discusión dialéctica de su pertinencia, consistencia y justificación racional. A los efectos de llevar a cabo esa tarea, comenzaremos por la detección de los mencionados supuestos, para encarar luego la inevitable labor de su confutación dialéctica.⁵⁹¹ Todo ello deberá ser realizado de modo sucinto y en alguna medida esquemático, ya que de otra manera estas páginas excederían en mucho las to-

⁵⁹⁰ Véase Singer, P., *Ética práctica*, trad. de G. Ferranti, Napoles, Liguori Editore, 1989, p. 144.

⁵⁹¹ Véase Massini Correas, C. I., “Método y filosofía práctica”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 33, 1995, pp. 223 y ss.

leradas para un artículo. Por otra parte, tratar esos supuestos *in extenso* significaría prácticamente llevar adelante un debate en toda la línea con la corriente principal de la ética contemporánea, empresa que resultaría claramente impertinente en este lugar.

El primero de los supuestos de las concepciones que defienden el “derecho a morir” hace referencia a su noción del sujeto moral, es decir, a su percepción práctico-antropológica del hombre en cuanto sujeto de acción, de normatividad y de excelencia moral. Para estas concepciones, que se enmarcan en lo que puede llamarse el “paradigma ético contemporáneo”, el protagonista de la moralidad es el “sujeto hedonista” o “sujeto utilitario”,⁵⁹² es decir, el hombre concebido como:

Un animal apetitivo, inclinado a la persecución y gratificación de una infinita variedad de deseos, impulsos e inclinaciones...; estos seres humanos se ocupan en hacer aquello que desean, o aquello a lo que están espontáneamente dispuestos, o lo que les aparece como ser de su mayor interés realizar, y ello no es directamente objeto de ningún tipo de referencia ética o moral.⁵⁹³

Este modelo contemporáneo del sujeto moral tiene sus raíces en Hobbes, Hume y Kant, y se ha formado a partir de la negación de la concepción clásica del hombre, según la cual éste está constituido radicalmente por una naturaleza práctica que lo ordena finalísticamente a la realización, a través de su conducta libre, de su excelencia o perfección en una vida lograda, la que resulta realizable sólo en el marco de comunidades de existencia.⁵⁹⁴ Frente a esta visión clásica, la concepción moderno-empirista del

⁵⁹² Véase Abbà, G., *Quale impostazione per la filosofia morale?*, Roma, LAS, 1995, pp. 219 y ss.

⁵⁹³ Veatch, H. B., “Is Kant the Grey Eminence of Contemporary Ethical Theory?”, *Ethics*, Chicago, núm. 90-2, 1980, pp. 218 y 219. *Cfr.* Veatch, H. B., *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1990.

⁵⁹⁴ Véase Spaemann, R., *Felicidad y benevolencia*, trad. de J. L. del Barco, Madrid, Rialp, 1991, pp. 33 y ss.

hombre lo piensa como un individuo existencialmente aislado, privado de una común naturaleza y portador primario de pasiones e intereses; este sujeto tiene una concepción subjetiva de su felicidad, que se circunscribe fundamentalmente a la satisfacción de sus placeres y a la evitación de los dolores; desprovisto de un fin natural, la razón es en él meramente estratégico-instrumental y esclava de los apetitos y las pasiones.⁵⁹⁵

Ahora bien, como este sujeto está desprovisto de toda naturaleza práctica que marque los límites éticos de su desenvolvimiento personal,⁵⁹⁶ su conducta individual queda radicalmente excluida de la normatividad moral, la que se limita a fijar los límites del obrar referido a otros, en especial de aquél que cause un daño directo y concreto a los demás, en lo que ha dado en llamarse, siguiendo en esto a John Stuart Mill, el “principio de daño”.⁵⁹⁷ Para algunos autores, este sujeto-tipo del pensamiento moral contemporáneamente predominante, debe ser denominado “sujeto liberal”, y puede caracterizarse, siguiendo a Giuseppe Abbà, porque:

Es portador de intereses, pero es un sujeto ‘desvinculado’. Esto significa que él decide absolutamente, ya sea sobre la moral a adoptar en la vida pública, ya sea sobre los valores, formas de vida, concepciones del bien y de la felicidad a adoptar en la vida privada: no reconoce ninguna moral ni ninguna concepción del bien como independientes de su decisión. Y al decidir acerca de los contenidos de la moral, él no procede desde ningún dato normativo previo: ni de tradiciones morales recibidas, ni de vínculos naturales o sociales, ni de roles o funciones sociales; procede en cambio desde principios puramente racionales y aceptables por

⁵⁹⁵ Massini Correas, C. I., “La matriz ilustrada de la justicia en el pensamiento de David Hume”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, núm. 18, 1998, pp. 285 y ss.

⁵⁹⁶ Acerca de esta problemática, véase Berry, Ch., *Human Nature*, New Jersey, Humanities Press, 1986, *passim*.

⁵⁹⁷ Véase Lyons, D., *Rights, Welfare and Mill’s Moral Theory*, Nueva York, Oxford University Press, 1994, pp. 13, 14 y 64.

cualquier agente racional, independientemente de las particulares concreciones de su situación natural, histórica, social, cultural.⁵⁹⁸

Por otra parte, y a raíz de una adopción ilimitada del principio kantiano de autonomía,⁵⁹⁹ este sujeto liberal es considerado como radicalmente autónomo para decidir acerca de las formas del bien humano, de los valores de la conducta y de las normas morales. Es decir, tiene esencialmente la facultad de darse a sí mismo sus normas morales, normas que puede cambiar o reformular, y que no invisten otra obligatoriedad más allá de la que puede otorgarles el mismo sujeto. El límite a esta autonormación sólo existe en el campo de las conductas referidas a otros, y radica en la imposibilidad de realizar conductas que impidan a los demás el propio ejercicio de su personal autonomía. En definitiva, la concepción del sujeto liberal limita la interdicción moral a las conductas que causen daño a otros o impidan el ejercicio de su propia autonomía. El resto, todo el ámbito de la vida personal, de la excelencia humana, de la realización de las exigencias de la humanidad, de la colaboración social, queda excluido del ámbito de la moralidad y librado a la más absoluta autonomía del individuo.⁶⁰⁰

El segundo supuesto filosófico común a las concepciones analizadas radica en su afirmación de la vida como dotada de un valor esencialmente relativo al sujeto moral o a un conjunto de sujetos morales. En efecto, si bien algunos de los autores citados —como, por ejemplo, Dworkin— no hacen profesión explícita de subjetivismo ético y más bien tratan de diferenciarse de las

⁵⁹⁸ Abbà, G., *op. cit.*, p. 261.

⁵⁹⁹ Véase Finnis, J., “Legal Enforcement of «Duties to Oneself»: Kant vs. Neo-kantians”, *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, pp. 433 y ss.

⁶⁰⁰ Véase Massini Correas, C. I., “La concepción «deontológica» de la justicia: el paradigma kantiano”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade Da Coruña*, La Coruña, núm. 3, 1999, pp. 351 y ss.

formas más extremas del relativismo moral,⁶⁰¹ cuando llega el momento de fundamentar el porqué de la “santidad” de la vida humana, ese mismo autor escribe que “la idea de que la vida es sagrada o inviolable se revela, a la vez, como más compleja y más abierta a interpretaciones diferentes y conflictivas que lo que su uso religioso a veces reconoce, de modo tal que podemos construir otras interpretaciones de esa idea que propongan actitudes más liberales ante la eutanasia”.⁶⁰² Y puesto a “construir” esa versión más liberal de la “santidad” de la vida humana, Dworkin formula constantemente referencias a las propias “convicciones” y a las actitudes y pensamientos del sujeto,⁶⁰³ para concluir que “no podemos argumentar sensatamente que (el sujeto) deba sacrificar sus propios intereses en favor del respeto por la inviolabilidad de la vida humana”.⁶⁰⁴

Con lo que resulta que la “santidad”, “sacralidad” e “invulnerabilidad” de la vida humana de la que habla Dworkin no es sino aquella que —en última instancia— es tal para el sujeto, de modo que no puede supra-ordinarse nunca a sus propios intereses. Éstos son los que en realidad cuentan y ni el Estado ni los demás sujetos pueden alegar esa santidad en contra de los intereses personales de cada individuo. De modo tal que, aunque el jurista norteamericano hable de la “importancia objetiva” de la vida humana, en realidad lo que está queriendo decir con esa expresión es, lisa y llanamente, “subjetiva” o “dependiente de los intereses o de la opinión del sujeto”. Un párrafo del mismo Dworkin pone en evidencia su innegable subjetivismo axiológico de base:

Cualquiera que *crea* en la santidad de la vida humana —escribe— *cree* que una vez que una vida humana ha comenzado importa, intrínsecamente, que esa vida se conduzca bien, que la inversión que representa se lleve a cabo y que no se frustre. Las *convicciones*

⁶⁰¹ Véase Dworkin, R., *El dominio*, *cit.*, p. 269.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 281.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 282.

⁶⁰⁴ *Idem*.

de alguien acerca de sus propios intereses críticos constituyen *opiniones* acerca de qué significa conducir bien su *propia* vida humana, y estas *convicciones* pueden, en consecuencia, comprenderse mejor como una aplicación especial de su compromiso general con la santidad de la vida. Él está ansioso por hacer algo de su propia vida y no simplemente disfrutarla; *la trata como* algo sagrado y de lo que él es responsable, algo que él no debe desperdiciar; *piensa* que es intrínsecamente importante vivir bien y con integridad: esta importancia intrínseca, objetiva, es precisamente lo que amenaza la forma interna del escepticismo; por ello a veces parece tan irresistible.⁶⁰⁵

En este párrafo se evidencia claramente cómo, aunque el jurista norteamericano hable de “santidad de la vida”, de lo “intrínsecamente importante” de vivir bien y de una “importancia objetiva” de la vida, en rigor se está refiriendo a una santidad, objetividad y carácter intrínseco que son tales no en sí mismos, sino sólo *para el sujeto*, ya que en definitiva todo se reduce a “sus convicciones”, a sus “opiniones”, a lo que el sujeto “piensa” y al modo cómo “trata” a la vida. Dicho brevemente: el valor real de la vida humana es sólo aquel que le otorga el mismo sujeto, aunque éste lo piense o lo perciba como “intrínseco”, “sagrado” u “objetivo”.⁶⁰⁶

Finalmente, el tercero, y pareciera que más importante, de los presupuestos filosóficos de las principales defensas del “derecho a morir”, radica en la afirmación de la existencia de un presunto “derecho a la autonomía”, o bien de un “principio de autonomía”, del que dependerían raigalmente todos los derechos morales.⁶⁰⁷ Este “derecho” o “principio de autonomía” ha sido defendido por casi todos los eticistas liberales, a partir de una

⁶⁰⁵ *Idem* (énfasis añadido).

⁶⁰⁶ Véase Benn, P., *Ethics*, Londres, University College London, 1998, pp. 31 y ss.

⁶⁰⁷ Sobre los orígenes filosóficos de ese principio, véase Cianciardo, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 155 y ss.

radicalización —y según algunos destacados críticos, tergiversación—⁶⁰⁸ de las doctrinas kantianas, en el sentido de transferir la autonomía desde el “sujeto racional”, titular de la “razón pura práctica”, al “sujeto empírico”, movido, en el esquema de Kant, sólo por intereses, impulsos y pasiones. De este modo, en el esquema liberal, el titular de la autonomía o libertad de autonormación no es ya el sujeto en cuanto puramente racional y ético, sino considerado en su dimensión apetitiva y desiderativa. Este sujeto, en la búsqueda de la satisfacción de sus apetitos y deseos, establecerá sus propias reglas instrumentales, configurando su propio y personal “plan de vida”,⁶⁰⁹ sin otro límite que el extrínseco de no interferir con los planes de vida de los demás.

Escribe a este respecto Carlos Nino, que

Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución... El bien más genérico que está protegido por el principio de autonomía es la libertad de realizar *cualquier* conducta que no perjudique a terceros.⁶¹⁰

De esta afirmación, el jurista argentino infiere, con todo rigor, que

Los bienes que los derechos individuales protegen, según ese principio, no sólo deben satisfacer la condición de ser recursos que faciliten la libre elección de planes de vida, sino también la de

⁶⁰⁸ Véase Höffe, O., “Rawls, Kant et l’idée de la justice politique”, *L’état et la justice. John Rawls et Robert Nozick: les problèmes éthiques et politiques dans la philosophie anglo-saxonne*, París, Vrin, 1988, pp. 59 y ss.

⁶⁰⁹ Véase Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, pp. 133 y ss.

⁶¹⁰ *Ibidem*, pp. 135-148 (énfasis añadido).

que su posesión no sea incompatible con la materialización del proyecto que el individuo ha elegido; por lo tanto, tales bienes son en principio *disponibles* por sus titulares.⁶¹¹

Ahora bien, de esta disponibilidad de todos los bienes humanos por los individuos, fundada en el principio de autonomía, se sigue como consecuencia necesaria el carácter cuestionable de la punición del suicidio asistido, ya que la vida pasa a ser un bien más entre los disponibles autónomamente por el sujeto.

La revisión de estos argumentos —escribe Nino— nos permite concluir que, si se acepta una justificación consensual de la pena (o, en realidad, cualquier concepción no totalitaria del poder estatal de castigar), difícilmente puede defenderse coherentemente tanto la proscripción del duelo, la ayuda al suicidio, etc., así como la legitimidad de la pena de muerte.⁶¹²

Resulta evidente, entonces, a partir de estos textos de un pensador arquetípicamente liberal como Carlos Nino, la necesidad lógica del pasaje desde el principio central de autonomía y de la disponibilidad absoluta de todos los bienes humanos, a la consiguiente legitimidad del suicidio asistido y del correspondiente “derecho a morir”.

V. LOS SUPUESTOS DEL “DERECHO A MORIR” EN DEBATE

Ahora bien, la concepción de la ética y del derecho que hemos analizado en sus rasgos fundamentales y que es calificada habitualmente como “liberal” o “libertaria”,⁶¹³ incurre en una larga serie de equívocos y conduce a otras tantas aporías; pero lo real-

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 159.

⁶¹² *Ibidem*, p. 288.

⁶¹³ Véase Veatch, H., “Ethical Egoism, New Style: Should its Trademark Be Libertarian or Aristotelian?”, *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, *cit.*, pp. 173 y ss.

mente fundamental es que resulta incapaz de ofrecer una explicación congruente y completa del valor de la vida humana y de los principios y normas éticas y jurídicas vinculados con ella. Aunque limitados en espacio, esbozaremos algunas de las impugnaciones centrales que deben efectuarse a ese modelo de pensamiento práctico y a sus aplicaciones en el ámbito de la vida y de la muerte humanas. En primer lugar, consideraremos brevemente la cuestión de la adecuación o inadecuación del sujeto moral liberal para una concepción consistente de la ética y del derecho.

Esta pregunta resulta especialmente pertinente, toda vez que la concepción del sujeto liberal, según la cual éste resulta desprovisto de toda naturaleza práctico-moral y aparece como dotado de una libertad de indiferencia absoluta, que torna legítima cualquier acción o modo de vida que no interfiera con las acciones o modos de vida de los demás, resulta intrínsecamente refractaria a cualquier tipo de normatividad moral; en efecto, es incongruente imponer límites éticos a un sujeto radicalmente libre, con libertad ilimitada y sin nada en su constitución esencial que haga posible, o que resulte connatural con, una regulación moral de su conducta.

El desconcierto aumenta [escribe Giuseppe Abbà] si se atiende a un segundo resultado del modo de proceder de las éticas modernas: el sujeto radicalmente libre y utilitario permanece refractario a cualquier moral que le venga propuesta, es decir, ninguna moral le resulta congruente... Él está estructurado de modo tal que cualquier moral puede serle útil, pero le resulta extraña: más precisamente, es un mero límite a su libertad o a sus intereses, un límite impuesto desde el exterior, por la presencia de los otros con los que está constreñido a colaborar y que a su vez reclaman su libertad y sus intereses. Por otra parte, ni en cuanto radicalmente libre ni en cuanto utilitario, tiene razones consistentes para observar cualquier moral, sino sólo como un expediente ocasional y siempre con reservas.⁶¹⁴

⁶¹⁴ Abbà, G., *op. cit.*, p. 265.

Al estar desprovisto de una naturaleza radicalmente ética, el sujeto liberal percibe a la moralidad como extravagante y ajena, como algo con lo que debe cargar inevitablemente por el hecho de la convivencia, pero jamás como algo que es inherente a su modo propio de ser. De esta manera, desaparece del horizonte del sujeto liberal toda la ética personal y lo poco que queda de la ética pública se reduce drásticamente al principio de daño formulado por John Stuart Mill: no se debe causar daños directos y concretos a los demás individuos.

Por supuesto que un sujeto moral así concebido no reconocerá límites categóricos a la libre voluntad de disponer de su propia vida; aceptando el sentido restringido que le otorgó Mill al único principio moral remanente, al hacerlo no causaría ningún daño directo a otro y, por lo tanto, no podrán existir limitaciones morales para exigir de otros su colaboración con un acto, el suicidio, que no adolece —en esta perspectiva— de impugnaciones morales. Pero sucede que si se acepta esta concepción del sujeto moral, será necesario —por estrictas razones de congruencia— negar no sólo toda la moralidad personal, sino también la ética social en su conjunto; efectivamente, si el sujeto no tiene naturaleza moral, las reglas que acuerde con los demás, real o ficticiamente, para asegurar su subsistencia en el marco de la inevitable coexistencia, no serán propiamente normas morales, sino sólo reglas estratégicas de autoconveniencia o provecho,⁶¹⁵ diseñadas para asegurar la propia ventaja, pero nunca ordenadas a un bien humano común que, en clave liberal, no existe en absoluto.⁶¹⁶ Por lo tanto, para hablar de ética en estos casos, resultaría necesario mutar el sentido habitual de las palabras y denominar “ética” o “moral” a una realidad radicalmente distinta de la que el pensamiento humano ha designado a lo largo de toda su historia.⁶¹⁷ Ahora

⁶¹⁵ Véase Nino, C., “La ética analítica en la actualidad”, en Camps, V. *et al.* (eds.), *Concepciones de la ética*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 133 y ss.

⁶¹⁶ Véase MacIntyre, A., “The Privatization of Good. An Inaugural Lecture”, *The Review of Politics*, Notre Dame-Indiana, núm. 52-3, 1990, pp. 346 y ss.

⁶¹⁷ Véase Leclerc, J., *Las grandes líneas de la filosofía moral*, trad. de J. Pérez Riesco, Madrid, Gredos, 1960, *passim*.

bien, como esa pretensión resulta inconsistente e irracional, aparece como necesario rechazar la noción liberal del sujeto moral y reemplazarla por una que lo considere como dotado de una estructura existencial radicalmente ordenada a la realización de su perfección propia, es decir, a la prosecución del bien que es connatural o adecuado a su modo de existir.⁶¹⁸

Desde esa perspectiva, y pasando ya al segundo de los supuestos, los bienes humanos no son intrínsecamente indiferentes⁶¹⁹ y, por lo tanto, absolutamente disponibles por el sujeto; antes bien, es posible descubrir ciertas realidades: acciones, estados de cosas, entes sustanciales, que contribuyen de diverso modo a la perfección humana, es decir, a la realización más plena de las dimensiones propias del modo humano de existir y que se denominan bienes humanos.⁶²⁰ Entre estos bienes humanos, que son tales con independencia de las decisiones del sujeto, se encuentran ante todo aquéllos que constituyen las dimensiones centrales del perfeccionamiento humano, a los que algunos autores denominan “bienes humanos básicos”⁶²¹ y, en primer lugar entre ellos, “la vida, su mantenimiento y transmisión, salud y seguridad”.⁶²² Ahora bien, la vida tiene un estatuto especial entre los bienes humanos, ya que su realización es la condición de la existencia de todos los demás bienes y arraiga en la sustancialidad misma del ser humano: éste es esencialmente un “viviente racional”, por lo que la vida es el elemento constitutivo más básico de la homi-

⁶¹⁸ Véase Millán-Puelles, A., *La libre afirmación de nuestro ser. Una fundamentación de la ética realista*, Madrid, Rialp, 1994, pp. 40 y ss.

⁶¹⁹ Véase Von Hildebrand, D., *Ética*, trad. de S. Gómez Nogales, Barcelona, Herder, 1962, pp. 409 y *passim*.

⁶²⁰ En este punto, véase Rentto, J. P., *Match or Mismatch? A Study on Ontological Realism and Law*, Helsinki, Acta Societatis Fennicae Iuris Gentium, 1992, pp. 61 y ss.

⁶²¹ Véase Finnis, J., *Fundamentals of Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 50 y ss.

⁶²² Finnis, J. *et al.*, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 277.

nidad.⁶²³ Y este bien humano básico es tal no porque el sujeto lo considere así, ni porque lo haya elegido, ni porque sea el objeto de sus “intereses críticos”, sino porque es la dimensión más radical y básica de su perfección y, en ese carácter, su respeto es debido por todos los sujetos, aún —y especialmente— por aquél de cuya vida se trata.

Este respeto es debido por todos los sujetos, aún por el propio interesado, porque resulta incoherente que un bien humano sea intrínsecamente valioso, radicalmente básico e indisponible universalmente, *menos* para el sujeto titular de ese bien. En rigor, o el bien es básico, valioso e indisponible *para todos*, o bien no lo es estrictamente *para ninguno*. Dicho de otro modo, si se acepta una excepción al carácter básico, valioso e indisponible de un bien, aun cuando se trate del caso del interesado, aparecerá como necesario hacer otras excepciones cuando las consecuencias previsibles resulten gravosas o cuando la inversión social en esa vida aparezca como muy elevada. De aquí se sigue que, si se efectúa la excepción en la indisponibilidad del bien en un caso, esa excepción aparecerá como obligada en otros, aunque no se trate ya de la decisión del involucrado, y de este modo, la disponibilidad de la vida por el sujeto titular, conduce necesariamente a la posibilidad de esa misma disponibilidad por otros: los médicos, los parientes, los poderes humanos, no bien existan consideraciones de mera utilidad que lo hagan aconsejable.⁶²⁴

Por todo ello, y con referencia al tercero de los supuestos, la autonomía humana, entendida no como capacidad absoluta de autonormarse, sino como capacidad de obedecer libremente las normas morales, no puede tener hacia el bien de la vida una actitud que no sea la de respeto incondicionado. Ha escrito a

⁶²³ Véase Massini Correas, C. I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en Massini Correas, C. I. y Serna, P. (ed.), *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 207 y ss.

⁶²⁴ Véase Rivas, P. y Serna, P., “¿Debe una sociedad liberal despenalizar la eutanasia? Consideraciones en torno al argumento de la autonomía de la voluntad”, *pro manuscripto*, 1999.

este respecto Alfredo Cruz Prados que el “valor de la autonomía humana no se basa en el escepticismo acerca del bien, en la falta de conocimiento acerca de lo que es bueno. Sabemos que la autonomía es valiosa porque conocemos que es necesaria para la obtención de determinados bienes”.⁶²⁵ En otras palabras, la autonomía no es en sí misma el principal bien humano, tal como lo proclama enfáticamente Nino en uno de los párrafos que hemos citado más arriba, ni siquiera uno entre los bienes morales, sino un supuesto antropológico de la moralidad, aquél que hace posible la realización moral de los bienes humanos, pero que se ordena a ellos y en ellos adquiere su sentido. Una autonomía volcada a la realización de actos execrables, como la tortura o la pederastia, no encierra en sí misma valor moral alguno; sólo en la prosecución de los bienes humanos se encuentra con su dimensión moral y ello sólo en razón del valor intrínseco de estos bienes.⁶²⁶

De aquí se sigue, en definitiva, que el ejercicio moral de la autonomía es sólo aquél que se ordena a la realización, promoción y defensa de los bienes humanos, por lo que no puede ser alegada para justificar ningún atentado a cualquiera de esos bienes, en especial del más básico de ellos: la vida en todas sus dimensiones e implicaciones.

Es una gran ironía [escribe Leon Kass] el que haya de ser la autonomía, la noción moral que el mundo debe principalmente a Kant, la que es hoy invocada como la base justificatoria del derecho a morir. Para Kant, la autonomía, que literalmente significa auto-legislación, exige actuar de acuerdo con el verdadero y auténtico yo —esto es, con la propia voluntad racional determinada por una máxima moral universalizable, es decir, racional.⁶²⁷

⁶²⁵ Cruz Prados, A., *Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, EUNSA, 1999, p. 32.

⁶²⁶ Véase George, R. P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 181 y 182.

⁶²⁷ Kass, L. R., *op. cit.*, p. 39.

VI. EL “DERECHO A MORIR” Y LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, si se aborda finalmente la problemática del “derecho a morir” considerado en la sistemática de los derechos humanos, podemos partir, luego de lo que hemos desarrollado hasta ahora, de la certeza de que los derechos humanos no pueden tener su fundamento único en un cuestionable “derecho de autonomía”, sino que ellos adquieren justificación racional sólo en la medida en que tienen por objeto la realización en alteridad de alguno de los bienes humanos básicos. En este sentido, puede afirmarse que derechos humanos son aquellas facultades jurídicas que tienen su título en la *personidad* del sujeto y cuyo objeto está constituido por la realización social de algunas de las dimensiones centrales del perfeccionamiento humano.⁶²⁸ En otras palabras, frente a la posibilidad de acciones u omisiones por parte de los poderes sociales o de otros individuos que resulten en una imposibilidad o frustración injustificada de la concreción de alguno de los bienes básicos, es necesario reconocer la existencia de derechos supra-positivos ordenados a garantizar jurídicamente esa concreción o prosecución. Desde esta perspectiva, resulta evidente que la misma expresión “derecho a morir” o “derecho a la muerte” resulta autocontradictoria, ya que no se puede tener derecho a la frustración de un bien humano, y en especial para la perpetración del mal humano por antonomasia: la aniquilación de la vida. Esto fue visto con claridad por los iniciadores liberales de la ideología de los derechos humanos: Locke, Rousseau y Kant, ya que todos ellos rechazaron como profundamente inmoral el suicidio y, con mayor razón, la colaboración con su puesta en práctica.⁶²⁹

Y esto es así, entre otras razones, porque para que resulte posible hablar con un mínimo de precisión de “derechos” y, más específicamente, de “derechos humanos”, es necesario tener en

⁶²⁸ Véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del Derecho – I*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 102.

⁶²⁹ Sobre este punto, véase Kass, L. R., *op. cit.*, pp. 38 y ss.

cuenta que el concepto de “un derecho” supone la presencia de, al menos, cuatro elementos fundamentales: (i) un *sujeito titular* del derecho; (ii) un *sujeito obligado* a realizar la prestación que es su objeto; (iii) el *objeto* mismo del derecho: la acción, dación u omisión que debe realizar el sujeto obligado para satisfacer el derecho, y (iv) un *fundamento*, que no es sino la razón precisa y objetiva por la cual el objeto es debido al sujeto titular por parte del sujeto obligado; es claro que la ausencia de cualquiera de estos elementos significa la inexistencia de cualquier tipo de derecho subjetivo.⁶³⁰ Ahora bien, en el caso que se está estudiando, falta radicalmente el fundamento, ya que no existe el bien humano objetivo que resulta necesario para justificar racionalmente o fundamentar la existencia del derecho;⁶³¹ más aún, no sólo falta el bien humano que ha de servirle de fundamento, sino que se está hablando del supuesto derecho de atentar contra un bien humano básico: la vida humana. Y si recurrimos al innegable principio de razonabilidad práctica según el cual no se debe nunca —no es legítimo— atentar intencionalmente contra un bien humano básico,⁶³² se hace evidente que hablar de un “derecho a morir” o “a la muerte”, carece propiamente de sentido significativo y de justificación racional.

Para quienes las cosas no son así, es para los defensores a ultranza de los llamados derechos “libertarios” o “emancipatorios”, quienes, sobre las poco “liberales” huellas de Marx, Nietzsche y Freud,⁶³³ han proclamado la autonomía absoluta de un su-

⁶³⁰ Véase Gewirth, A., “Are There Any Absolute Right?”, en Waldron, J. (comp.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 95. Véase Masini Correas, C. I., “El concepto de derechos humanos: dos modelos de comprensión y fundamentación”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 180, 1999, p. 1331.

⁶³¹ Véase Massini Correas, C.I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 143 y ss.

⁶³² Véase Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 148 y ss.

⁶³³ Véase Massini Correas, C. I., “El derecho natural en el tiempo posmoderno”, *Doxa*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 289 y ss.

jeto privado de naturaleza y de dignidad, e intentado consagrar consiguientemente la posibilidad de reclamar como un derecho la propia autoaniquilación.

El pensamiento y la práctica actuales [escribe Kass] han abandonado los modestos y moderados comienzos de la modernidad política. En la sociedad actual, los derechos naturales de auto-preservación, asegurados a través de una activa pero moderada afirmación de sí mismo, han dejado su lugar a los no-naturales o anti-naturales derechos de auto-creación y auto-expresión; los nuevos derechos no tienen conexión alguna con la naturaleza o la razón, sino que aparecen como los derechos de una voluntad liberada.⁶³⁴

El “yo” que se afirma aquí no es ya el de un sujeto natural, con los intereses propios de una naturaleza humana universal y con sus necesidades corporales, sino un “yo” excepcionalmente individuado y autofabricado (*self-made*). Su auténtica individualidad queda demostrada por su habilidad para negar las necesidades del cuerpo, las reglas de la sociedad y los dictados de la razón. Para un yo así, la autonegación mediante el suicidio y el derecho a morir puede llegar a ser la máxima forma de autoafirmación.⁶³⁵

En otras palabras, de lo que se trata en estos autores no es ya de la afirmación de derechos naturales, ordenados a hacer posible la perfección humana, reconocibles por la razón y anclados en la dignidad de un sujeto intrínsecamente ordenado al bien humano objetivo por la actualización de los bienes humanos básicos, sino de una propuesta totalmente diferente. En ella, un sujeto concebido como titular de meros deseos e intereses, absolutamente autónomo, en el sentido de libre creador de sus normas, e inventor y configurador de sus bienes, reclama para sí todas las facultades

⁶³⁴ Véase Ballesteros, J., *Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los derechos humanos*, Valencia, Real Academia de Cultura Valenciana, 1999, pp. 8 y ss.

⁶³⁵ *Idem*, p. 42. Sobre esta visión de los derechos humanos, véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 92 y ss.

fácticamente posibles, con la finalidad de alcanzar la emancipación completa de toda regla heterónoma, es decir, que no tenga su origen y fundamento en su propia voluntad. Desde esta última perspectiva, queda en claro que la búsqueda de la propia muerte es una tarea posible y, en cierta medida, deseable, ya que significa la más absoluta liberación de los condicionamientos humanos.

Pero aún en esta hipótesis, queda siempre sin justificar por qué los médicos, los hospitales públicos o privados o los familiares, quedan sujetos a la obligación de proporcionarle al sujeto los medios para lograr la muerte. Y como sin fundamento no hay deber jurídico correlativo y, por lo tanto, tampoco derecho de ninguna especie,⁶³⁶ aún en la perspectiva libertaria resulta injustificado y arbitrario hablar con cierta propiedad de un “derecho a morir” o “derecho a la muerte”. Y ello es así, pura y simplemente porque no hay tal derecho, y porque su proclamación no es sino un intento crispado de autoafirmación y emancipación humana de las coordenadas que marcan necesariamente a su comportamiento y a sus derechos su misma estructura esencial, su inclinación a la perfección y su razón ponderada.

Y antes de entrar, finalmente, en las correspondientes conclusiones, corresponde analizar uno de los argumentos más utilizados por los defensores del “derecho a morir”, cual es que la negación de ese supuesto derecho implicaría una repulsa a la dignidad humana, ya que negarle al sujeto la posibilidad de decidir el momento y circunstancias de su propia muerte, supondría exponerlo a la posibilidad de una muerte en condiciones indignas: sin autoconciencia, sin control de sus funciones biológicas y sometido a sufrimientos degradantes. En rigor, este argumento se basa en una auténtica falacia, cual es la de utilizar una acepción secundaria y derivada de una palabra en lugar de su acepción primera y principal, utilizándola como si se tratara de esa acepción central. En este caso, para evitar esa falacia, es necesario distinguir al menos tres acepciones de la palabra “dignidad” cuando

⁶³⁶ Véase Stoljar, S., *An Analysis of Rights*, Londres, MacMillan, 1985, p. 44.

es aplicada al ser humano: (i) la que podemos llamar dignidad “ontológica”, que consiste en la superioridad que corresponde al ser humano respecto del resto de los entes del universo, en razón de su mayor y más eminente participación en el ser; (ii) la dignidad “moral” que radica en la superioridad que, en el orden ético, adquiere el hombre por medio del ejercicio de las virtudes: se trata de una perfección no ya entitativa o constitutiva, sino de una perfección libremente ganada por el hombre a través de su conducta racional, y (iii) las manifestaciones exteriores de las dignidades anteriores, *v.gr.*, el autodomínio, la autoconciencia, la compostura exterior, etcétera.⁶³⁷

Ahora bien, es claro que la dignidad fundamental de la persona humana es la dignidad “ontológica”, ya que ella es el fundamento de las demás:⁶³⁸ de la moral, porque sólo un ser dotado de dignidad ontológica es capaz de conducta moral, y de las manifestaciones exteriores, ya que ellas son casualmente “manifestaciones” de la dignidad ontológica y de la dignidad moral. Por ello, cuando los autores mencionados más arriba afirman que el hombre pierde la “dignidad” cuando pierde el control de sus procesos fisiológicos, o que se atenta contra su dignidad cuando se le permite vivir de modo inconsciente, están utilizando la palabra “dignidad” en el tercer sentido: el meramente manifestativo o exterior, pero lo hacen pasar por la significación central y decisiva. En rigor, si nos atenemos a la jerarquía significativa de las acepciones, el hombre no es más indigno ni pierde su dignidad porque se vea privado de alguna de estas manifestaciones; en realidad, sigue siendo una persona humana, dotada en cuanto tal de una dignidad entitativa eminente y no pierde ni un ápice del valor o dignidad moral que adquirió durante el transcurso de una vida

⁶³⁷ Véase Millán Puelles, A., *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp, 1984, pp. 465 y ss. Asimismo, Melendo, T. y Millán, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Pamplona, EUNSA, 1996.

⁶³⁸ Véase Trigeaud, J. M., “La personne juridique dans la philosophie européenne”, *Philosophie juridique européenne*, Burdeos, Bière, 1990, pp. 127-178.

virtuosa. Considerar las cosas exactamente al revés no es sino la falacia de tomar lo fundamentado por el fundamento, o el efecto por la causa, o la manifestación por lo manifestado, aprovechando la carga emotiva que acompaña a la palabra “dignidad” para justificar lo racionalmente injustificable.⁶³⁹ Aquí conviene recordar una distinción agudamente efectuada por John Finnis entre “encontrarse en una situación poco digna” y “perder la dignidad humana”.⁶⁴⁰ En efecto, las circunstancias dolorosas y difíciles de la muerte no tornan indigno a un ser que lo es constitutivamente y que ha enriquecido esa dignidad radical con la adición libre de perfecciones morales; en realidad, el ser humano moribundo debe ser más que nunca respetado en su dignidad ontológica y moral cuando se encuentra en situación indigente y frágil, respeto que exige necesariamente que se proteja, cobije y acoja su vida, precisamente cuando se encuentra en su condición más débil y amenazada.

VII. CONCLUSIONES CONSTATATIVAS Y VALORATIVAS

Luego de las consideraciones realizadas hasta ahora, procuraremos ser especialmente breves al momento de extraer las necesarias conclusiones; ellas se reducirán a cinco: las dos primeras constatativas y las siguientes valorativas:

- a) Ante todo, es necesario reiterar y precisar lo que ya hemos logrado esclarecer en las páginas precedentes: que no existe ningún “derecho a morir”, ni “derecho a la muerte”, ni a la “disposición de la propia vida”; la vida humana: la pro-

⁶³⁹ Véase Spaemann, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Lo natural y lo racional*, trad. de D. Innerarity y J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, p. 108; asimismo, Spaemann, R., *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, trad. de J. L. del Barco, Pamplona, EUNSA, 2000.

⁶⁴⁰ Finnis, J., “Euthanasia, Morality and Law”, *Loyola Law Review*, Los Ángeles, vol. 31-4, 1998, p. 1143.

pia y la ajena, tiene un valor eminente en sí misma, valor que no depende del sujeto o de los sujetos, que no puede ser aniquilada por la autonomía humana, y que existe sólo como el núcleo fundamental y el supuesto que hace posible a los hombres la realización de su perfección propia, por medio de la consecución de los bienes humanos básicos; entre ellos, especialmente, el más básico de todos: la existencia viviente o vida humana.

- b) En segundo lugar, cabe llamar la atención acerca de la debilidad de los argumentos liberales a favor de la existencia de ese “derecho”, fundamentalmente en lo que respecta a la continua remisión que se efectúa a una presunta *communis opinio* liberal, que pretenden los exima de una argumentación rigurosa y consistente; ante todo, en razón de que esa *communis opinio* no es tal, ya que, salvo en Holanda y en el estado norteamericano de Oregon, ese derecho no es reconocido como tal, y además, porque, como ya lo sostuvimos, la misión propia de la filosofía radica en la superación crítica de las creencias y de las ideas más corrientes.
- c) En tercer lugar, es posible concluir que los intentos de justificar ese presunto “derecho”, no son sino una expresión más de una visión hedonista, utilitaria y nihilista del hombre y de su destino; una visión según la cual el ser humano no es sino un ente gozador y productor, ordenado por su autonomía absoluta a la emancipación de toda regla moral y útil a la sociedad tecnológica y económico-centrada mientras produzca y no sea una carga demasiado gravosa para el erario público, pero que puede ser descartado casi mecánicamente en cuanto pierda esa utilidad o se incremente esa carga; no se trata, en realidad, sino de la “abolición del hombre”⁶⁴¹ en cuanto persona dotada de una dignidad que trasciende infinitamente las particulares circunstancias de su vida y que se enraíza y fundamenta objetivamente en

⁶⁴¹ Véase Lewis, C. S., *The Abolition of Man*, Londres, Harper-Collins, 1978.

la eminencia, fundamentalmente espiritual, de la realidad humana.

- d) También es necesario recordar que, como lo ha expresado muy bien Robert Spaemann, “no hay ningún respeto a la ley moral sin la exclusión categórica de determinados modos de tratar al hombre que no pueden ser justificados ni aún cuando el interesado los apruebe”,⁶⁴² y si llevamos esto al campo del derecho, habremos de concluir que sólo puede hablarse de un “derecho humano” o de un “derecho de la persona humana”, cuando éste se ordena a resguardar y transformar en indisponible⁶⁴³ ese núcleo de humanidad que no puede ser afectado, no sólo por los poderes humanos ajenos al sujeto, sino ni siquiera por su mismo titular; de este modo, el derecho adquiere su auténtico sentido humanizador y alcanzan una justificación racional definitiva sus concesiones, sus directrices y sus exigencias.
- e) Finalmente, y aunque el argumento de la “pendiente deslizante” haya sido atacado duramente por los liberales, conviene tener presente que la aceptación de un “derecho a la muerte” o “a disponer de la propia vida”, al implicar la negación del principio del valor intrínseco y objetivo de la vida humana, es el primer paso que prepara una larga serie de violaciones y atentados al derecho a la inviolabilidad de la vida. Estos comienzan con la aceptación de la eutanasia involuntaria, dejada en manos de la “autonomía” de los médicos, los familiares o los funcionarios, y continúa con el aborto y la eugenesia, sin que pueda preverse sensatamente hasta donde se podrá llegar en la inevitable pendiente del desprecio de la vida; porque una vez que se

⁶⁴² Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, trad. de J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989, p. 114.

⁶⁴³ Véase Ellscheid, G., “El problema del derecho natural. Una orientación sistemática”, en Kaufmann, A. *et al.* (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 149.

ha abierto la puerta a este tipo de violaciones, ya no resulta posible mantenerla “sólo un poco” abierta y dejar pasar únicamente las violaciones “menos graves”; una vez dado el paso fundamental, los demás vienen como por consecuencia y lo que pretendió ser una reivindicación más de la autonomía humana termina convirtiéndose, lisa y llanamente, en la legitimación descarnada del asesinato de los más débiles.

Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida. Ensayos sobre la contemporánea ética del derecho, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 3 de junio de 2020. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

Es abogado, doctor en Ciencias Jurídicas y doctor en Filosofía; ha sido investigador principal del

Consejo Nacional de Investigaciones de Argentina, becario del DAAD alemán y *visiting scholar* en las universidades de Münster, Notre Dame, Navarra, Los Andes en Chile, La Coruña y París. Ha sido también catedrático de Filosofía Jurídica, Ética y Bioética en la Universidad de Mendoza; profesor de Ética en la Universidad Católica Argentina, y catedrático de Filosofía del Derecho y Teoría del Estado en la Universidad Nacional de Cuyo, en Mendoza, Argentina. Ha publicado veintiocho libros y numerosos artículos científicos.

Carlos I.

MASSINI-CORREAS

Aristóteles, en el libro de la *Política*, hablando sobre la sociabilidad del hombre, afirmó que entre todos los animales el hombre es un ser sociable por el uso de la “palabra”, porque con ésta conoce y expresa lo que es el bien y el mal, lo justo y lo injusto.

En un mundo tan convulso y a veces desesperanzador como el que nos ha tocado vivir, tan necesitado de referentes seguros donde asir nuestras más altas expectativas intelectuales, se ofrece al lector el libro que tiene en sus manos, el cual nos brinda una reflexión profunda y seria sobre cuestiones tan significativas para la filosofía del derecho contemporánea como el tema de la dignidad de la persona, los derechos humanos, el derecho a la vida en sus distintas expresiones de discusión, como el aborto y la eutanasia, o la crítica a posiciones como las de Ferrajoli, quien desde su no cognitismo ético trata de seguir justificando un positivismo jurídico y un relativismo moral en el que ya muy poca gente cree.

¿Qué de novedoso tiene tratar estos temas? Mucho, pues las reflexiones que se ofrecen en esta obra no sólo tienen la virtualidad de ser siempre actuales y apasionantes, sino también tratadas como pocas obras que desarrollan las mismas lo hacen, a saber: con el conocimiento profundo de la filosofía clásica y con una comprensión cabal de la más reconocida y excelsa filosofía práctica oxoniense, a veces tan distante a culturas iusfilosóficas como la continental. Así, estamos seguros que la lectura atenta de este libro nos proveerá de los insumos necesarios para saber —como dijo Aristóteles— lo que es el bien y el mal, lo que es justo e injusto.

